

LES CONTRATS DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

LIVRE 2 : DOCUMENTS

LIVRE 2 : DOCUMENTS

Lois et règlements

C. com. art. L. 134-1

L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale.

Ne relèvent pas des dispositions du présent chapitre les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières.

C. com. art. L. 146-1

Les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, sont qualifiées de "gérants-mandataires" lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité.

La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat.

Le gérant-mandataire est immatriculé au registre du commerce et des sociétés et, le cas échéant, au répertoire des métiers. Le contrat est mentionné à ce registre ou à ce répertoire et fait l'objet d'une publication dans un journal habilité à recevoir des annonces légales.

Les dispositions du présent chapitre ne sont pas applicables aux professions régies par le chapitre II du titre VIII du livre VII du code du travail.

1

C. com. art. L. 330-1

Est limitée à un maximum de dix ans la durée 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.

C. com., art. L. 330-2

Lorsque le contrat comportant la clause d'exclusivité mentionnée à l'article L. 330-1 est suivi ultérieurement, entre les mêmes parties, d'autres engagements analogues portant sur le même genre de biens, les clauses d'exclusivité contenues dans ces nouvelles conventions prennent fin à la même date que celle figurant au premier contrat.

2

C. com. art. L. 330-3

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.

Ce document, dont le contenu est fixé par décret, précise notamment, l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités.

Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.

Le document prévu au premier alinéa ainsi que le projet de contrat sont communiqués vingt jours minimum avant la signature du contrat, ou, le cas échéant, avant le versement de la somme mentionnée à l'alinéa précédent.

C. com. art. R. 330-1

Le document prévu au premier alinéa de l'article L. 330-3 contient les informations suivantes :

1° L'adresse du siège de l'entreprise et la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise s'il s'agit d'une personne physique ou des dirigeants s'il s'agit d'une personne morale ; le cas échéant, le montant du capital ;

2° Les mentions visées aux 1° et 2° de l'article R. 123-237 ou le numéro d'inscription au répertoire des métiers ainsi que la date et le numéro d'enregistrement ou du dépôt de la marque et, dans le cas où la marque qui doit faire l'objet du contrat a été acquise à la suite d'une cession ou d'une licence, la date et le numéro de l'inscription correspondante au registre national des

marques avec, pour les contrats de licence, l'indication de la durée pour laquelle la licence a été consentie ;

3° La ou les domiciliations bancaires de l'entreprise. Cette information peut être limitée aux cinq principales domiciliations bancaires ;

4° La date de la création de l'entreprise avec un rappel des principales étapes de son évolution, y compris celle du réseau d'exploitants, s'il y a lieu, ainsi que toutes indications permettant d'apprécier l'expérience professionnelle acquise par l'exploitant ou par les dirigeants.

Les informations mentionnées à l'alinéa précédent peuvent ne porter que sur les cinq dernières années qui précèdent celle de la remise du document. Elles doivent être complétées par une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services devant faire l'objet du contrat et des perspectives de développement de ce marché.

Doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des deux derniers exercices ou, pour les sociétés dont les titres financiers sont admis aux négociations sur un marché réglementé, les rapports établis au titre des deux derniers exercices en application du III de l'article L. 451-1-2 du code monétaire et financier ;

5° Une présentation du réseau d'exploitants qui comporte :

a) La liste des entreprises qui en font partie avec l'indication pour chacune d'elles du mode d'exploitation convenu ;

b) L'adresse des entreprises établies en France avec lesquelles la personne qui propose le contrat est liée par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée ; la date de conclusion ou de renouvellement de ces contrats est précisée ;

Lorsque le réseau compte plus de cinquante exploitants, les informations mentionnées à l'alinéa précédent ne sont exigées que pour les cinquante entreprises les plus proches du lieu de l'exploitation envisagée ;

c) Le nombre d'entreprises qui, étant liées au réseau par des contrats de même nature que celui dont la conclusion est envisagée, ont cessé de faire partie du réseau au cours de l'année précédant celle de la délivrance du document. Le document précise si le contrat est venu à expiration ou s'il a été résilié ou annulé ;

d) S'il y a lieu, la présence, dans la zone d'activité de l'implantation prévue par le contrat proposé, de tout établissement dans lequel sont offerts, avec l'accord exprès de la personne qui propose le contrat, les produits ou services faisant l'objet de celui-ci ;

6° L'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.

Le document précise, en outre, la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation.

Cass. com., art. L. 341-1.

L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, au moins un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation d'un de ces magasins et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune.

La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article.

Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L. 145-4, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative.

Cass. com., art. L. 341-2

I. – Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.

II. – Ne sont pas soumises au I du présent article les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes :

1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ;

2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ;

3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ;

4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.

C. com. art. L. 442-6

I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une

opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ;

3° D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;

4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ;

5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas ;

6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;

7° (Abrogé) ;

8° De procéder au refus ou retour de marchandises ou de déduire d'office du montant de la facture établie par le fournisseur les pénalités ou rabais correspondant au non-respect d'une date de livraison ou à la non-conformité des marchandises, lorsque la dette n'est pas certaine, liquide et exigible, sans

même que le fournisseur n'ait été en mesure de contrôler la réalité du grief correspondant ;

9° De ne pas communiquer ses conditions générales de vente, dans les conditions prévues à l'article L. 441-6, à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour l'exercice d'une activité professionnelle ;

10° De refuser de mentionner sur l'étiquetage d'un produit vendu sous marque de distributeur le nom et l'adresse du fabricant si celui-ci en a fait la demande conformément à l'article L. 112-6 du code de la consommation ;

11° D'annoncer des prix hors des lieux de vente, pour un fruit ou légume frais, sans respecter les règles définies aux II et III de l'article L. 441-2 du présent code ;

12° De passer, de régler ou de facturer une commande de produits ou de prestations de services à un prix différent du prix convenu résultant de l'application du barème des prix unitaires mentionné dans les conditions générales de vente, lorsque celles-ci ont été acceptées sans négociation par l'acheteur, ou du prix convenu à l'issue de la négociation commerciale faisant l'objet de la convention prévue à l'article L. 441-7, modifiée le cas échéant par avenant, ou de la renégociation prévue à l'article L. 441-8.

II.- Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité :

a) De bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;

b) D'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;

c) D'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui ;

d) De bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ;

e) D'obtenir d'un revendeur exploitant une surface de vente au détail inférieure à 300 mètres carrés qu'il approvisionne mais qui n'est pas lié à lui, directement ou indirectement, par un contrat de licence de marque ou de savoir-faire, un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence postcontractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achat de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III.- L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la

concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

La juridiction peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée.

La juridiction peut ordonner l'exécution de sa décision sous astreinte.

Les litiges relatifs à l'application du présent article sont attribués aux juridictions dont le siège et le ressort sont fixés par décret.

IV.-Le juge des référés peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire.

Code du travail

C. trav. art. L. 7321-2

Est gérant de succursale toute personne :

1° Chargée, par le chef d'entreprise ou avec son accord, de se mettre à la disposition des clients durant le séjour de ceux-ci dans les locaux ou dépendances de l'entreprise, en vue de recevoir d'eux des dépôts de vêtements ou d'autres objets ou de leur rendre des services de toute nature ;

2° Dont la profession consiste essentiellement :

a) Soit à vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise ;

b) Soit à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise.

4

Règlement (UE) no 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

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'efficience 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'efficience. 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'acquérir 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.

Fait à Bruxelles, le 20 avril 2010.

Par la Commission

Le président

José Manuel Barroso

[1] JO 36 du 6.3.1965, p. 533.

[**] A compter du 1er décembre 2009, l'article 81 du traité CE est devenu l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Les deux dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins du présent règlement, les références faites à l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne s'entendent, s'il y a lieu, comme faites à l'article 81 du traité CE.

[3] JO L 336 du 29.12.1999, p. 21.

[4] JO L 1 du 4.1.2003, p. 1.

5

Communication de la Commission Lignes directrices sur les restrictions verticales

TABLE DES MATIÈRES	Points
I. INTRODUCTION	1-7
1. Objet des présentes lignes directrices	1-4
2. Applicabilité de l'article 101 aux accords verticaux	5-7
ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1	8-22
1. Accords d'importance mineure et PME	8-11
2. Contrats d'agence	12-21
2.1 Définition des contrats d'agence	12-17
Application de l'article 101, paragraphe 1 aux contrats d'agence	18-21
3. Accords de sous-traitance	22
APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	23-73
Zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie	23
2. Champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	24-46
2.1 Définition des accords verticaux	24-26
2.2 Accords verticaux entre concurrents	27-28
2.3 Associations de détaillants	29-30
Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle («DPI»)	31-45
Rapports avec les autres règlements d'exemption par catégorie	46
Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie	47-59
Cas individuels de restriction de vente caractérisée susceptibles de ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, ou de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3	60-64
Restrictions exclues par le règlement d'exemption par catégorie	65-69
6. Séparabilité des restrictions	70-71
Gamme des produits distribués par un même réseau de distribution	72-73
RETRAIT DE L'EXEMPTION PAR CATÉGORIE ET EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE	74-85
1. Procédure de retrait de l'exemption	74-78
Exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie	79-85
DÉFINITION DES MARCHÉS ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ	86-95
Communication de la Commission sur la définition du marché en cause	86
Définition du marché en cause aux fins du calcul du seuil de 30 % prévu par le règlement d'exemption par catégorie	87-92
Calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption par catégorie	93-95
POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION AUX CAS INDIVIDUELS	96-229
1. Cadre de l'analyse	96-127
1.1. Effets négatifs des restrictions verticales	100-105
1.2. Effets positifs des restrictions verticales	106-109
1.3. Méthode d'analyse	110-127
Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1	111-121
Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3	122-127

2.	Analyse de certaines restrictions verticales	128-229
2.1.	Monomarquisme	129-150
2.2.	Distribution exclusive	151-167
2.3.	Exclusivité de clientèle	168-173
2.4.	Distribution sélective	174-188
2.5.	Franchise	189-191
2.6.	Fourniture exclusive	192-202
2.7.	Redevances d'accès payables d'avance	203-208
2.8.	Accords de gestion par catégorie	209-213
2.9.	Vente liée	214-222
2.10.	Restrictions concernant le prix de vente	223-229

I. INTRODUCTION

1. Objet des présentes lignes directrices

- (1) Les présentes lignes directrices exposent les principes sur lesquels se fonde l'appréciation des accords verticaux au regard de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* (ci-après «l'article 101»)¹. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées² (ci-après «le règlement d'exemption par catégorie») définit la notion d'«accord vertical» (voir les points 24 à 46). Les présentes lignes directrices ne préjugent pas d'une possible application parallèle de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après «l'article 102») aux accords verticaux. La structure des présentes lignes directrices est la suivante:
- la section II (points 8 à 22) décrit les accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1;
 - la section III (points 23 à 73) précise les conditions d'application du règlement d'exemption par catégorie,
 - la section IV (points 74 à 85) expose les principes qui régissent le retrait de l'exemption et l'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie;
 - la section V (points 86 à 95) donne des orientations sur la définition du marché en cause et le calcul des parts de marché;
 - la section VI (points 96 à 229) décrit le cadre général d'analyse et la politique que la Commission entend suivre pour l'application des règles de concurrence aux cas individuels d'accords verticaux.
- (2) Dans les présentes lignes directrices, l'analyse est applicable tant aux biens qu'aux services, même si certaines restrictions verticales se pratiquent surtout dans la distribution des biens. En outre, les accords verticaux peuvent porter sur des biens et services intermédiaires comme sur des biens et services finals. Sauf indication contraire, l'analyse et les arguments développés dans les présentes lignes directrices s'appliquent à tous les types de biens et de services et à tous les stades du commerce. La notion de «produits» englobe donc à la fois les biens et les services. Les notions de «fournisseur» et d'«acheteur» sont utilisées pour tous les stades du commerce. Le règlement d'exemption par catégorie et les présentes lignes directrices ne s'appliquent pas aux accords conclus avec les consommateurs finals lorsque ceux-ci ne sont pas des entreprises, étant donné que l'article 101 ne s'applique qu'aux accords entre entreprises.
- (3) La Commission publie les présentes lignes directrices afin d'aider les entreprises à évaluer elles-mêmes les accords verticaux au regard des règles de concurrence de l'UE. Les critères qui y sont exposés ne peuvent être appliqués mécaniquement, mais en

* A compter du 1^{er} décembre 2009, les articles 81 et 82 du traité CE sont devenus respectivement les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne («TFUE»). Dans les deux cas, les dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins de la présente communication, les références faites aux articles 101 et 102 du TFUE s'entendent, s'il y a lieu, comme faites respectivement aux articles 81 et 82 du traité CE. Le TFUE a également introduit certaines modifications de terminologie, telles que le remplacement de «Communauté» par «Union» et de «marché commun» par «marché intérieur». La terminologie du TFUE est utilisée dans les présentes lignes directrices.

¹ Les présentes lignes directrices remplacent la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices sur les restrictions verticales» (JO C 291 du 13.10.2000, p. 1).

² JO L 102 du 23.4.2010, p. 1.

tenant dûment compte des circonstances propres à chaque cas. Chaque cas doit être apprécié à la lumière des faits qui lui sont propres.

- (4) Les présentes lignes directrices sont sans préjudice de la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice de l'Union européenne concernant l'application de l'article 101 aux accords verticaux. La Commission continuera à évaluer l'application du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur la base d'informations concernant le marché venant des intéressés et des autorités nationales de la concurrence et peut réviser la présente communication à la lumière de développements futurs et de l'état de ses connaissances.

2. Applicabilité de l'article 101 aux accords verticaux

- (5) L'article 101 s'applique aux accords verticaux qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence (ci-après «restrictions verticales»)³. L'article 101 fournit un cadre juridique pour l'appréciation des restrictions verticales, qui tient compte de la distinction entre les effets anticoncurrentiels et les effets favorables à la concurrence. L'article 101, paragraphe 1, interdit les accords qui restreignent ou faussent sensiblement la concurrence, tandis que l'article 101, paragraphe 3, accorde une exemption aux accords qui produisent des avantages suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels⁴.

- (6) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales et elles peuvent permettre de réaliser des gains d'efficacité substantiels.

- (7) L'article 101 vise à éviter que les entreprises ne recourent à des accords (en l'espèce, à des accords verticaux) pour restreindre la concurrence sur le marché, au détriment des consommateurs. L'examen des restrictions verticales est aussi important dans le contexte de l'objectif plus large de réalisation d'un marché intérieur intégré. L'intégration des marchés renforce la concurrence dans l'Union européenne. Les entreprises ne devraient pas pouvoir recréer des obstacles de nature privée entre les États membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés.

II. ACCORDS VERTICAUX QUI NE RELÈVENT GÉNÉRALEMENT PAS DE L'ARTICLE 101, PARAGRAPHE 1

1. Accords d'importance mineure et PME

- (8) Les accords qui ne sont pas de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres ou qui n'ont pas pour objet ou pour effet de restreindre sensiblement le jeu de la concurrence ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1. Le règlement d'exemption par catégorie n'est applicable qu'aux accords entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1. Les présentes lignes directrices ne préjugent pas l'application de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au

³ Voir, entre autres, les arrêts de la Cour de justice du 13 juillet 1966, *Grundig-Consten/Commission* (affaires jointes 56/64 et 58/64, Recueil 1966, p. 429) et du 30 juin 1966, *Technique Minière/Maschinenbau Ulm* (56/65, Recueil 1966, p. 337), et l'arrêt du Tribunal du 14 juillet 1994, *Parker Pen/Commission* (T-77/92, Recueil 1994, p. II-549).

⁴ Voir la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97), qui expose la méthode générale de la Commission et l'interprétation que celle-ci donne aux conditions d'application de l'article 101, paragraphe 1, et en particulier de l'article 101, paragraphe 3.

sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*)⁵ ni toute communication future en la matière.

(9) Sous réserve des conditions énoncées dans la communication *de minimis* en ce qui concerne les restrictions caractérisées et l'effet cumulatif, les accords verticaux conclus par des entreprises non concurrentes dont la part de marché individuelle ne dépasse pas 15 % du marché en cause sont généralement considérés comme ne relevant pas de l'article 101, paragraphe 1⁶. Les accords verticaux conclus par des entreprises dont la part de marché est supérieure à 15 % ne sont pas présumés enfreindre automatiquement l'article 101, paragraphe 1. Il se peut que des accords entre entreprises dont la part de marché est supérieure à 15 % n'aient pas d'effet sensible sur le commerce entre États membres ou ne constituent pas une restriction sensible au jeu de la concurrence⁷. Ces accords doivent être appréciés dans leur contexte juridique et économique. Les critères d'appréciation des accords individuels sont exposés aux points 96 à 229.

(10) En ce qui concerne les restrictions caractérisées visées dans la communication *de minimis*, l'article 101, paragraphe 1, peut s'appliquer au-dessous du seuil de 15 %, à condition qu'il y ait un effet sensible sur le commerce entre les États membres et sur la concurrence. À cet égard, il convient de se référer à la jurisprudence pertinente de la Cour de justice et du Tribunal⁸. Il peut aussi être nécessaire d'apprécier les effets positifs et négatifs des restrictions caractérisées tel que décrit en particulier au point 47 des présentes lignes directrices.

(11) De plus, la Commission estime que, sous réserve de l'absence d'effet cumulatif et de restrictions caractérisées, les accords verticaux entre petites et moyennes entreprises telles qu'elles sont définies dans l'annexe de la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises⁹ sont rarement de nature à affecter sensiblement le commerce entre États membres ou à restreindre sensiblement la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, et ne relèvent donc pas, d'une manière générale, de cette disposition. Lorsque de tels accords remplissent néanmoins les conditions d'application de l'article 101, paragraphe 1, la Commission s'abstient normalement d'ouvrir la procédure en raison de l'absence d'un intérêt suffisant pour l'Union européenne, à moins que les entreprises concernées ne détiennent, collectivement ou séparément, une position dominante sur une partie substantielle du marché intérieur.

2. Contrats d'agence

2.1 Définition

(12) Un agent est une personne physique ou morale investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre soit au nom du commettant en vue de:

- l'achat de biens ou de services par le commettant, ou de
- la vente de biens ou de services fournis par le commettant.

⁵ JO C 368 du 22.12.2001, p. 13.

⁶ Pour les accords entre entreprises concurrentes, le seuil de part de marché *de minimis* est fixé à 10 % pour leur part de marché collective sur chacun des marchés en cause affectés.

⁷ Voir l'arrêt du Tribunal du 8 juin 1995, *Langnese-Iglo GmbH/Commission* (T-7/93, Recueil 1995, p. II-1533), point 98.

⁸ Voir les arrêts de la Cour de justice du 9 juillet 1969, *Völk/Vervaecke* (5/69, Recueil 1969, p. 295), du 6 mai 1971, *Cadillon/Höss* (1/71, Recueil 1971, p. 351), et du 28 avril 1998, *Javico/Yves Saint Laurent* (C-306/96, Recueil 1998, p. I-1983), points 16 et 17.

⁹ JO L 124 du 20.5.2003, p. 36.

- (13) Le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné¹⁰. À cet égard, le fait que l'agent agisse pour le compte d'un ou de plusieurs commettants est sans incidence, de même que la qualification donnée à l'accord par les parties ou par la législation nationale.
- (14) Trois types de risques financiers ou commerciaux sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1. Premièrement les risques propres à chaque contrat, qui sont directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant, comme le financement des stocks. Deuxièmement, les risques liés aux investissements propres au marché. Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier ce type de contrat. Ces investissements sont généralement irrécouvrables, ce qui signifie que lors de l'abandon du domaine d'activité considéré, ils ne peuvent servir pour d'autres activités ou les actifs concernés ne peuvent être vendus que moyennant de lourdes pertes. Troisièmement, les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte, mais à ses propres risques.
- (15) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable, en rapport avec les contrats qu'il conclut et/ou négocie pour le compte du commettant, avec les investissements propres au marché pour ce domaine d'activité ou avec les autres activités que le commettant lui demande d'exercer sur le même marché de produits. Toutefois, les risques qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite en tant qu'agent ou les investissements généraux dans un local ou du personnel, par exemple, ne sont pas pertinents pour cette appréciation.
- (16) Aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1, un accord sera donc généralement considéré comme un contrat d'agence lorsque l'agent n'est pas investi de la propriété des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels et qu'il:
- a) ne contribue pas aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens ou des services contractuels, y compris les coûts de transport des biens. Cela n'empêche pas l'agent d'effectuer le service de transport, sous réserve que les coûts soient couverts par le commettant;
 - b) ne tient pas, à ses propres frais ou risques, de stocks de biens contractuels, et notamment ne supporte pas le coût de financement des stocks ni le coût lié à la perte des stocks, et peut retourner au commettant, sans frais, les invendus, à moins que sa responsabilité pour faute ne soit engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité suffisantes pour empêcher cette perte);

¹⁰ Voir l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 2005, *Daimler Chrysler AG/Commission*, (T-325/01, Recueil 2005, p. II-3319), et les arrêts de la Cour de justice du 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*, (C-217/05, Recueil 2006, p. I-11987) et du 11 septembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SALV Tobar e Hijos SL*, (C-279/06, Recueil 2008, p. I-6681).

- c) n'assume pas de responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par le produit vendu (responsabilité du fait des produits), sauf si sa responsabilité pour faute est engagée à cet égard;
 - d) n'assume pas la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client, à l'exception de la perte de sa commission, sauf si sa responsabilité pour faute est engagée (par exemple, pour ne pas avoir pris de mesures de sécurité ou contre le vol suffisantes ou de mesures raisonnables pour signaler un vol au commettant ou à la police, ou pour ne pas avoir communiqué au commettant toute information en sa possession concernant la fiabilité financière du client);
 - e) n'est pas tenu, directement ni indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes, telles qu'une contribution au budget publicitaire du commettant;
 - f) ne réalise pas d'investissements propres au marché dans des équipements, des locaux ou la formation du personnel (par exemple, dans un réservoir d'essence pour la vente au détail de carburant ou dans un logiciel spécialisé pour la vente de polices d'assurance dans le cas d'agents d'assurance), sauf si ces coûts lui sont intégralement remboursés par le commettant;
 - g) ne se charge pas d'autres activités sur le même marché de produits à la demande du commettant, sauf si ces activités lui sont intégralement remboursées par ce dernier.
- (17) Cette liste n'est pas exhaustive. Cependant, si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités aux points (14), (15) et (16), l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence. La question du risque doit être analysée cas par cas et en tenant compte de la réalité économique plutôt que de la forme juridique. Pour des raisons pratiques, l'analyse de risque peut débiter par l'appréciation des risques propres au contrat. Le fait que ces risques soient supportés par l'agent suffit à conclure que celui-ci est un distributeur indépendant. Au contraire, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse et d'apprécier les risques liés aux investissements propres au marché. Enfin, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat ni des risques liés aux investissements propres au marché, il y a lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits.
- 2.2 *Application de l'article 101, paragraphe 1, aux contrats d'agence*
- (18) Dans le cas des contrats d'agence définis à la section 2.1, la fonction de vente ou d'achat de l'agent fait partie intégrante des activités du commettant. Le commettant supportant les risques commerciaux et financiers liés à la vente et à l'achat des biens ou des services contractuels, aucune des obligations imposées à l'agent en relation avec les contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant ne relève de l'article 101, paragraphe 1. Les obligations suivantes qui pèsent sur l'agent sont considérées comme inhérentes à un contrat d'agence, dans la mesure où chacune d'elles est liée à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels, ce qui est essentiel si le commettant doit assumer les risques et doit, par conséquent, être à même de déterminer la stratégie commerciale:
- a) limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre ces biens ou services,
 - b) limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre ces biens ou services,
 - c) prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter ces biens ou services.
- (19) En plus de stipuler les conditions de vente ou d'achat par l'agent des biens ou services contractuels pour le compte du commettant, un contrat d'agence contient souvent des dispositions concernant les relations entre l'agent et le commettant. En particulier, il peut contenir une disposition qui interdit au commettant de désigner d'autres agents pour un type donné d'opérations, de clientèle ou de territoire (clauses d'exclusivité) ou

une disposition qui interdit à l'agent d'agir en tant qu'agent ou distributeur pour le compte d'entreprises concurrentes du commettant (clauses de monomarquisme). L'agent étant une entreprise distincte du commettant, les dispositions régissant leur relation peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1. Les clauses d'exclusivité n'entraînent généralement pas d'effets anticoncurrentiels. En revanche, les clauses de monomarquisme et de non-concurrence après l'expiration de l'accord, qui concernent la concurrence intermarques, peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1, si elles entraînent un effet de verrouillage (cumulatif) du marché en cause sur lequel les biens ou services contractuels se vendent ou s'achètent, ou y contribuent (voir notamment la section VI.2.1). Ces dispositions peuvent bénéficier de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie, en particulier lorsque les conditions prévues par l'article 5 dudit règlement la régissant sont remplies. Elles peuvent aussi être individuellement justifiées par des gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3, ainsi qu'il est expliqué aux points 144 à 148.

(20) Même si le commettant supporte tous les risques commerciaux et financiers correspondants, un contrat d'agence peut également relever de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'il facilite la collusion. Tel peut être le cas, par exemple, lorsqu'un certain nombre de commettants font appel aux mêmes agents et empêchent collectivement d'autres commettants de recourir à ces mêmes agents, ou se servent de ces agents pour s'entendre sur une stratégie commerciale ou pour s'échanger des informations sensibles sur le marché.

(21) Lorsque l'agent supporte un ou plusieurs des risques pertinents décrits au point (16), l'accord entre l'agent et le commettant ne constitue pas un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1. Dans ce cas, l'agent sera considéré comme une entreprise indépendante et l'accord le liant au commettant relèvera de l'article 101, paragraphe 1, comme tout autre accord vertical.

3. Accords de sous-traitance

(22) Un accord de sous-traitance est un accord par lequel un donneur d'ordre fournit une technologie ou un équipement à un sous-traitant qui s'engage à fabriquer certains produits (exclusivement) pour le donneur d'ordre sur la base de cette technologie ou de cet équipement. Les accords de sous-traitance sont couverts par la communication de la Commission du 18 décembre 1978 concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 85, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté économique européenne (ci-après «communication sur la sous-traitance»)¹¹. Conformément à cette communication, qui reste applicable, les contrats de sous-traitance en vertu desquels le sous-traitant s'engage à fabriquer certains produits exclusivement pour le donneur d'ordre ne sont généralement pas visés par l'article 101, paragraphe 1, pour autant que la technologie ou l'équipement considérés soient nécessaires pour mettre le sous-traitant en mesure de fabriquer les produits. Toutefois, d'autres limitations imposées au sous-traitant, telles que l'obligation de ne pas effectuer ou exploiter ses propres travaux de recherche et de développement ou de ne pas produire, en général, pour des tiers, peuvent relever de l'article 101¹².

III. APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

1. Zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie

(23) Pour la plupart des restrictions verticales, les problèmes de concurrence ne se posent que lorsque la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades du commerce, c'est-

¹¹ JO C 1 du 3.1.1979, p. 2.

¹² Voir le point 3 de la communication sur la sous-traitance.

à-dire lorsqu'il existe un certain pouvoir de marché au niveau du fournisseur, à celui de l'acheteur ou à ces deux niveaux. Selon les parts de marché que détiennent le fournisseur et l'acheteur, le règlement d'exemption par catégorie crée une présomption de légalité pour les accords verticaux, pour autant qu'ils ne comportent pas de restriction caractérisée de la concurrence, c'est-à-dire de restriction de la concurrence par objet. Conformément à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens ou les services contractuels et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les biens ou les services contractuels déterminent l'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie s'applique, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur doivent être chacune inférieures ou égales à 30 %. La section V des présentes lignes directrices donne des orientations sur la définition du marché en cause et le calcul des parts de marché. Au-delà du seuil de 30 % de parts de marché, il n'est pas présumé qu'un accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, ou ne remplit pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3, mais il n'est pas non plus présumé qu'un accord vertical relevant de l'article 101, paragraphe 1, remplira généralement les conditions de l'article 101, paragraphe 3.

2. Champ d'application du règlement d'exemption par catégorie

2.1 *Définition des accords verticaux*

(24)

L'article 1^{er}, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie définit un accord vertical comme «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».

- (25) La définition d'«accord vertical» visée au point (24) contient quatre éléments principaux:
- (a) le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords et aux pratiques concertées. Il ne s'applique pas à un comportement unilatéral des entreprises concernées. Ce comportement unilatéral peut relever de l'article 102, qui interdit les abus de position dominante. Pour qu'il y ait accord au sens de l'article 101, il suffit que les parties aient exprimé leur intention commune de se comporter d'une manière particulière sur le marché. La forme sous laquelle cette intention est exprimée n'est pas importante, pour autant qu'elle constitue l'expression fidèle de celle-ci. En l'absence d'accord explicite exprimant la volonté concordante des parties, la Commission devra prouver que la stratégie unilatérale d'une partie reçoit l'acquiescement de l'autre. Dans le cas d'accords verticaux, cet acquiescement à une stratégie unilatérale particulière peut être établi de deux manières. Premièrement, il peut être déduit des pouvoirs conférés aux parties dans le cadre d'un accord général établi préalablement. Si les clauses de l'accord préétabli prévoient ou permettent qu'une partie adopte ultérieurement une stratégie unilatérale particulière qui sera contraignante pour l'autre partie, l'acquiescement à cette stratégie par l'autre partie peut être établi sur cette base¹³. Deuxièmement, en l'absence d'acquiescement explicite, la Commission peut démontrer l'existence d'un acquiescement tacite. Pour ce faire, il convient de montrer, premièrement, qu'une partie exige, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre partie à la mise en œuvre de sa stratégie unilatérale et, deuxièmement, que l'autre partie se plie à cette exigence en mettant cette stratégie unilatérale en œuvre¹⁴. À titre d'exemple, si après l'annonce par un fournisseur d'une réduction unilatérale de ses livraisons afin d'empêcher tout commerce parallèle, les distributeurs réduisent immédiatement leurs commandes et cessent de pratiquer un commerce parallèle, il y a acquiescement tacite de leur part à la stratégie unilatérale du fournisseur. Ce n'est toutefois pas le cas si les distributeurs continuent de pratiquer un commerce parallèle ou s'efforcent de trouver de nouveaux moyens d'y parvenir. De même, dans le cas d'accords verticaux, l'acquiescement tacite peut être déduit du niveau de la coercition exercée par une partie pour imposer sa stratégie unilatérale à l'autre ou aux autres parties à l'accord, en liaison avec le nombre de distributeurs qui mettent effectivement en œuvre la stratégie unilatérale du fournisseur dans la pratique. Par exemple, un système de suivi et de pénalités instauré par un fournisseur pour sanctionner les distributeurs qui ne respectent pas sa stratégie unilatérale dénote un acquiescement tacite à cette stratégie si ce système permet au fournisseur de mettre en œuvre sa stratégie dans la pratique. Les deux manières d'établir l'existence d'un acquiescement décrites au présent point peuvent être utilisées conjointement;
- (b) il s'agit d'un accord ou d'une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises. Les accords verticaux conclus avec les consommateurs finals qui ne sont pas des entreprises ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie. D'une manière plus générale, les accords conclus avec des consommateurs finals ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1, car cet article ne s'applique qu'aux accords entre entreprises, aux décisions d'associations d'entreprises et aux pratiques concertées entre entreprises. Ceci ne porte pas atteinte à l'application éventuelle de l'article 102;

¹³ Arrêt de la Cour de justice du 13 juillet 2006, *Commission/Volkswagen AG*, (C-74/04 P, Recueil 2006, p. I-6585).

¹⁴ Arrêt du Tribunal du 26 octobre 2000, *Bayer AG/Commission* (T-41/96, Recueil 2000, p. II-3383).

- (c) chacune des entreprises participant à l'accord ou à la pratique concertée agit, aux fins de l'accord, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution. À titre d'exemple, une entreprise produit une matière première que l'autre entreprise utilise comme bien intermédiaire, ou la première est un fabricant, la deuxième un grossiste et la troisième un détaillant; ceci n'exclut pas les cas où une entreprise est présente à plus d'un niveau de la chaîne de production ou de distribution;
 - (d) les accords et pratiques concertées concernent les conditions dans lesquelles les parties à l'accord, à savoir le fournisseur et l'acheteur, «peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services». L'objet du règlement d'exemption par catégorie est en effet de couvrir les accords d'achat et de distribution. Il s'agit d'accords qui concernent les conditions d'achat, de vente ou de revente des biens ou des services fournis par le fournisseur ou qui concernent les conditions de vente par l'acheteur de biens ou de services dans lesquels sont incorporés ces biens ou services. Tant les biens ou les services fournis par le fournisseur que les biens ou services qui en résultent sont considérés comme des biens ou des services contractuels au sens du règlement d'exemption par catégorie. Les accords verticaux portant sur tous les biens et services, qu'ils soient finals ou intermédiaires, sont couverts. La seule exception est le secteur automobile, tant que ce secteur reste régi par une exemption par catégorie spécifique, comme celle qui est prévue par le 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 automobile¹⁵ ou celui qui lui succédera. L'acheteur peut revendre les biens ou les services acquis auprès du fournisseur ou les utiliser comme biens ou services intermédiaires aux fins de sa propre activité de production.
- (26) Le règlement d'exemption par catégorie est aussi applicable aux biens vendus ou achetés en vue d'être loués à des tiers. Toutefois, les baux et contrats de location en tant que tels ne sont pas couverts par ledit règlement, étant donné qu'aucun bien ni service n'est vendu par le fournisseur à l'acheteur. Plus généralement, le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas les restrictions ou obligations qui ne sont pas liées aux conditions d'achat, de vente ou de revente, comme par exemple une obligation interdisant aux parties de mener des activités de recherche et de développement indépendantes, que les parties peuvent avoir introduites dans un accord par ailleurs vertical. De plus, l'article 2, paragraphes 2 à 5 du règlement d'exemption par catégorie, exclut directement ou indirectement certains accords verticaux du bénéfice de l'exemption par catégorie.
- 2.2 *Accords verticaux entre concurrents*
- (27) L'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie exclut expressément de son champ d'application les «accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes». Les accords verticaux entre concurrents sont traités, quant à leurs éventuels effets de collusion, dans les lignes directrices de la Commission sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale¹⁶. Les aspects verticaux de ces accords doivent toutefois être appréciés au regard des présentes lignes directrices. L'article 1^{er}, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie définit une entreprise concurrente comme «un concurrent actuel ou potentiel». Deux entreprises sont considérées comme des concurrents actuels si elles sont présentes sur le même marché en cause. Une entreprise est considérée comme un

¹⁵ JO L 203 du 1.8.2002, p. 30.

¹⁶ JO C 3 du 6.1.2001, p. 2. Un réexamen de ces lignes directrices est prévu.

concurrent potentiel d'une autre entreprise si, en l'absence d'accord, en cas de hausse légère mais permanente des prix relatifs, il est probable que, dans un bref délai, normalement inférieur à un an, elle procéderait aux investissements supplémentaires nécessaires ou engagerait les autres coûts de transformation nécessaires pour pénétrer sur le marché en cause sur lequel l'autre entreprise est présente. Cette évaluation doit être réaliste, une possibilité d'entrée sur le marché n'étant pas suffisante si elle est purement théorique¹⁷. Un distributeur qui fournit des caractéristiques techniques à un fabricant pour la production d'un bien donné sous sa marque de distributeur ne saurait être considéré comme le fabricant de ces biens.

- (28) L'article 2, paragraphe 4, du règlement d'exemption par catégorie prévoit deux exceptions à l'exclusion générale des accords verticaux entre concurrents, qui concernent les accords non réciproques. Le règlement d'exemption par catégorie couvre les accords non réciproques entre concurrents lorsque 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 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. La première exception couvre les situations de double distribution, c'est-à-dire celles où le fabricant d'un produit particulier est aussi distributeur de ce produit, en concurrence avec des distributeurs indépendants qui vendent aussi son produit. Dans un tel cas de figure, on considère qu'en règle générale, toute incidence potentielle sur la relation de concurrence entre le fabricant et le détaillant au niveau du commerce de détail est de moindre importance que l'incidence potentielle de l'accord de fourniture vertical sur la concurrence en général au niveau de la fabrication ou du commerce de détail. La seconde exception couvre des situations comparables de double distribution, mais de services cette fois, lorsque le fournisseur est aussi prestataire de services au niveau du commerce de détail où l'acheteur opère.

2.3 *Associations de détaillants*

- (29) L'article 2, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie inclut dans son champ d'application les accords verticaux conclus par une association d'entreprises qui remplit certaines conditions et, partant, il exclut du bénéfice de l'exemption par catégorie les accords verticaux conclus par toutes les autres associations. Le règlement ne s'applique aux accords verticaux conclus entre une association et ses membres, ou entre une association et ses fournisseurs, que si tous les membres sont détaillants de biens (non de services) et qu'aucun d'eux ne réalise individuellement un chiffre d'affaires qui dépasse 50 millions d'euros. Les détaillants sont des distributeurs qui revendent les biens au consommateur final. Un dépassement du seuil de chiffre d'affaires de 50 millions d'euros par un nombre réduit de membres de l'association qui, ensemble, représentent moins de 15 % du chiffre d'affaires cumulé de tous les membres de l'association, n'affectera normalement pas l'appréciation au regard de l'article 101.
- (30) Une association d'entreprises peut impliquer l'existence à la fois d'accords horizontaux et d'accords verticaux. Les accords horizontaux doivent être appréciés en appliquant les principes exposés dans les lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE

¹⁷ Voir la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO C 372 du 9.12.1997, p. 5), points 20 à 24, le XIII^e rapport de la Commission sur la politique de concurrence, point 55, et la décision 90/410/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/32.009, *Elopak/Metal Box-Odin* (JO L 209 du 8.8.1990, p. 15).

aux accords de coopération horizontale¹⁸. Si cette appréciation amène à conclure qu'une coopération entre entreprises en matière d'achats ou de ventes est acceptable, une évaluation complémentaire sera nécessaire pour examiner les accords verticaux conclus par l'association avec ses fournisseurs ou chacun de ses membres. Cette évaluation complémentaire s'effectuera au regard des dispositions du règlement d'exemption par catégorie et des présentes lignes directrices. Ainsi, des accords horizontaux conclus entre les membres de l'association ou des décisions adoptées par l'association, telles que les décisions imposant aux membres l'obligation d'acheter à l'association ou concédant des territoires exclusifs aux membres de l'association, devront être appréciés en premier lieu en tant qu'accords horizontaux. Si cette appréciation mène à la conclusion que l'accord horizontal n'est pas anticoncurrentiel, il sera nécessaire d'examiner les accords verticaux entre l'association et chacun de ses membres ou entre l'association et les fournisseurs.

2.4 *Accords verticaux contenant des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle (ci-après «DPI»)*

- (31) L'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie inclut dans son champ d'application les accords verticaux qui contiennent certaines dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de DPI et, ce faisant, exclut du champ d'application dudit règlement tous les autres accords verticaux contenant des dispositions concernant les DPI. Le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions en matière de DPI lorsque cinq conditions sont remplies:
- a) les dispositions concernant les DPI doivent faire partie intégrante d'un accord vertical, c'est-à-dire d'un accord concernant les conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services;
 - b) les DPI doivent être cédés à l'acheteur ou celui-ci doit être autorisé à les utiliser;
 - c) les dispositions concernant les DPI ne doivent pas constituer l'objet principal de l'accord;
 - d) les dispositions concernant les DPI doivent être directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. En cas de franchise, où la commercialisation constitue l'objet de l'exploitation des DPI, les biens ou les services sont distribués par le franchisé principal ou par les franchisés;
 - e) les dispositions concernant les DPI ne doivent pas comporter, en relation avec les biens ou les services contractuels, de restrictions de concurrence ayant un objet identique à celui de restrictions verticales non exemptées en vertu du règlement d'exemption par catégorie.
- (32) Ces conditions garantissent que le règlement d'exemption par catégorie s'applique aux accords verticaux dans le cadre desquels l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services peut s'effectuer avec plus d'efficacité parce que les DPI sont cédés à l'acheteur ou que celui-ci est autorisé à les utiliser. En d'autres termes, les restrictions relatives à la cession ou à l'utilisation de DPI peuvent être couvertes par l'exemption lorsque l'objet principal de l'accord est l'achat ou la distribution de biens ou de services.
- (33) La première condition précise que le contexte dans lequel les DPI sont cédés est un accord d'achat ou de distribution de biens ou un accord d'achat ou de prestation de services et non un accord concernant la cession ou l'octroi sous licence de DPI en vue de la fabrication de biens ni un accord pur de licence. Le règlement d'exemption par catégorie ne couvre pas, par exemple:

¹⁸ Voir le point (27).

- a) les accords en vertu desquels une partie fournit à l'autre partie une recette et lui concède une licence pour la production d'une boisson à partir de cette recette,
 - b) les accords aux termes desquels une partie fournit à l'autre partie un moule ou un original et lui concède une licence pour la production et la distribution de copies,
 - c) les licences pures de marque ou de signes distinctifs à des fins de marchandisage,
 - d) les contrats de parrainage ou de mécénat portant sur le droit de se présenter comme mécène officiel d'un événement,
 - e) les licences de droits d'auteur telles que les contrats de radiodiffusion prévoyant le droit d'enregistrer et/ou de diffuser un événement.
- (34) La deuxième condition implique que le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique pas lorsque les DPI sont cédés par l'acheteur au fournisseur, indépendamment du fait de savoir si les DPI concernent le mode de fabrication ou de distribution. Un accord sur la cession de DPI au fournisseur qui contiendrait d'éventuelles restrictions quant aux ventes réalisées par ce dernier ne serait pas couvert par le règlement d'exemption par catégorie. Cela signifie notamment qu'un accord de sous-traitance assorti de la cession d'un savoir-faire au sous-traitant¹⁹ ne relève pas du champ d'application dudit règlement (voir aussi le point 22). Toutefois, les accords verticaux en vertu desquels l'acheteur ne procure au fournisseur que des caractéristiques techniques décrivant les biens ou services qui doivent être fournis relèvent du champ d'application dudit règlement.
- (35) La troisième condition précise que, pour être couvert par le règlement d'exemption par catégorie, l'objet principal de l'accord ne doit pas être la cession ou l'octroi sous licence de DPI. L'objet principal de l'accord doit être l'achat, la vente ou la revente de biens ou de services, et les dispositions en matière de DPI doivent servir à l'exécution de l'accord vertical.
- (36) La quatrième condition implique que les dispositions concernant les DPI visent à faciliter l'utilisation, la vente ou la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. Les biens ou services destinés à l'utilisation ou à la revente sont normalement fournis par le concédant de licence, mais ils peuvent aussi être achetés à un tiers par le bénéficiaire de licence. Les dispositions en matière de DPI concernent en général la commercialisation de biens ou services. C'est par exemple le cas lorsqu'un accord de franchise prévoit que le franchiseur vend au franchisé des biens destinés à la revente et lui concède une licence pour l'utilisation de sa marque et de son savoir-faire pour commercialiser les biens. C'est aussi le cas lorsque le fournisseur d'un extrait concentré concède à l'acheteur une licence pour lui permettre de diluer et d'embouteiller cet extrait concentré avant de le vendre à l'état de boisson.
- (37) La cinquième condition implique notamment que les dispositions relatives aux DPI ne doivent pas avoir un objet identique à celui des restrictions caractérisées énumérées à l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie ni à celui des restrictions exclues du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie en vertu de l'article 5 dudit règlement (voir les points 47 à 69 des présentes lignes directrices).
- (38) Les DPI pertinents pour l'exécution d'accords verticaux au sens de l'article 2, paragraphe 3, du règlement d'exemption par catégorie, concernent généralement trois domaines principaux: les marques, le droit d'auteur et le savoir-faire.

Les marques

¹⁹

Voir la communication sur la sous-traitance (visée au point (22))

- (39) Une licence de marque concédée à un distributeur peut être liée à la distribution des produits du concédant de licence sur un territoire donné. S'il s'agit d'une licence exclusive, l'accord équivaut à une distribution exclusive.

Le droit d'auteur

- (40) Les revendeurs de biens protégés par le droit d'auteur (livres, logiciels, etc.) peuvent être contraints par le titulaire du droit d'auteur de ne revendre les biens concernés qu'à la condition d'interdire à l'acheteur, qu'il s'agisse d'un autre revendeur ou de l'utilisateur final, d'enfreindre le droit d'auteur. Pareilles obligations imposées au revendeur, pour autant qu'elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, sont couvertes par le règlement d'exemption par catégorie.
- (41) Les accords en vertu desquels des copies d'un logiciel sont fournies en vue de leur revente et aux termes desquels le revendeur n'acquiert pas de licence sur les droits protégeant le logiciel, mais a seulement le droit de revendre ces copies, sont à considérer, pour l'application du règlement d'exemption par catégorie, comme des accords de fourniture de biens en vue de la revente. Dans ce mode de distribution, la concession d'une licence de logiciel n'a lieu qu'entre le titulaire du droit d'auteur et l'utilisateur du logiciel. Il peut s'agir d'un type de licence qui stipule que l'ouverture de l'emballage du logiciel vaut acceptation des conditions incluses dans cet emballage («shrink wrap licence»).
- (42) En ce qui concerne le matériel informatique dans lequel sont incorporés des logiciels protégés par le droit d'auteur, le titulaire du droit d'auteur peut interdire à l'acheteur d'enfreindre ce droit; il peut par conséquent lui interdire de faire des copies des logiciels pour les revendre ou les utiliser sur un autre matériel informatique. Pareilles restrictions en matière d'utilisation, pour autant qu'elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, sont couvertes par le règlement d'exemption par catégorie.

Le savoir-faire

- (43) Les accords de franchise, à l'exception des accords de franchise industrielle, sont le meilleur exemple de communication de savoir-faire à l'acheteur à des fins commerciales²⁰. Les accords de franchise contiennent des licences de DPI concernant des marques, des signes distinctifs ou un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou pour la prestation de services. Outre la licence de DPI, le franchiseur fournit habituellement au franchisé une assistance commerciale ou technique pendant toute la durée de l'accord, telle que des services en matière d'approvisionnement, une formation, des conseils immobiliers, une planification financière, etc. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée.
- (44) L'octroi de licence prévu dans un accord de franchise bénéficie de l'exemption par catégorie si chacune des cinq conditions énumérées au point 31 est remplie. Cela est normalement le cas étant donné que, dans la plupart des accords de franchise, y compris les accords de franchise principale, le franchiseur fournit au franchisé des biens ou des services, notamment des services d'assistance commerciale ou technique. Les DPI aident le franchisé à revendre les produits que lui fournit le franchiseur ou un fournisseur désigné par ce dernier, ou à utiliser ces produits et à vendre les biens ou les services qui en résultent. Si un accord de franchise prévoit seulement, ou à titre principal, la concession d'une licence de DPI, il n'est pas couvert par l'exemption par catégorie, mais la Commission appliquera généralement les principes énoncés dans le

²⁰ Les points 43 à 45 s'appliquent par analogie à d'autres types d'accords de distribution qui impliquent le transfert d'un savoir-faire substantiel entre le fournisseur et l'acheteur.

règlement d'exemption par catégorie et dans les présentes lignes directrices à un tel accord.

- (45) Les obligations suivantes liées à des DPI sont généralement considérées comme nécessaires à la protection des DPI du franchiseur et, si elles relèvent de l'article 101, paragraphe 1, sont également couvertes par le règlement d'exemption par catégorie:
- a) l'obligation pour le franchisé de ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire;
 - b) l'obligation pour le franchisé de ne pas acquérir, dans le capital d'une entreprise concurrente, une participation financière qui lui donnerait le pouvoir d'influencer le comportement économique de cette entreprise;
 - c) l'obligation pour le franchisé de ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire fourni par le franchiseur aussi longtemps que ce savoir-faire n'est pas tombé dans le domaine public;
 - d) l'obligation pour le franchisé de communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et de lui accorder, ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience;
 - e) l'obligation pour le franchisé d'informer le franchiseur des contrefaçons des DPI octroyés sous licence, d'intenter une action en justice contre les contrefacteurs ou d'assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur;
 - f) l'obligation pour le franchisé de ne pas utiliser le savoir-faire concédé sous licence par le franchiseur à d'autres fins que l'exploitation de la franchise;
 - g) l'obligation pour le franchisé de ne pas céder les droits et obligations résultant de l'accord de franchise sans le consentement du franchiseur.

2.5 *Rapports avec les autres règlements d'exemption par catégorie*

- (46) L'article 2, paragraphe 5, dispose que le règlement d'exemption par catégorie «ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit». Le règlement d'exemption par catégorie ne s'applique donc pas aux accords verticaux couverts par le règlement (CE) n° 772/2004 de la Commission du 27 avril 2004 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie²¹, par le règlement (CE) n° 1400/2002 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 automobile²² ou par le règlement (CE) n° 2658/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de spécialisation²³ et le règlement (CE) n° 2659/2000 de la Commission du 29 novembre 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de recherche et de développement²⁴ sur l'exemption des accords verticaux conclus en liaison avec des accords horizontaux, ni par tout autre règlement futur en la matière, sauf si un de ces règlements le prévoit.

3. **Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie**

- (47) L'article 4 du règlement d'exemption par catégorie énumère une liste de restrictions caractérisées qui entraînent l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement²⁵. Lorsqu'une telle restriction caractérisée est incluse dans

²¹ JO L 123 du 27.4.2004, p. 11.

²² Voir le point (25).

²³ JO L 304 du 5.12.2000, p. 3.

²⁴ JO L 304 du 5.12.2000, p. 7.

²⁵ Cette liste de restrictions caractérisées s'applique aux accords verticaux concernant les échanges au sein de l'Union. Pour ce qui est des accords verticaux qui concernent les exportations vers un pays tiers ou des (ré)importations dans l'Union, voir l'arrêt de la Cour de justice du 28 avril 1998,

un accord, il est présumé que cet accord relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, raison pour laquelle l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de démontrer l'existence d'effets favorables à la concurrence en vertu de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné²⁶. Si les entreprises établissent que des gains d'efficacité probables résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans l'accord et démontrent que, globalement, toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies, la Commission devra apprécier effectivement l'incidence négative probable sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies²⁷.

- (48) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie concerne les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur est tenu de respecter. Lorsque des dispositions contractuelles ou des pratiques concertées fixent directement le prix de vente, la restriction est flagrante. Toutefois, un prix de vente peut aussi être imposé par des moyens indirects. À titre d'exemples, on pourrait citer un accord qui fixe la marge du distributeur ou le niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un certain niveau de prix prédéfini, un accord qui subordonne au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes ou le remboursement des coûts promotionnels par le fournisseur, le fait de relier le prix de vente imposé aux prix de vente pratiqués par la concurrence, ainsi que des menaces, des intimidations, des avertissements, des sanctions, des retards ou suspensions de livraison ou la résiliation de l'accord en cas de non-respect d'un niveau de prix donné. L'efficacité des moyens directs ou indirects de fixation des prix peut être accrue si ces moyens sont combinés avec des mesures visant à détecter les distributeurs qui vendent à bas prix, comme la mise en œuvre d'un système de surveillance des prix ou l'obligation pour le détaillant de dénoncer les autres membres du réseau de distribution qui s'écartent du niveau de prix standard. De la même manière, la fixation directe ou indirecte des prix peut être rendue plus efficace si elle est combinée avec des mesures susceptibles de dissuader l'acheteur de diminuer le prix de vente, lorsque, par exemple, le fournisseur imprime un prix de vente conseillé sur le produit ou oblige l'acheteur à appliquer une clause de «client le plus favorisé». Les mêmes moyens indirects et les mêmes mesures d'accompagnement peuvent être utilisés pour faire d'un

Javico/Yves Saint Laurent (C-306/96, Recueil 1998, p. I-1983). Dans cet arrêt, la Cour a jugé, au point 20, qu'«un accord comportant l'engagement pris par le revendeur à l'égard du producteur de destiner la commercialisation des produits contractuels à un marché situé à l'extérieur de la Communauté ne saurait être considéré comme ayant pour objet de restreindre de manière sensible la concurrence à l'intérieur du marché commun et comme étant susceptible d'affecter en tant que tel le commerce entre les États membres».

²⁶ Voir en particulier les points 106 à 109 qui décrivent globalement les gains d'efficacité possibles liés aux restrictions verticales et la section VI.2.10 sur les restrictions concernant le prix de revente. Pour des orientations générales sur ce point, voir la communication de la Commission intitulée «Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité» (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

²⁷ Même si, sur le plan juridique, il s'agit de deux mesures distinctes, elles peuvent, dans la pratique, être un processus itératif par lequel les parties et la Commission étoffent et améliorent en plusieurs étapes leurs argumentations respectives.

prix maximal ou conseillé l'équivalent d'un prix de vente imposé. Le recours à une mesure d'accompagnement particulière ou la communication par le fournisseur à l'acheteur d'une liste de prix conseillés ou de prix maximaux ne sont toutefois pas considérés en soi comme conduisant à des prix de vente imposés.

- (49) Dans le cas des contrats d'agence, le commettant fixe normalement le prix de vente, étant donné que l'agent ne devient pas propriétaire des biens. Cependant, si un tel accord ne peut être considéré comme un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101, paragraphe 1 (voir points (12) à (21)), une obligation qui interdit à l'agent de partager sa commission, qu'elle soit fixe ou variable, avec le client, ou restreint sa faculté de le faire, constituerait une restriction caractérisée au sens de l'article 4, point a), du règlement d'exemption par catégorie. Pour que l'accord soit exempt de restriction caractérisée de ce type, l'agent doit donc rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant²⁸.

- (50) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie concerne les accords et pratiques concertées qui ont directement ou indirectement pour objet de restreindre les ventes réalisées par un acheteur partie à l'accord ou par ses clients, pour autant que la restriction porte sur le territoire sur lequel, ou sur la clientèle à laquelle, l'acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels. Cette restriction caractérisée est liée au partage du marché en territoires ou en clientèles. Elle peut découler d'obligations directes, comme l'obligation de ne pas vendre à certains clients ou à des clients situés sur certains territoires ou l'obligation de transmettre à d'autres distributeurs les commandes de ces clients. Elle peut aussi être le résultat de mesures indirectes destinées à dissuader le distributeur de vendre à ces clients, telles que le refus ou la réduction des primes ou des remises, la résiliation du contrat de fourniture, la diminution des volumes de livraison ou la limitation du volume de livraison en fonction de la demande sur le territoire ou au sein de la clientèle alloués, la menace de mettre un terme à l'accord, l'application d'un prix plus élevé pour les produits destinés à l'exportation, la limitation de la part des ventes pouvant être exportée ou des obligations de transfert des bénéfices. Elle peut aussi provenir du fait que le fournisseur n'assure pas un service de garantie à l'échelle de l'Union, que tous les distributeurs sont normalement tenus d'assumer et en contrepartie duquel ils sont remboursés par le fournisseur, même pour des produits vendus sur leur territoire par d'autres distributeurs²⁹. Ces pratiques ont encore plus de chances d'être considérées comme une restriction pesant sur les ventes réalisées par l'acheteur lorsqu'elles sont associées à la mise en œuvre, par le fournisseur, d'un système de surveillance afin de vérifier la destination réelle des marchandises livrées, par exemple, en utilisant des étiquettes ou des numéros de série différenciés. Toutefois, les obligations faites au revendeur en matière de présentation de la marque du fournisseur ne sont pas considérées comme des restrictions caractérisées. L'article 4, point b), ne concernant que les restrictions appliquées aux ventes de l'acheteur ou de ses clients, les

²⁸ Voir, par exemple, la décision 91/562/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/32.737 – Eirpage (JO L 306 du 7.11.1991, p. 22), et notamment son considérant (6).

²⁹ Si le fournisseur décide de pas rembourser ses distributeurs pour les services rendus au titre de la garantie à l'échelle de l'Union, il peut convenir avec eux qu'un distributeur qui réalise une vente en dehors du territoire qui lui a été alloué devra verser au distributeur désigné sur le territoire concerné une redevance basée sur le coût des services fournis (ou à fournir), majoré d'une marge bénéficiaire raisonnable. Ce type d'accord peut ne pas être considéré comme une restriction des ventes des distributeurs en dehors de leur territoire (voir l'arrêt du Tribunal du 13 janvier 2004, *JCB Service/Commission*, (T-67/01, Recueil 2004, p. II-49)), points 136 à 145.

restrictions appliquées aux ventes du fournisseur ne constituent pas non plus des restrictions caractérisées, sous réserve de ce qui est exposé au considérant (59) concernant la vente de pièces détachées dans le contexte de l'article 4, point e), du règlement d'exemption par catégorie. L'article 4, point b), s'applique sans préjudice d'une restriction quant au lieu d'établissement de l'acheteur. De ce fait, le bénéfice de l'exemption par catégorie n'est pas exclu s'il est convenu que l'acheteur limitera son ou ses points de vente et entrepôts à une adresse, un endroit ou un territoire particuliers.

(51) Il y a quatre exceptions à la restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie. La première, visée à l'article 4, point b) i), est la possibilité pour un fournisseur de restreindre les ventes actives d'un acheteur partie à l'accord sur un territoire ou à une clientèle alloués exclusivement à un autre acheteur ou que le fournisseur s'est réservés. Un territoire ou une clientèle sont alloués à titre exclusif lorsque, d'une part, le fournisseur accepte de vendre ses produits à un seul distributeur en vue de leur distribution sur un territoire ou à une clientèle donnée et, d'autre part, le distributeur exclusif est protégé des ventes actives sur son territoire ou à sa clientèle par tous les autres acheteurs du fournisseur à l'intérieur de l'Union, indépendamment des ventes du fournisseur. Le fournisseur peut combiner la concession d'un territoire exclusif et d'une clientèle exclusive, par exemple en désignant un distributeur exclusif pour une clientèle déterminée sur un territoire donné. Cette protection de territoires exclusifs ou de clientèles exclusives doit cependant permettre les ventes passives sur ces territoires ou à ces clientèles. Pour l'application de l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie, la Commission caractérise comme suit les «ventes actives» et les «ventes passives»:

— par «ventes actives», on entend le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire. La publicité ou les actions de promotion qui ne sont attractives pour l'acheteur que si elles atteignent (aussi) une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné sont considérées comme une vente active à cette clientèle ou aux clients à l'intérieur de ce territoire.

— par «ventes passives», on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients. Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire, est considérée comme une vente passive. La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs.

(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.
- (55) Il y a trois autres exceptions à la restriction caractérisée visée à l'article 4, point b), du règlement d'exemption par catégorie. Toutes trois autorisent la restriction des ventes tant actives que passives. La première exception permet d'empêcher un grossiste de vendre à des clients finals, ce qui permet au fournisseur de maintenir séparés le commerce de gros et celui de détail. Cependant, cette exception n'exclut pas la possibilité d'autoriser le grossiste à vendre à certains utilisateurs finals, par exemple de gros clients finals, tout en l'empêchant de vendre à d'autres ou à tous les autres utilisateurs finals. La deuxième exception autorise un fournisseur à empêcher un distributeur désigné membre d'un système de distribution sélective de vendre, à tous les stades commerciaux, à des distributeurs non agréés établis sur un territoire où un tel système est actuellement appliqué ou sur lequel le fournisseur ne vend pas encore les produits contractuels («de territoire sur lequel le fournisseur a décidé d'appliquer ce système» visé à l'article 4, point b) iii)). La troisième exception permet à un fournisseur d'empêcher un acheteur de composants destinés à être incorporés dans un produit de revendre ces composants à des concurrents du fournisseur. La notion de «composant» désigne tous les biens intermédiaires, tandis que par «incorporation», on entend l'utilisation d'un bien intermédiaire pour produire un bien.
- (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 1^{er}, 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.

(58) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point d), du règlement d'exemption par catégorie concerne la restriction des fournitures croisées entre distributeurs désignés à l'intérieur d'un système de distribution sélective. Par conséquent, un accord ou une pratique concertée ne peut avoir directement ou indirectement pour objet d'empêcher ou de restreindre les ventes actives ou passives des produits contractuels entre les distributeurs sélectionnés. Ces derniers doivent rester libres d'acheter les produits contractuels aux autres distributeurs désignés, membres du réseau, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent. Il en résulte que la distribution sélective ne peut être combinée avec des restrictions verticales visant à contraindre les distributeurs à s'approvisionner en produits contractuels exclusivement auprès d'un fournisseur donné. Cela signifie également qu'à l'intérieur d'un réseau de distribution sélective, aucune restriction ne peut être imposée aux grossistes désignés en ce qui concerne leurs ventes du produit contractuel aux détaillants désignés.

(59) La restriction caractérisée visée à l'article 4, point e), du règlement d'exemption par catégorie concerne les accords qui empêchent les utilisateurs finals, les réparateurs indépendants et les prestataires de services de s'adresser directement au fabricant de

pièces détachées pour obtenir les pièces dont ils ont besoin, ou qui limitent cet accès direct. Un accord conclu entre un fabricant de pièces détachées et un acheteur qui incorpore ces pièces dans ses propres produits (équipementier) ne peut empêcher ni restreindre, directement ou indirectement, les ventes de ces pièces détachées par le fabricant à des utilisateurs finals, à des réparateurs ou à des prestataires de services indépendants. Il peut y avoir restriction indirecte notamment lorsque le fournisseur des pièces détachées est limité dans sa capacité de fournir les informations techniques et l'équipement spécial qui sont nécessaires pour permettre aux utilisateurs, aux réparateurs ou aux prestataires de services indépendants d'utiliser ces pièces détachées. En revanche, l'accord peut prévoir des restrictions concernant la fourniture des pièces détachées aux réparateurs ou aux prestataires de services auxquels l'équipementier a confié la réparation ou l'entretien de ses biens. En d'autres termes, l'équipementier peut imposer à son propre réseau de réparation et d'entretien l'obligation de lui acheter les pièces détachées.

4. Cas individuels de restriction de vente caractérisée susceptibles de ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, ou de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3

(60) Des restrictions caractérisées peuvent, dans des cas exceptionnels, être objectivement nécessaires à l'existence d'un accord d'une nature ou d'un type particuliers³⁰ et par conséquent ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1. Par exemple, une restriction caractérisée peut être objectivement nécessaire pour assurer le respect d'une interdiction générale de vendre des substances dangereuses à certains clients pour des raisons de sécurité ou de santé. En outre, les entreprises ont la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité conformément à l'article 101, paragraphe 3, dans un cas individuel. La présente section fournit plusieurs exemples de restrictions appliquées aux (re)ventes, tandis que le cas du prix de vente imposé est traité à la section VI.2.10.

(61) Le distributeur qui sera le premier à vendre une nouvelle marque ou à vendre une marque existante sur un nouveau marché, réalisant ainsi une véritable entrée sur le marché en cause, peut être amené à effectuer des investissements importants là où auparavant il n'existait aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit de ce producteur. De telles dépenses sont souvent irrécouvrables et, dans ces circonstances, le distributeur pourrait refuser de conclure un accord de distribution en l'absence d'une protection, pendant un certain temps, contre les ventes passives (et actives) sur son territoire ou à sa clientèle par d'autres distributeurs. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'un fabricant établi sur un marché national donné pénètre sur un autre marché national et y introduit ses produits en recourant à un distributeur exclusif et que ce dernier doit réaliser des investissements pour lancer et établir la marque sur ce nouveau marché. Lorsque le distributeur doit réaliser des investissements importants pour créer et/ou développer un nouveau marché, les restrictions imposées aux ventes passives d'autres distributeurs sur le territoire concerné ou à la clientèle visée qui sont nécessaires pour que le distributeur récupère ces investissements ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, pendant les deux premières années au cours desquelles le distributeur vend les biens ou services contractuels sur ce territoire ou à cette clientèle, même si ce type de restriction caractérisée est normalement présumé relever de l'article 101, paragraphe 1.

³⁰ Voir le point 18 de la communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (JO C 101 du 27.4.2004, p. 97).

- (62) Lorsqu'il s'agit véritablement de tester un nouveau produit sur un territoire limité ou auprès d'une clientèle limitée ou en cas d'introduction échelonnée d'un nouveau produit, le fournisseur peut, dans un accord, obliger les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché testé ou participer aux premières étapes de l'introduction échelonnée, à limiter leurs ventes actives en dehors du marché testé ou du ou des marchés où le produit est d'abord introduit sans que cette exigence ne relève de l'article 101, paragraphe 1, le temps nécessaire à l'essai ou à l'introduction du produit.
- (63) Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs désignés doivent normalement rester libres (voir le point 58). Toutefois, si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur «leur» territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat, les restrictions imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants désignés situés sur le territoire d'autres grossistes pour prévenir un éventuel parasitisme peuvent, dans certains cas, remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.
- (64) En règle générale, un accord prévoyant qu'un distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement («système de double prix») constitue une restriction caractérisée (voir le point 52). Toutefois, dans certaines circonstances particulières, un tel accord peut remplir les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3. De telles circonstances peuvent exister lorsqu'un fabricant convient d'un tel système de double prix avec ses distributeurs parce que les ventes à réaliser en ligne entraînent pour lui des coûts sensiblement plus importants que les autres formes de vente. Par exemple lorsque les ventes hors ligne incluent une installation à domicile par le distributeur, contrairement aux ventes en ligne, ces dernières peuvent occasionner davantage de plaintes et de demandes d'intervention en garantie des clients auprès du fabricant. Dans ce contexte, la Commission examinera en outre si la restriction est susceptible de limiter les ventes par internet et d'empêcher le distributeur d'atteindre des clients différents et plus nombreux.

5. Restrictions exclues par le règlement d'exemption par catégorie

- (65) L'article 5 du règlement d'exemption par catégorie exclut certaines obligations du bénéfice de l'exemption, même si le seuil de part de marché n'est pas dépassé. Ledit règlement continue toutefois à s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical, si celles-ci sont dissociables des obligations non exemptées.
- (66) La première exclusion est prévue à l'article 5, paragraphe 1, point a), du règlement d'exemption par catégorie et concerne les obligations de non-concurrence. Tel que défini à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption par catégorie, les obligations de non-concurrence sont des arrangements qui imposent à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables, calculés sur la base des achats effectués au cours de l'année civile précédente. Elles empêchent ainsi l'acheteur d'acquérir des biens ou services concurrents, ou limite leur volume à moins de 20 % du total de ses achats. Au cours de la première année qui suit la conclusion de l'accord, en l'absence de données concernant les achats effectués par l'acheteur l'année précédant la conclusion du contrat, il est permis d'utiliser ses estimations les plus précises de ses besoins totaux annuels. Ce type d'obligation de non-concurrence n'est pas couvert par l'exemption par catégorie lorsque sa durée est indéterminée ou dépasse cinq ans. Les obligations de

non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans ne sont pas non plus couvertes par l'exemption (voir l'article 5, paragraphe 1, deuxième alinéa). En général, les obligations de non-concurrence bénéficient de l'exemption lorsque leur durée ne dépasse pas cinq ans et qu'aucun obstacle n'empêche l'acheteur de mettre effectivement un terme auxdites obligations à la fin de cette période de cinq ans. Si, par exemple, un accord prévoit une obligation de non-concurrence d'une durée de cinq ans et que le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur, le remboursement du prêt ne doit pas empêcher l'acheteur de mettre effectivement fin à l'obligation de non-concurrence à la fin des cinq ans. De même, quand le fournisseur fournit à l'acheteur un équipement qui n'est pas propre à leur relation contractuelle, l'acheteur doit avoir la possibilité de racheter l'équipement à sa valeur de marché au terme de l'obligation de non-concurrence.

- (67) Cette limitation de la durée à cinq ans n'est pas applicable lorsque les biens ou les services sont revendus 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». Dans ce cas, l'obligation de non-concurrence peut être d'une durée identique à la durée d'occupation du point de vente par l'acheteur (article 5, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie). Cette exception s'explique par le fait que l'on ne peut, en général, raisonnablement attendre du fournisseur qu'il permette la vente, sans son consentement, de produits concurrents dans les locaux et sur les terrains dont il est propriétaire. Par analogie, les mêmes principes s'appliquent lorsque l'acheteur exploite un point de vente mobile dont le fournisseur est propriétaire ou que le fournisseur loue à des tiers non liés à l'acheteur. Les artifices utilisés en matière de propriété, tels que le transfert par le distributeur de ses droits de propriété sur des terrains ou des locaux au fournisseur pour une durée limitée, pour contourner la limitation de durée de cinq ans, ne peuvent bénéficier de cette exception.
- (68) La deuxième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie est prévue à l'article 5, paragraphe 1, point b), du règlement d'exemption par catégorie et concerne les obligations de non-concurrence qui subsistent pour l'acheteur à l'expiration de l'accord. En principe, ces obligations ne sont pas couvertes par le règlement d'exemption par catégorie, sauf si elles sont indispensables à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur, sont limitées au point de vente à partir duquel l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée de l'accord et si leur durée n'excède pas un an (voir l'article 5, paragraphe 3 du règlement d'exemption par catégorie). D'après la définition figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point g), du règlement d'exemption par catégorie, le savoir-faire doit être «substantiel», ce qui signifie qu'il est important et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels.
- (69) La troisième exclusion du bénéfice de l'exemption par catégorie est prévue à l'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie et concerne la vente de biens concurrents dans le cadre d'un système de distribution sélective. Le règlement d'exemption par catégorie couvre la distribution sélective assortie d'une obligation de non-concurrence, qui interdit aux distributeurs de revendre des marques concurrentes d'une manière générale. Toutefois, si le fournisseur empêche ses distributeurs désignés, soit directement, soit indirectement, d'acheter des produits à certains fournisseurs concurrents en vue de la revente, cette obligation ne peut bénéficier de l'exemption par catégorie. En excluant cette obligation, l'objectif poursuivi est d'éviter qu'un certain nombre de fournisseurs qui utilisent les mêmes points de vente de distribution sélective n'empêchent un ou plusieurs concurrents déterminés de passer par ces mêmes points

de vente pour distribuer leurs produits (ce qui évincerait du marché un fournisseur concurrent et constituerait une forme de boycott collectif)³¹.

6. Séparabilité des restrictions

(70) Le règlement d'exemption par catégorie exempte les accords verticaux à condition qu'ils ne contiennent aucune des restrictions caractérisées visées à l'article 4 dudit règlement ou qu'aucune restriction de ce type ne soit exercée en liaison avec ces accords. S'il existe une ou plusieurs restrictions caractérisées, le bénéfice de l'exemption par catégorie est exclu pour l'accord vertical dans son intégralité. Aucune séparabilité n'est donc possible pour les restrictions caractérisées.

(71) La règle de séparabilité s'applique toutefois aux restrictions exclues visées à l'article 5 du règlement d'exemption par catégorie. De la sorte, le bénéfice de l'exemption n'est perdu que pour les dispositions de l'accord vertical qui ne satisfont pas aux conditions prévues à l'article 5.

7. Gamme de produits distribués par un même réseau de distribution

(72) Si un fournisseur utilise le même accord de distribution pour plusieurs biens ou services, cet accord peut, dans certains cas, être couvert par le règlement d'exemption par catégorie et, dans d'autres cas, ne pas l'être, au regard du critère de la part de marché. Le règlement s'applique alors aux biens ou services pour lesquels les conditions d'application sont remplies.

(73) En ce qui concerne les biens ou services non exemptés en vertu du règlement d'exemption par catégorie, les règles de concurrence habituelles s'appliquent, à savoir:

- a) il n'y a pas d'exemption par catégorie, mais il n'y a pas non plus de présomption d'illégalité;
- b) si l'article 101, paragraphe 1, est enfreint et si aucune exemption ne peut être accordée, on pourra examiner si des mesures correctives appropriées peuvent être prises afin de résoudre le problème de concurrence dans le cadre du système de distribution existant;
- c) s'il n'existe pas de mesures correctives appropriées, le fournisseur concerné devra adopter d'autres modalités de distribution.

Tel peut aussi être le cas lorsque l'article 102 s'applique à l'égard de certains produits faisant partie d'une gamme, mais pas à d'autres.

IV. RETRAIT DE L'EXEMPTION PAR CATÉGORIE ET EXCLUSION DU CHAMP D'APPLICATION DU RÈGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATÉGORIE

1. Procédure de retrait de l'exemption

(74) La présomption de légalité que confère le règlement d'exemption par catégorie peut être écartée si un accord vertical, considéré séparément ou en combinaison avec des accords similaires mis en œuvre par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents, entre dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, et ne remplit pas toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

(75) Il se peut en particulier que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, ne soient pas satisfaites lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur celui-ci sont restreints de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords verticaux similaires mis en œuvre par des fournisseurs ou des acheteurs concurrents. Des réseaux parallèles d'accords verticaux sont considérés comme similaires s'ils contiennent des restrictions qui produisent des effets similaires sur le marché. Ce peut

³¹ On peut trouver un exemple de mesures indirectes produisant des effets d'exclusion de ce type dans la décision 92/428/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/33.542, *Parfums Givenchy*, JO L 236 du 19.8.1992, p. 11.

être le cas, par exemple, si, sur un marché donné, certains fournisseurs pratiquent une distribution sélective fondée sur des critères exclusivement qualitatifs tandis que d'autres fournisseurs utilisent un système de distribution sélective basé sur des critères quantitatifs ou si, sur un marché donné, l'utilisation cumulative de critères qualitatifs exclut les distributeurs plus efficaces. Il faut alors tenir compte, dans l'appréciation, des effets anticoncurrentiels imputables à chaque réseau d'accords considéré séparément. S'il y a lieu, le retrait de l'exemption peut ne concerner qu'un critère qualitatif particulier ou que les limitations du nombre de distributeurs agréés.

(76) La responsabilité de l'effet anticoncurrentiel cumulatif ne peut être imputée qu'aux entreprises qui contribuent d'une manière significative à cet effet. Les accords conclus par des entreprises dont la contribution à l'effet cumulatif est insignifiante ne tombent pas sous le coup de l'interdiction prévue par l'article 101, paragraphe 1³², et ne sont donc pas soumis au mécanisme de retrait du bénéfice de l'exemption. L'appréciation de cette contribution s'effectue conformément aux critères exposés aux points (128) à (229).

(77) Dans le cadre de la procédure de retrait, c'est à la Commission qu'il incombe de faire la preuve que l'accord relève de l'article 101, paragraphe 1, et ne remplit pas une ou plusieurs des conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. Une décision de retrait de l'exemption ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords concernés ne sont pas affectées pour la période antérieure à la date de prise d'effet du retrait.

(78) Ainsi qu'il est indiqué au considérant 14 du règlement d'exemption par catégorie, l'autorité de concurrence d'un État membre peut retirer le bénéfice de l'application dudit règlement à des accords verticaux qui produisent des effets anticoncurrentiels sur le territoire de cet État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct. La Commission a compétence exclusive pour retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie à des accords verticaux qui restreignent la concurrence sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire d'un seul État membre. Lorsque le territoire d'un seul État membre, ou une partie de ce territoire, constitue le marché géographique en cause, la Commission et l'État membre concerné ont des compétences concurrentes pour le retrait du bénéfice de l'exemption.

2. Exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie

(79) L'article 6 du règlement d'exemption par catégorie habilite la Commission à exclure du champ d'application dudit règlement, par voie de règlement, des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires, lorsque ceux-ci couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. Une telle mesure ne vise pas des entreprises individuelles, mais concerne toutes les entreprises dont les accords sont définis dans ledit règlement d'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

(80) Alors que le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie passe par l'adoption d'une décision établissant l'existence d'une infraction à l'article 101 commise par une entreprise déterminée, l'effet d'un règlement adopté conformément à l'article 6 se limite à retirer, pour ce qui est des restrictions et des marchés concernés, le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie et à rétablir l'application pleine et entière de l'article 101, paragraphes 1 et 3. Après l'adoption d'un règlement déclarant le règlement d'exemption par catégorie inapplicable à certaines restrictions verticales sur

³² Arrêt de la Cour de justice du 28 février 1991, *Stergios Delimitis/Henninger Bräu AG*, (C-234/89, Recueil 1991, p. I-935).

un marché déterminé, ce sont les critères développés par la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal et par les communications et décisions antérieures de la Commission qui guideront l'application de l'article 101 aux accords individuels. S'il y a lieu, la Commission adoptera, dans un cas donné, une décision qui pourra servir de référence pour toutes les entreprises présentes sur le marché concerné.

- (81) Pour déterminer si le seuil de 50 % de couverture du marché est dépassé ou non, il doit être tenu compte de chaque réseau individuel d'accords verticaux contenant des restrictions, ou des combinaisons de restrictions, produisant des effets similaires sur le marché. L'article 6 du règlement d'exemption par catégorie n'impose à la Commission aucune obligation d'agir lorsque ce taux de couverture de 50 % est dépassé. En règle générale, l'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie se justifie lorsque l'accès au marché en cause ou la concurrence sur ce marché sont susceptibles d'être limités sensiblement. Tel peut être le cas notamment lorsque des réseaux parallèles de distribution sélective couvrant plus de 50 % d'un marché sont susceptibles de fermer l'accès à ce marché en utilisant des critères de sélection qui ne sont pas exigés par la nature des biens en cause ou sont discriminatoires à l'égard de certains modes de distribution pourtant adaptés à la vente de ces biens.
- (82) Dans son appréciation de la nécessité d'appliquer l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie, la Commission déterminera si une décision de retrait de l'exemption ne serait pas une mesure corrective plus appropriée. La réponse à cette question peut dépendre, en particulier, du nombre d'entreprises concurrentes qui contribuent à l'effet cumulatif sur un marché ou du nombre de marchés géographiques affectés au sein de l'Union.
- (83) Tout règlement visé à l'article 6 du règlement d'exemption par catégorie doit préciser clairement son champ d'application. La Commission doit donc tout d'abord définir le ou les marchés de produits et le ou les marchés géographiques en cause, puis spécifier le type de restriction verticale auquel le règlement d'exemption par catégorie ne sera plus applicable. Pour ce second point, la Commission peut moduler le champ d'application de son règlement en fonction du problème de concurrence qu'elle entend viser. À titre d'exemple, si tous les réseaux parallèles d'accords du type monomarchisme doivent être pris en considération afin d'établir si le seuil de 50 % de couverture du marché est atteint, la Commission peut néanmoins limiter le champ d'application du règlement d'exclusion aux seules obligations de non-concurrence qui dépassent une certaine durée. Ainsi, les accords conclus pour de courtes durées ou ayant une nature moins restrictive pourraient ne pas être affectés par le règlement adopté parce que l'effet de verrouillage du marché imputable à ces restrictions est moindre. De même, lorsqu'un système de distribution sélective est pratiqué sur un marché déterminé en combinaison avec des restrictions supplémentaires telles qu'une obligation de non-concurrence ou des quotas d'achat imposés à l'acheteur, le règlement d'exclusion peut ne viser que ces restrictions supplémentaires. La Commission peut, s'il y a lieu, fournir également des indications en précisant le niveau de part de marché qui, dans le contexte propre au marché en cause, peut être considéré comme insuffisant pour entraîner une contribution significative d'une entreprise donnée à l'effet cumulatif.
- (84) Conformément au 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 concertées³³, la Commission devra prévoir une période transitoire de six mois au moins avant qu'un règlement d'exclusion du champ d'application du règlement

d'exemption par catégorie ne devienne applicable, afin de permettre aux entreprises concernées d'adapter leurs accords pour tenir compte du règlement d'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie.

- (85) Le règlement d'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie n'affectera pas les situations nées de l'exemption des accords en cause pour toute la période précédant sa date d'application.

V. DÉFINITION DES MARCHÉS ET CALCUL DES PARTS DE MARCHÉ

1. Communication de la Commission sur la définition du marché en cause

- (86) La communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence³⁴ donne des orientations quant aux règles, critères et éléments de preuve sur lesquels la Commission s'appuie lorsqu'elle examine la question de la définition des marchés. Ladite communication, qui ne sera pas expliquée davantage dans les présentes lignes directrices, doit servir de base à l'examen des questions liées à cette définition. Les présentes lignes directrices ne porteront que sur les questions spécifiques qui se posent dans le contexte des restrictions verticales et qui ne sont pas abordées dans ladite communication.

2. Définition du marché en cause aux fins du calcul du seuil de 30 % prévu par le règlement d'exemption par catégorie

- (87) En vertu de l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie, les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sont déterminantes pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie. Pour que l'exemption par catégorie s'applique, la part de marché détenue par le fournisseur sur le marché sur lequel il vend les produits contractuels à l'acheteur et la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché sur lequel il achète les produits contractuels doivent être chacune inférieures ou égales à 30 %. Dans le cas d'accords entre des petites et moyennes entreprises, il n'est généralement pas nécessaire de calculer les parts de marché (voir le point (11)).

- (88) Pour calculer la part de marché d'une entreprise, il est nécessaire de déterminer le marché en cause sur lequel cette entreprise vend et achète respectivement les produits contractuels. Par conséquent, il convient de définir le marché de produit et le marché géographique en cause. Le marché de produits en cause comprend tous les produits ou services que les acheteurs considèrent comme interchangeables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Le marché géographique en cause comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées offrent ou demandent des biens ou des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, notamment parce que les conditions de concurrence y diffèrent d'une manière appréciable.

- (89) La définition du marché de produits dépend en premier lieu du caractère substituable des produits aux yeux des acheteurs. Lorsque le produit fourni est utilisé comme bien intermédiaire entrant dans la fabrication d'autres produits et n'est généralement pas identifiable dans le produit final, le marché de produits est normalement défini par les préférences des acheteurs directs. Les clients des acheteurs n'ont généralement aucune préférence nette quant aux produits intermédiaires que ces derniers utilisent. D'ordinaire, les restrictions verticales dont le fournisseur et l'acheteur du produit intermédiaire conviennent entre eux ne portent que sur la vente et l'achat de ce produit et non sur la vente du produit final. Au stade de la distribution des biens finals, ce sont généralement les préférences des consommateurs finals qui influencent, voire

déterminent, les produits que les acheteurs directs considèrent comme substituts. Un distributeur, en sa qualité de revendeur, ne peut ignorer les préférences des consommateurs finals lorsqu'il achète le bien final. En outre, au niveau de la distribution, les restrictions verticales concernent généralement non seulement la vente des produits entre le fournisseur et l'acheteur, mais aussi leur revente. Étant donné que différents modes de distribution sont habituellement en concurrence, les marchés ne sont généralement pas définis selon le mode de distribution utilisé. Si les fournisseurs vendent normalement une gamme de produits, l'ensemble de cette gamme peut déterminer le marché de produits lorsque cette gamme, et non chaque produit pris séparément, est considérée par l'acheteur comme substitut. Étant donné que les distributeurs sont des acheteurs professionnels, le marché géographique de gros est généralement plus vaste que le marché de détail sur lequel les produits sont revendus aux consommateurs finals. Cela aboutit fréquemment à la définition de marchés de gros nationaux ou plus vastes. Toutefois, les marchés de détail peuvent aussi être plus vastes que la zone de recherche des consommateurs finals lorsque les conditions de marché sont homogènes et que des zones de chalandise locales ou régionales se chevauchent.

(90) Lorsqu'un accord vertical concerne trois parties actives chacune à un stade commercial différent, il faut, pour qu'il puisse bénéficier de l'exemption par catégorie, que la part de marché de chacune des parties soit inférieure ou égale à 30 %. Comme l'indique l'article 3, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie, 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, l'exemption par catégorie ne s'applique que si sa part de marché en tant qu'acheteur et que fournisseur n'excède pas le seuil de 30 %. Par exemple, si un accord conclu entre un fabricant, un grossiste (ou une association de détaillants) et un détaillant prévoit une obligation de non-concurrence, les parts de marché du fabricant et du grossiste (ou de l'association de détaillants) sur leurs marchés en aval respectifs ne doivent pas dépasser 30 % et les parts de marché du grossiste (ou de l'association de détaillants) et du détaillant sur leurs marchés d'achat respectifs ne doivent pas dépasser 30 % pour que cet accord puisse bénéficier de l'exemption par catégorie.

(91) Si un fournisseur produit à la fois un bien d'équipement d'origine et les pièces de rechange pour cet équipement, ce fournisseur sera souvent le seul ou le principal fournisseur sur le marché d'après-vente pour ces pièces de rechange. Ce peut aussi être le cas lorsque le fournisseur (l'équipementier) sous-traite la fabrication des pièces de rechange. Le marché en cause pour l'application du règlement d'exemption par catégorie peut être le marché de l'équipement d'origine, y compris les pièces détachées, ou bien un marché distinct pour l'équipement d'origine et un autre pour l'après-vente, en fonction des circonstances de l'espèce, telles que les effets des restrictions en cause, la durée de vie de l'équipement et le coût des réparations³⁵. Dans les faits, il convient de déterminer si une proportion significative des acheteurs fait son choix en tenant compte

³⁵ Voir, par exemple, la décision de la Commission dans l'affaire Pelikan/Kyocera, (1995), COM/96/126, non publiée, point 87, la décision 91/595/CEE de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.12, *Varta/Bosch* (JO L 320 du 22.11.1991, p. 26), la décision de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.1094, *Caterpillar/Perkins Engines* (JO C 94 du 28.3.1998, p. 23), et la décision de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.768, *Lucas/Varity* (JO C 266 du 13.9.1996, p. 6). Voir aussi le point 56 de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (voir point (86)).

- des coûts pour toute la durée de vie du produit. Si tel est le cas, cela indique qu'il n'y a qu'un seul marché, pour l'équipement d'origine et les pièces détachées.
- (92) Lorsque l'accord vertical, outre ses dispositions sur la fourniture des biens contractuels, contient aussi des dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle - comme celles qui concernent l'utilisation de la marque du fournisseur - qui aident l'acheteur à commercialiser les biens contractuels, la part de marché du fournisseur sur le marché où il vend les biens contractuels est pertinente aux fins de l'application du règlement d'exemption par catégorie. Si un franchiseur ne fournit pas de biens aux fins de la revente, mais fournit un ensemble de services et de biens assortis de dispositions concernant les droits de propriété intellectuelle, le tout formant la méthode commerciale faisant l'objet de la franchise, il doit tenir compte de sa part de marché en tant que fournisseur d'une telle méthode. A cet effet, il doit calculer sa part du marché où la méthode commerciale en question est exploitée, c'est-à-dire le marché où les franchisés exploitent la méthode commerciale pour fournir des biens ou des services à des utilisateurs finals. Le franchiseur doit calculer sa part de marché sur la base de la valeur des biens ou des services que ses franchisés fournissent sur ce marché. Sur un tel marché, les concurrents peuvent être des fournisseurs d'autres méthodes commerciales sous franchise, mais aussi des fournisseurs de biens ou de services substituables qui n'utilisent pas la franchise. En supposant par exemple, sans préjudice de la définition d'un tel marché, l'existence d'un marché des services de restauration rapide, un franchiseur présent sur ce marché devrait calculer sa part de marché sur la base des chiffres de vente pertinents réalisés par ses franchisés sur ce même marché.
- 3. Calcul des parts de marché conformément au règlement d'exemption par catégorie**
- (93) Le calcul des parts de marché doit en principe reposer sur des données relatives à la valeur. À défaut, des estimations dûment étayées peuvent être utilisées. Ces estimations peuvent être fondées sur d'autres informations fiables relatives au marché, telles que des données relatives au volume (voir l'article 7, point a), du règlement d'exemption par catégorie).
- (94) La production interne, c'est-à-dire la fabrication par une entreprise d'un bien intermédiaire aux fins de sa propre production, peut revêtir une très grande importance dans une analyse de la concurrence en tant que contrainte concurrentielle ou en tant que facteur qui renforce la position d'une entreprise sur le marché. Cependant, pour définir le marché et calculer la part de marché pour les biens et les services intermédiaires, la production interne ne sera pas prise en considération.
- (95) En revanche, dans le cas d'une double distribution de biens finals, c'est-à-dire lorsque le producteur d'un bien final est également présent sur le marché en qualité de distributeur, la définition du marché en cause et le calcul de la part de marché doivent tenir compte des ventes de ses propres biens réalisées par le producteur par l'intermédiaire de distributeurs et d'agents verticalement intégrés (voir l'article 7, point c), du règlement d'exemption par catégorie). Les «distributeurs intégrés» sont des entreprises liées au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement d'exemption par catégorie³⁶.

³⁶ Aux fins de la définition du marché en cause et du calcul de la part de marché, la circonstance que le distributeur intégré vende aussi des biens de concurrents n'est pas pertinente.

VI. POLITIQUE SUIVIE POUR L'APPLICATION AUX CAS INDIVIDUELS

1. Cadre de l'analyse

(96) En dehors du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, il importe d'examiner si, dans le cas individuel, l'accord relève de l'article 101, paragraphe 1, et, le cas échéant, si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. S'il ne comporte pas de restriction de la concurrence par objet, et notamment de restriction caractérisée de la concurrence, un accord vertical ne bénéficiant pas de l'exemption par catégorie en raison d'un dépassement du seuil de part de marché n'est pas présumé relever de l'article 101, paragraphe 1, ni ne pas remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3. Une appréciation individuelle des effets probables de l'accord est nécessaire. Les entreprises sont invitées à évaluer elles-mêmes leurs accords. Les accords qui, soit ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, soit remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont valides et applicables. Conformément à l'article 1^{er}, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité³⁷, aucune notification n'est nécessaire pour bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 101, paragraphe 3. Au cas où un examen individuel serait effectué par la Commission, c'est à cette dernière qu'il incombe de prouver que l'accord en question enfreint l'article 101, paragraphe 1. Il incombe aux entreprises invoquant le bénéfice des dispositions de l'article 101, paragraphe 3, d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies. S'il est établi que l'accord est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels, les entreprises peuvent démontrer l'existence de gains d'efficacité et exposer les raisons pour lesquelles un système de distribution donné est indispensable pour entraîner des avantages probables pour les consommateurs sans éliminer la concurrence, avant que la Commission ne décide si l'accord remplit les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

(97) Pour déterminer si un accord vertical a pour effet de restreindre la concurrence, une comparaison sera effectuée entre la situation réelle du marché en cause avec les restrictions verticales, ou son évolution probable, et la situation qui existerait en l'absence des restrictions verticales contenues dans l'accord. Pour apprécier les cas individuels, la Commission tiendra compte, s'il y a lieu, des effets tant réels que probables. Pour que des accords verticaux restreignent la concurrence par leur effet, ils doivent affecter la concurrence réelle ou potentielle dans une mesure telle que l'on puisse s'attendre, avec un degré de probabilité raisonnable, à des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation ou la variété et la qualité des biens et des services sur le marché en cause. Les effets négatifs probables sur la concurrence doivent être sensibles³⁸. Des effets anticoncurrentiels sensibles sont probables lorsque l'une au moins des parties possède ou obtient un certain pouvoir sur le marché et que l'accord contribue à la création, au maintien ou au renforcement de ce pouvoir ou permet aux parties d'exploiter un tel pouvoir de marché. Le pouvoir de marché se définit comme la capacité de maintenir les prix à un niveau supérieur à celui de prix compétitifs, ou de maintenir la production en termes de quantité, de qualité et de variété des produits ainsi que d'innovation à un niveau inférieur à ce que devrait être une production compétitive, et ce pendant une période non négligeable. Le degré de pouvoir de marché normalement requis pour conclure à une infraction à l'article 101, paragraphe 1, est

³⁷ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1

³⁸ Voir la section II.1.

inférieur à celui qui est requis pour conclure à l'existence d'une position dominante au sens de l'article 102.

(98) Les restrictions verticales sont généralement moins préjudiciables que les restrictions horizontales. La raison essentielle qui justifie une plus grande attention à l'égard des restrictions horizontales tient au fait que de telles restrictions peuvent concerner un accord conclu entre des concurrents produisant des biens ou services identiques ou substituables. Dans de telles relations horizontales, l'exercice d'un pouvoir de marché par une entreprise (qui vendrait ses produits à un prix plus élevé) pourrait profiter à ses concurrents. Cela pourrait inciter les concurrents à s'encourager mutuellement à adopter un comportement anticoncurrentiel. Dans les relations verticales, le produit de l'une des parties constitue un intrant pour l'autre; en d'autres termes, les activités des parties à l'accord sont complémentaires, de sorte que l'exercice d'un pouvoir de marché soit par l'entreprise en amont, soit par l'entreprise en aval, serait normalement dommageable pour la demande pour le produit de l'autre entreprise. Les entreprises parties à l'accord ont donc généralement une bonne raison d'empêcher l'autre partie d'exercer un pouvoir de marché.

(99) Ce caractère «autorégulateur» ne doit pourtant pas être surestimé. Lorsqu'une entreprise n'a pas de pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution, avec ou sans l'aide de restrictions verticales. Plus généralement, en raison du rôle complémentaire des parties à un accord vertical dans la mise sur le marché d'un produit, les restrictions verticales peuvent permettre de réaliser des gains d'efficacité substantiels. Toutefois, quand une entreprise jouit d'un pouvoir de marché, elle peut aussi essayer d'accroître ses bénéfices aux dépens de ses concurrents immédiats, en augmentant leurs coûts, et au détriment de ses acheteurs et, en fin de compte, des consommateurs, en essayant de s'approprier une part de leur surplus. Un tel cas de figure peut se produire lorsque l'entreprise en amont et l'entreprise en aval se partagent les bénéfices supplémentaires ou que l'une des deux utilise les restrictions verticales pour s'approprier tous les bénéfices supplémentaires.

1.1. *Effets négatifs des restrictions verticales*

(100) Les effets négatifs que les restrictions verticales sont susceptibles d'avoir sur le marché et que les règles de concurrence de l'UE visent à empêcher sont les suivants:

- a) éviction anticoncurrentielle d'autres fournisseurs ou d'autres acheteurs par la mise en place de barrières à l'entrée ou à l'expansion;
- b) atténuation de la concurrence entre le fournisseur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre fournisseurs, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intermarques³⁹;
- c) atténuation de la concurrence entre l'acheteur et ses concurrents et/ou facilitation de la collusion entre concurrents, souvent qualifiée de réduction de la concurrence intramarque si elle concerne la concurrence entre distributeurs sur la base de la marque ou du produit d'un même fournisseur;
- d) création d'obstacles à l'intégration du marché, y compris, avant tout, les restrictions à la possibilité pour les consommateurs d'acheter un bien ou service dans tout État membre de leur choix.

(101) L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des producteurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles

³⁹ La notion de «collusion» couvre à la fois la «collusion explicite» et la «collusion tacite» (alignement conscient).

peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de gros des produits, de limiter le choix ou de faire baisser la qualité des produits ou de réduire le degré d'innovation de produit. L'éviction du marché, l'atténuation de la concurrence et la collusion au niveau des distributeurs peuvent être préjudiciables aux consommateurs, notamment parce qu'elles peuvent avoir pour effet d'augmenter les prix de détail des produits, de limiter le choix de combinaisons prix-service et de formats de distribution, de diminuer la disponibilité et la qualité des services de détail et de réduire le degré d'innovation de la distribution.

(102) Sur un marché où des distributeurs individuels distribuent la ou les marques d'un seul fournisseur, une réduction de la concurrence entre distributeurs d'une même marque entraînera une réduction de la concurrence intramarque entre eux, mais peut ne pas avoir d'effet négatif sur la concurrence entre les distributeurs dans leur ensemble. Dans un tel cas de figure, si la concurrence intermarques est rude, il est peu probable qu'une réduction de la concurrence intramarque ait des effets négatifs sur les consommateurs.

(103) Les accords d'exclusivité sont généralement plus anticoncurrentiels que les accords non exclusifs. Les accords exclusifs ont pour effet, en vertu de dispositions expresses ou de leurs effets pratiques, qu'une partie contracte de manière exclusive ou quasi-exclusive avec une autre partie. Une obligation de non-concurrence, par exemple, limite les approvisionnements de l'acheteur à une seule marque, tandis qu'un quota d'achat laisse à l'acheteur une certaine latitude pour acquérir des biens concurrents. Le degré de verrouillage des marchés peut donc être moindre en cas de quota d'achat.

(104) Les restrictions verticales relatives à des biens ou services sans marque sont généralement moins nocives que les restrictions affectant la distribution de biens et de services de marque. La marque tend à augmenter la différenciation des produits et à réduire les possibilités de substitution du produit par un autre, ce qui réduit l'élasticité de la demande et facilite la majoration des prix. La distinction entre les biens et services de marque et les biens et services sans marque coïncide souvent avec la distinction entre les biens et services intermédiaires et les biens et services finals.

(105) En général, une combinaison de restrictions verticales aggrave leurs effets négatifs individuels. Toutefois, certaines combinaisons de restrictions verticales sont moins anticoncurrentielles que lorsque ces mêmes restrictions sont utilisées séparément. Par exemple, dans un système de distribution exclusive, le distributeur peut être tenté d'augmenter le prix des produits en raison d'une diminution de la concurrence intramarque. L'imposition de quotas ou la fixation d'un prix de vente maximal peut limiter de telles hausses de prix. Les effets négatifs potentiels des restrictions verticales sont renforcés lorsque plusieurs fournisseurs et leurs acheteurs organisent leur commerce d'une manière similaire, ce qui entraîne des effets dits cumulatifs.

1.2. *Effets positifs des restrictions verticales*

(106) Il est important de reconnaître que les restrictions verticales peuvent avoir des effets positifs, en particulier en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que les prix et en incitant à améliorer la qualité des services. Lorsqu'une entreprise ne dispose d'aucun pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution. Dans certains cas, les restrictions verticales peuvent se révéler utiles à cet égard, car les relations habituelles entre le fournisseur et l'acheteur dans les conditions normales de la concurrence, dans le cadre desquelles ne sont fixés que le prix et les quantités d'une transaction donnée, peuvent conduire à un niveau d'investissements et de ventes trop faible.

(107) Bien qu'elles s'efforcent de fournir une bonne vue d'ensemble des différents motifs pouvant justifier la mise en œuvre de restrictions verticales, les présentes lignes

directrices ne prétendent pas à l'exhaustivité. Les motifs suivants peuvent justifier l'application de certaines restrictions verticales:

- a) le «problème du parasitisme»: un distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre distributeur. Ce type de problème est le plus fréquent au niveau du commerce de gros et de détail. La distribution exclusive ou des restrictions de même nature peuvent être utiles pour combattre un tel parasitisme. Le problème peut aussi surgir entre des fournisseurs; lorsque l'un d'eux, par exemple, investit dans la promotion sur le lieu de vente de l'acheteur, généralement au niveau du commerce de détail, cette promotion peut aussi attirer des clients pour ses concurrents. Des restrictions telles que l'obligation de non-concurrence peuvent constituer une réponse satisfaisante au parasitisme⁴⁰.

Pour qu'il y ait problème, il faut que le parasitisme soit réel. Le parasitisme entre acheteurs n'est possible que dans les services qui précèdent la vente (services prévente) et autres activités de promotion, mais non dans les services après-vente que le distributeur peut facturer individuellement à ses clients. Il faut généralement que le produit soit relativement nouveau ou techniquement complexe, ou que sa réputation joue un rôle majeur dans sa demande, car autrement le client sait probablement très bien ce qu'il veut en se basant sur ses achats antérieurs. Le produit doit en outre avoir une certaine valeur, sans quoi il n'est pas intéressant pour un client de se rendre dans un magasin pour obtenir des renseignements avant d'aller dans un autre pour réaliser son achat. Enfin, le fournisseur ne doit pas avoir la possibilité en pratique d'imposer à tous les acheteurs, par voie de contrat, des obligations de promotion ou de service.

Le parasitisme entre fournisseurs se limite également à certaines situations, à savoir lorsque la promotion se fait dans les locaux de l'acheteur et qu'elle est générique et non propre à une marque;

- b) «l'ouverture ou la pénétration de nouveaux marchés»: lorsqu'un fabricant souhaite pénétrer sur un nouveau marché géographique, par exemple en exportant ses produits vers un autre pays pour la première fois, cela peut impliquer certains «investissements de départ» pour le distributeur afin d'établir la marque sur ce marché. Pour convaincre un distributeur local de réaliser ces investissements, il peut être nécessaire de lui fournir une protection territoriale de manière à ce qu'il puisse récupérer ses coûts d'investissement en appliquant temporairement des prix plus élevés. Il faut alors dissuader, pendant une période limitée, les distributeurs établis sur d'autres marchés de vendre leurs produits sur ce nouveau marché (voir aussi le point 61 à la section III.4). Il s'agit d'un cas particulier de parasitisme (voir le point a));
- c) le «parasitisme de certification»: dans certains secteurs, certains détaillants ont la réputation de ne commercialiser que des produits de qualité. Dans ces conditions, le recours à ces détaillants peut se révéler essentiel au lancement d'un produit nouveau. Si le fabricant ne peut au départ limiter ses ventes aux magasins haut de gamme, il court le risque de voir son produit dévalorisé et son lancement échouer. Cela peut justifier une restriction telle que la distribution exclusive ou la distribution sélective, pour une durée limitée, qui suffirait pour garantir le lancement du nouveau produit, sans être longue au point d'empêcher la diffusion du produit à grande échelle. De tels avantages sont plus

⁴⁰ Pour déterminer si les consommateurs retirent un bénéfice global des efforts de promotion supplémentaires, il y a lieu d'examiner si la promotion informe, convainc et donc attire de nombreux nouveaux consommateurs, ou si elle atteint principalement des clients qui savent déjà ce qu'ils veulent acheter et pour lesquels la promotion supplémentaire se traduit uniquement ou principalement par une hausse de prix.

probables en cas de produits dits d'expérience ou de produits complexes qui représentent un achat relativement important pour le consommateur final;

- d) le problème de la «renonciation à certains investissements»: il arrive parfois que certains investissements propres à un client déterminé doivent être réalisés soit par le fournisseur, soit par l'acheteur, par exemple des équipements spéciaux ou des formations. Il peut par exemple s'agir d'un fabricant de composants qui doit construire de nouvelles machines et de nouveaux outils pour satisfaire un besoin particulier d'un de ses clients. Ce fabricant ne s'engagerait peut-être pas à réaliser les investissements nécessaires avant d'avoir convenu avec ce client de certains arrangements en matière d'approvisionnement.

Cependant, comme dans les autres exemples de parasitisme, il faut qu'un certain nombre de conditions soient remplies pour que ce risque de sous-investissement existe ou soit important. Premièrement, l'investissement doit être propre à une relation contractuelle. Un investissement réalisé par un fournisseur est considéré comme propre à une relation contractuelle lorsqu'à l'expiration du contrat, il ne peut être utilisé par le fournisseur pour approvisionner d'autres clients et que les actifs concernés par cet investissement ne peuvent être vendus que moyennant des pertes considérables. Un investissement réalisé par un acheteur est considéré comme propre à une relation contractuelle lorsqu'à l'expiration du contrat, il ne peut être utilisé par l'acheteur pour acquérir ou utiliser les produits fournis par d'autres fournisseurs et que les actifs concernés par cet investissement ne peuvent être vendus que moyennant des pertes considérables. Un investissement est donc propre à une relation contractuelle lorsque, par exemple, il ne peut être utilisé que pour produire un composant d'une certaine marque ou pour stocker une marque précise, et ne peut donc être utilisé de manière rentable pour produire ou revendre des produits alternatifs. Deuxièmement, il doit s'agir d'un investissement à long terme dont le coût ne peut être récupéré à court terme. Et troisièmement, l'investissement doit être asymétrique, l'une des parties au contrat investissant plus que l'autre. Lorsque ces conditions sont réunies, une restriction verticale se justifie normalement pour une durée identique à celle de l'amortissement de l'investissement. La restriction verticale appropriée en l'espèce sera du type obligation de non-concurrence ou quotas d'achat si l'investissement est assumé par le fournisseur, et du type distribution exclusive, exclusivité de clientèle ou fourniture exclusive s'il est réalisé par l'acheteur;

- e) le «problème spécifique de la renonciation à certains investissements dans le cas de la cession de savoir-faire substantiel»: le savoir-faire, une fois transmis, ne peut pas être repris, et le fournisseur du savoir-faire peut ne pas souhaiter que celui-ci soit utilisé pour le compte de ses concurrents ou par ceux-ci. Dans la mesure où ce savoir-faire n'était pas facilement accessible à l'acheteur et est substantiel et indispensable à la mise en œuvre de l'accord, sa cession peut justifier une restriction du type obligation de non-concurrence. Celle-ci ne relèvera normalement pas de l'article 101, paragraphe 1;
- f) le problème des «externalités verticales»: un détaillant peut ne pas retirer l'intégralité du bénéfice de ses actions visant à améliorer ses ventes, une partie en revenant au fabricant. Toute unité supplémentaire vendue par le détaillant en abaissant son prix ou en augmentant son effort de vente entraîne un bénéfice pour le fabricant, si son prix de gros dépasse ses coûts de production marginaux. De ce fait, le fabricant peut bénéficier d'une externalité positive découlant des actions du détaillant et, du point de vue du fabricant, le détaillant pratique peut-être des prix trop élevés et/ou fait trop peu d'efforts pour vendre ses produits. L'externalité négative d'un prix trop élevé pratiqué par le détaillant est quelquefois appelée le «problème de la double marginalisation»;

celui-ci peut être évité en imposant un prix de revente maximum au détaillant. Pour augmenter les efforts de vente du détaillant, un système de distribution sélective ou exclusive ou des restrictions similaires peuvent être utiles⁴¹;

- g) les «économies d'échelle au niveau de la distribution»: afin de tirer parti de telles économies et, ce faisant, d'abaisser le prix de détail de son produit, le fabricant peut souhaiter confier la revente de celui-ci à un nombre limité de distributeurs. À cette fin, il pourrait recourir à la distribution exclusive, aux quotas sous la forme d'un volume d'achat minimal imposé, à la distribution sélective combinée avec de tels quotas ou à l'approvisionnement exclusif;
 - h) les «imperfections du marché des capitaux»: les pourvoyeurs de fonds traditionnels (banques, marchés des actions) peuvent fournir des capitaux à des conditions non optimales lorsqu'ils disposent d'informations imparfaites concernant la solvabilité de l'emprunteur ou que le prêt n'est pas garanti de manière adéquate. L'acheteur ou le fournisseur peut être mieux informé et capable, par une relation exclusive, d'obtenir une garantie supplémentaire pour son investissement. Lorsque le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur, il peut lui imposer une restriction du type obligation de non-concurrence ou quotas d'achat. Lorsque l'acheteur accorde un prêt au fournisseur, il peut lui imposer une restriction du type fourniture exclusive ou quotas de livraison;
 - i) «l'uniformité et les normes de qualité»: une restriction verticale peut aussi permettre à un fabricant d'imposer une certaine uniformité et certaines normes de qualité à ses distributeurs, et donc d'acquiescer une bonne image de marque, d'accroître l'intérêt du consommateur final pour son produit et d'augmenter ses ventes. La distribution sélective et la franchise en sont des exemples.
- (108) Les neuf situations énumérées au point (107) montrent clairement que, sous certaines conditions, les accords verticaux sont susceptibles de permettre la réalisation de gains d'efficacité et le développement de nouveaux marchés, et que ces effets positifs peuvent compenser les éventuels effets négatifs. Les restrictions verticales d'une durée limitée qui permettent la mise sur le marché de nouveaux produits complexes ou protègent des investissements propres à une relation contractuelle sont généralement les plus justifiées. Une restriction verticale est parfois nécessaire aussi longtemps que le fournisseur vend son produit à l'acheteur (voir en particulier les situations décrites au point (107), sous a), e), f), g) et i)).
- (109) Il y a une forte substituabilité entre les différentes restrictions verticales. Par conséquent, un même problème d'inefficacité peut être résolu au moyen de différentes restrictions verticales. Par exemple, une entreprise peut réaliser des économies d'échelle au niveau de la distribution en recourant à la distribution exclusive ou sélective, aux quotas ou à l'approvisionnement exclusif. Les différentes restrictions verticales ne produisent toutefois pas toutes les mêmes effets négatifs sur la concurrence, ce qui intervient lorsque le caractère indispensable des restrictions verticales est apprécié, au regard de l'article 101, paragraphe 3.

⁴¹

Voir toutefois la note de bas de page précédente.

1.3. *Méthode d'analyse*

(110) L'appréciation d'une restriction verticale comprend généralement les quatre étapes suivantes⁴²:

- a) Tout d'abord, les entreprises concernées doivent établir les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur les marchés sur lesquels ils vendent, respectivement achètent, les biens contractuels.
- b) Si les parts de marché en cause, tant du fournisseur que de l'acheteur, ne dépassent pas chacune le seuil de 30 %, l'accord vertical bénéficie de l'exemption par catégorie, sous réserve de ne contenir aucune des restrictions caractérisées ni aucune des restrictions exclues visées par le règlement d'exemption par catégorie.
- c) Si la part de marché en cause dépasse le seuil de 30 % pour le fournisseur et/ou l'acheteur, il convient de déterminer si l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1.
- d) Si l'accord vertical relève de l'article 101, paragraphe 1, il y a lieu d'examiner s'il remplit les conditions d'exemption prévues à l'article 101, paragraphe 3.

1.3.1. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 1

(111) Lors de l'examen des cas dans lesquels le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, la Commission réalisera une analyse complète de la situation sous l'angle de la concurrence. Les facteurs suivants sont particulièrement importants pour établir si un accord vertical entraîne une restriction sensible de la concurrence et, partant, relève de l'article 101, paragraphe 1:

- a) nature de l'accord;
- b) position des parties sur le marché;
- c) position des concurrents sur le marché;
- d) position des acheteurs des produits contractuels sur le marché;
- e) barrières à l'entrée;
- f) maturité du marché;
- g) stade commercial;
- h) nature du produit;
- i) autres facteurs.

(112) L'importance des différents facteurs peut varier d'un cas à l'autre et dépend de l'ensemble des autres facteurs. Par exemple, le fait que les parties détiennent une grande part de marché constitue généralement un bon indicateur de leur pouvoir sur le marché, sauf lorsque les barrières à l'entrée sont faibles. Il n'est donc pas possible d'établir des règles strictes concernant l'importance respective de ces différents facteurs.

(113) Les accords verticaux peuvent prendre bien des formes. Il est donc important d'analyser la nature de l'accord du point de vue des restrictions qu'il contient, de la durée de ces restrictions et du pourcentage des ventes totales sur le marché qu'elles affectent. Il peut être nécessaire d'aller au-delà des termes précis de l'accord. La façon dont l'accord est mis en œuvre par les parties et les stimulants qu'elles reçoivent peuvent indiquer l'existence de restrictions implicites.

(114) La position des parties sur le marché donne une indication du pouvoir de marché que possèdent, le cas échéant, le fournisseur, l'acheteur, ou les deux. Plus leur part de marché est grande, plus leur pouvoir de marché est susceptible d'être important. Cela est particulièrement le cas lorsque la part de marché traduit des avantages en matière de

⁴² Ces étapes n'ont pas pour objet de présenter un raisonnement juridique que la Commission devrait suivre dans cet ordre pour prendre une décision.

coûts ou d'autres avantages concurrentiels que les parties possèdent par rapport à leurs concurrents. Ces avantages concurrentiels peuvent par exemple résulter du fait d'avoir été le premier à pénétrer sur le marché (possession du meilleur site, etc.) ou de détenir des brevets essentiels, une technologie supérieure ou une marque dominante ou une gamme de produits supérieure.

- (115) Ces indicateurs, à savoir la part de marché et les avantages concurrentiels possibles, servent à apprécier la position des concurrents sur le marché. Plus les concurrents sont forts et nombreux, moins il y a de risques que les parties puissent exercer individuellement un pouvoir de marché et fermer l'accès au marché ou atténuer la concurrence. Il importe également d'examiner s'il existe des contre-stratégies efficaces et opportunes que les concurrents seraient susceptibles de mettre en œuvre. Toutefois, si le nombre de concurrents devient relativement limité et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire (taille, coûts, potentiel de recherche et développement, etc.), une telle structure de marché peut accroître les risques de collusion. Des fluctuations ou des changements rapides des parts de marché sont en général le signe de l'existence d'une vive concurrence.
- (116) La position des clients des parties sur le marché permet de voir si un ou plusieurs de ces clients possèdent ou non une puissance d'achat. Le premier indicateur de puissance d'achat est la part de marché du client sur le marché des achats. Cette part de marché reflète l'importance de sa demande pour ses fournisseurs potentiels. Les autres indicateurs concernent la position du client sur son marché de la revente, y compris les caractéristiques telles qu'une large couverture géographique de ses points de vente, l'utilisation de marques propres, y compris des marques de distributeur, ainsi que la notoriété de sa marque auprès des consommateurs finals. Dans certains cas, la puissance d'un acheteur peut empêcher les parties d'exercer leur pouvoir de marché et prévenir ainsi un problème de concurrence susceptible de se poser. C'est notamment le cas lorsque des clients puissants ont la capacité et l'intérêt nécessaires pour introduire de nouvelles sources d'approvisionnement sur le marché en cas d'augmentation légère, mais permanente, des prix relatifs. Lorsque des clients puissants obtiennent simplement des conditions favorables pour eux-mêmes ou se contentent de répercuter chaque augmentation de prix sur leurs clients, la position qu'ils détiennent n'empêche pas les parties d'exercer leur puissance sur le marché.
- (117) Les barrières à l'entrée sont évaluées en calculant la mesure dans laquelle les entreprises présentes sur le marché peuvent augmenter leur prix au-delà du niveau concurrentiel sans provoquer l'arrivée de nouveaux concurrents. En l'absence de barrières à l'entrée, la possibilité d'une entrée facile et rapide rendrait de telles augmentations non rentables. Lorsque des entrées effectives, qui empêchent ou limitent l'exercice d'un pouvoir de marché, sont susceptibles d'intervenir dans un délai d'un an ou deux, on considère généralement que les barrières à l'entrée sont faibles. Les barrières à l'entrée peuvent être liées à un grand nombre de facteurs, tels que les économies d'échelle et de gamme, les réglementations administratives - en particulier lorsqu'elles confèrent des droits exclusifs - les aides d'État, les droits frappant les produits importés, les droits de propriété intellectuelle, la possession de ressources pour lesquelles l'offre est par exemple naturellement limitée⁴³, les installations essentielles, l'avantage du premier arrivant et la fidélité des consommateurs à une marque en raison d'une forte publicité pendant un certain temps. Les restrictions verticales et l'intégration verticale peuvent

⁴³ Voir la décision 97/26/CE de la Commission concernant l'affaire n° IV/M.619, *Gencor/Lonrho*, JO L 11 du 14.1.1997, p. 30.

également constituer une barrière à l'entrée, en rendant l'accès au marché plus difficile et en excluant les concurrents (potentiels). Les barrières à l'entrée peuvent exister uniquement au niveau des fournisseurs ou à celui des acheteurs, ou bien aux deux niveaux. Pour savoir si certains de ces facteurs doivent être considérés comme des barrières à l'entrée, il convient de déterminer s'ils sont liés à des coûts irrécouvrables. Les coûts irrécouvrables sont les coûts qui sont nécessaires pour entrer ou être actif sur un marché, mais qui sont perdus lorsque l'on se retire de ce marché. Les coûts de publicité destinés à fidéliser la clientèle constituent en principe des coûts irrécouvrables, à moins que l'entreprise qui se retire du marché puisse, soit vendre sa marque, soit l'utiliser sur un autre marché sans pertes. Plus les coûts irrécouvrables sont importants, plus les nouveaux arrivants potentiels devront évaluer les risques liés à l'entrée sur le marché et plus la menace que les entreprises déjà présentes sur le marché puissent rivaliser avec ces nouveaux concurrents sera crédible, car le montant des coûts irrécouvrables rendrait onéreux le retrait de ces entreprises du marché. Par exemple, si des distributeurs sont liés à un fabricant par une obligation de non-concurrence, l'effet de verrouillage sera d'autant plus important que la mise en place de leur propre réseau de distribution impose des coûts irrécouvrables aux potentiels nouveaux venus. D'une manière générale, l'entrée sur un marché entraîne des coûts irrécouvrables, qui sont tantôt réduits, tantôt substantiels. C'est pourquoi une concurrence réelle est généralement plus effective et pèsera plus lourd dans l'appréciation d'un cas d'espèce que la concurrence potentielle.

- (118) Un marché parvenu à maturité est un marché qui existe depuis un certain temps et sur lequel la technologie utilisée est bien connue, répandue et n'évolue guère, les marques sont peu innovantes et la demande est relativement stable, voire en recul. Sur ce type de marché, la probabilité que des effets négatifs se produisent est plus forte que sur des marchés plus dynamiques.
- (119) Le stade commercial est lié à la distinction établie entre biens et services intermédiaires et biens et services finals. Les biens et services intermédiaires sont vendus à des entreprises pour produire d'autres biens ou services et ne sont généralement pas identifiables dans le bien ou service final. Les acheteurs de produits intermédiaires sont habituellement des clients bien informés, capables d'apprécier la qualité de ces produits et dont la décision d'achat repose donc moins sur la marque et sa réputation. Les biens finals sont, directement ou indirectement, vendus aux consommateurs finals, qui attachent souvent plus d'importance à la marque et à sa réputation. Étant donné que les distributeurs doivent répondre à la demande des consommateurs finals, la concurrence peut être plus affectée lorsque la vente d'une ou plusieurs marques est rendue impossible pour certains distributeurs que lorsque certains acheteurs de produits intermédiaires sont empêchés de s'approvisionner en produits concurrents auprès de certaines sources.
- (120) La nature du produit est prise en compte en particulier pour ce qui est des produits finals, lors de l'appréciation des éventuels effets négatifs et positifs. Lors de l'appréciation des effets négatifs probables, il convient d'établir si les produits offerts sur le marché sont plutôt homogènes ou plutôt hétérogènes, si le produit est cher - c'est-à-dire s'il représente une part importante du budget du consommateur - ou bon marché et s'il s'agit d'un achat unique ou d'un achat qui sera répété. D'une manière générale, lorsque le produit concerné est plus hétérogène et moins cher et que son achat ressemble davantage à un achat unique, les restrictions verticales risquent davantage de produire des effets négatifs.

- (121) L'appréciation de certaines restrictions peut exiger la prise en considération d'autres facteurs, tels que l'effet cumulatif, c'est-à-dire le taux de couverture du marché par des accords similaires, le fait que l'accord soit «imposé» (les restrictions ou obligations pèsent surtout sur une partie) ou «convenu» (les deux parties acceptent des restrictions ou obligations), le cadre réglementaire et des pratiques qui peuvent indiquer ou faciliter la collusion, comme une influence dominante sur les prix, l'annonce préalable des modifications de prix, les discussions visant à déterminer le «juste» prix, la rigidité des prix en réponse à une capacité excédentaire, une discrimination par les prix et les comportements collusifs passés.
- 1.3.2. Facteurs pris en considération pour l'appréciation au regard de l'article 101, paragraphe 3
- (122) Les accords verticaux restrictifs peuvent aussi produire des effets favorables à la concurrence, sous la forme de gains d'efficacité susceptibles de compenser leurs effets anticoncurrentiels. L'appréciation se fera au regard de l'article 101, paragraphe 3, qui prévoit une dérogation à la règle d'interdiction figurant à l'article 101, paragraphe 1. Pour que cette dérogation soit applicable, l'accord vertical doit apporter des avantages économiques objectifs, les restrictions de la concurrence doivent être indispensables pour parvenir à ces gains d'efficacité, les consommateurs doivent recevoir une partie équitable de ces gains et l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence⁴⁴.
- (123) Les accords restrictifs sont évalués au regard de l'article 101, paragraphe 3, dans le cadre réel où ils se produisent⁴⁵ et sur la base des faits existant à un moment donné. L'appréciation tient compte des modifications importantes des faits. La règle d'exemption de l'article 101, paragraphe 3, s'applique tant que les quatre conditions sont remplies, mais cesse de s'appliquer dès que ce n'est plus le cas⁴⁶. Lorsque l'on applique l'article 101, paragraphe 3, conformément à ces principes, il convient de tenir compte des investissements réalisés par les parties ainsi que des délais ou des contraintes nécessaires à l'engagement et à la récupération d'un investissement destiné à accroître l'efficacité d'une entreprise.
- (124) La première condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3, demande une appréciation des avantages objectifs en termes de gains d'efficacité produits par l'accord. À cet égard, les accords verticaux sont souvent susceptibles de contribuer à réaliser des gains d'efficacité, ainsi qu'il est expliqué à la section 1.2, en améliorant la manière dont les parties exercent leurs activités complémentaires.
- (125) Pour s'assurer que les restrictions sont indispensables, ainsi que l'exige l'article 101, paragraphe 3, la Commission examinera notamment si chaque restriction permet de produire, acheter et/ou (re)vendre les produits contractuels plus efficacement qu'en l'absence de la restriction. Cette appréciation doit tenir compte des conditions du marché et des réalités auxquelles les parties sont confrontées. Les entreprises qui invoquent le bénéfice de l'article 101, paragraphe 3, ne sont pas tenues d'envisager des alternatives hypothétiques ou théoriques. Elles doivent cependant expliquer et démontrer pourquoi des alternatives apparemment réalistes et sensiblement moins

⁴⁴ Voir la communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JO C 101 du 27.4.2004, p. 97.

⁴⁵ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 17 septembre 1985, *Ford/Commission*, (affaires jointes 25/84 et 26/84, Recueil 1985, p. 2725).

⁴⁶ Voir par exemple à cet égard la décision 1999/242/CE de la Commission (affaire n° IV/36.237-TPS), JO L 90 du 2.4.1999, p. 6. De même, l'interdiction édictée à l'article 101, paragraphe 1, s'applique tant que l'accord a pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence.

restrictives seraient nettement moins efficaces. Si le recours à une possibilité se révélant réaliste sur le plan commercial et moins restrictive devait entraîner des pertes d'efficacité sensibles, la restriction sera considérée comme indispensable.

(126) La condition selon laquelle les consommateurs doivent recevoir une partie équitable des profits signifie que les consommateurs des produits achetés et/ou (re)vendus dans le cadre de l'accord vertical doivent au moins bénéficier de compensations pour les effets négatifs de l'accord⁴⁷. En d'autres mots, les gains d'efficacité doivent compenser intégralement l'incidence négative probable de l'accord sur les prix, sur la production et sur d'autres éléments pertinents.

(127) La dernière condition énoncée à l'article 101, paragraphe 3, selon laquelle l'accord ne doit pas donner aux parties la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, présuppose une analyse des autres sources de pression concurrentielle sur le marché et de l'impact de l'accord sur ces sources de concurrence. Lors de l'application de la dernière condition figurant à l'article 101, paragraphe 3, il convient de tenir compte de la relation entre l'article 101, paragraphe 3, et l'article 102. Il est de jurisprudence constante que l'application de l'article 101, paragraphe 3, ne peut faire obstacle à l'application de l'article 102⁴⁸. En outre, comme les articles 101 et 102 ont tous deux pour objectif le maintien d'une concurrence effective sur le marché, il convient, pour des raisons de cohérence, que l'article 101, paragraphe 3, soit interprété comme excluant toute application de la dérogation aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante⁴⁹. L'accord vertical ne peut pas éliminer la concurrence effective, en supprimant l'ensemble ou l'essentiel des sources existantes de concurrence réelle ou potentielle. La rivalité entre entreprises est un moteur essentiel de l'efficacité économique, notamment par des gains d'efficacité dynamiques sous forme d'innovations. En son absence, l'entreprise dominante ne sera pas suffisamment incitée à continuer de réaliser des gains d'efficacité et à les répercuter. En l'absence de concurrence résiduelle et de menace prévisible de nouvelle entrée sur le marché, la protection de la rivalité et du jeu de la concurrence prime sur les gains d'efficacité possibles. Un accord restrictif qui maintient, crée ou renforce une position sur le marché approchant celle d'un monopole ne peut normalement se justifier au motif qu'il génère aussi des gains d'efficacité.

2. **Analyse de certaines restrictions verticales**

(128) Les restrictions verticales et combinaisons de restrictions verticales les plus courantes sont analysées dans la partie restante des présentes lignes directrices en suivant le cadre d'analyse exposé aux points 96 à 127. Il existe d'autres restrictions et combinaisons pour lesquelles aucun critère d'évaluation direct n'est fourni dans les présentes lignes

⁴⁷ Voir le point 85 de la communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JO C 101 du 27.4.2004, p. 97.

⁴⁸ Voir l'arrêt de la Cour de justice du 16 mars 2000, *Compagnie Maritime Belge/Commission*, (affaires jointes C-395/96 P et C-396/96 P, Recueil 2000, p. I-1365), point 130). De même, l'application de l'article 101, paragraphe 3, ne doit pas faire obstacle à l'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des biens, des services, des personnes et des capitaux. Ces dispositions sont, dans certaines circonstances, applicables aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 101, paragraphe 1; voir à cet égard l'arrêt de la Cour de justice du 19 février 2002, *Wouters* (C-309/99, Recueil 2002, p. I-1577), point 120.

⁴⁹ Voir à cet égard l'arrêt du Tribunal du 10 juillet 1990, *Tetra Pak/Commission* (T-51/89, Recueil 1990, p. II-309). Voir également le point (106) de la communication de la Commission — Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JO C 101 du 27.4.2004, p. 97.

directrices. Elles seront toutefois traitées selon les mêmes principes et en mettant de la même manière l'accent sur l'effet sur le marché.

2.1. *Monomarquisme*

(129) La rubrique «monomarquisme» englobe les accords dont le trait principal est d'obliger ou d'inciter l'acheteur à s'approvisionner, pour un type donné de produit, auprès d'un seul fournisseur. Cette composante se retrouve, entre autres, dans les clauses de non-concurrence et dans les quotas d'achat. Une clause de non-concurrence repose sur un dispositif qui oblige ou incite l'acheteur à couvrir plus de 80 % de ses besoins sur un marché donné en s'approvisionnant auprès d'un seul et même fournisseur. Cela ne signifie pas que l'acheteur soit tenu de s'approvisionner uniquement directement auprès du fournisseur, mais qu'il n'achètera et ne revendra pas ou n'intégrera pas dans ses produits des biens ou services concurrents. L'imposition d'un quota à l'acheteur est une forme adoucie d'obligation de non-concurrence, l'acheteur réalisant l'essentiel de ses achats auprès d'un seul fournisseur conformément à des mesures d'incitation ou à des engagements convenus avec celui-ci. L'imposition de quotas d'achat peut par exemple prendre la forme d'une obligation d'achat minimal ou de constitution de stocks, ou d'une tarification non linéaire comme notamment des rabais conditionnels ou un prix à double composante (redevance fixe plus prix à l'unité). La clause dite «anglaise», en vertu de laquelle l'acheteur doit déclarer toute offre plus avantageuse et ne peut l'accepter que si le fournisseur ne s'aligne pas sur elle, produira vraisemblablement le même effet qu'une obligation de monomarquisme, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de l'offre.

(130) Du point de vue de la concurrence, le monomarquisme risque de fermer l'accès du marché pour des fournisseurs concurrents ou potentiels, d'atténuer la concurrence, de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative et, lorsque l'acheteur est un détaillant vendant aux consommateurs finals, d'affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente. De tels effets restrictifs ont une incidence directe sur la concurrence intermarques.

(131) Le monomarquisme bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur ne dépassent pas chacune 30 % et sous réserve que la durée de l'obligation de non-concurrence soit limitée à cinq ans. La partie restante de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des cas individuels si le seuil de part de marché est dépassé ou si la durée est supérieure à cinq ans.

(132) Les obligations de monomarquisme d'un fournisseur donné risquent plus particulièrement de produire des effets d'éviction anticoncurrentiels lorsque, en leur absence, une forte pression concurrentielle est exercée par des concurrents qui, soit ne sont pas encore présents sur le marché au moment de la conclusion de ces accords, soit ne sont pas en mesure d'entrer en concurrence pour l'approvisionnement total des clients. Les concurrents peuvent ne pas être à même d'entrer en concurrence pour la demande totale d'un client donné parce que le fournisseur en question est un partenaire commercial inévitable au moins pour une partie de la demande sur le marché, par exemple du fait que sa marque est un «produit incontournable» préféré par un grand nombre de consommateurs finals ou que les contraintes de capacité pesant sur les autres fournisseurs sont telles qu'une partie de la demande ne peut être satisfaite que par le fournisseur en question⁵⁰. La position du fournisseur sur le marché est donc un

⁵⁰ Arrêt du Tribunal du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd/Commission* (T-65/98, Recueil 2003, p. II-4653), points 104 et 156.

facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels des obligations de monomarquisme.

- (133) Si les concurrents peuvent s'affronter sur un pied d'égalité pour tenter de répondre à la demande totale de chaque client individuel, les obligations de monomarquisme d'un fournisseur particulier sont généralement peu susceptibles de nuire à l'exercice d'une concurrence effective, sauf si le changement de fournisseur est rendu difficile par la durée et la couverture de marché des obligations de monomarquisme. Plus sa part de marché liée, autrement dit la fraction de sa part de marché totale qui résulte des ventes effectuées dans le cadre d'une obligation de monomarquisme, est élevée, plus il est probable que le marché est verrouillé dans une très large mesure. De la même manière, plus la durée des obligations de monomarquisme est longue, plus le degré de verrouillage du marché risque d'être sensible. On considère en général que des obligations de monomarquisme d'une durée inférieure à un an contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante ne donnent pas lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles ou à des effets négatifs nets. Les obligations de monomarquisme d'une durée comprise entre un an et cinq ans contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante doivent généralement être examinées sur la base d'un bilan de leurs effets favorables à la concurrence et de leurs effets anticoncurrentiels. En revanche, pour la plupart des types d'investissement, les obligations de monomarquisme d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet d'éviction qu'elles génèrent. Les obligations de monomarquisme sont plus susceptibles d'entraîner un verrouillage anticoncurrentiel du marché lorsqu'elles sont contractées par des entreprises occupant une position dominante.
- (134) Pour apprécier le pouvoir de marché détenu par le fournisseur, la position de ses concurrents sur le marché est un élément important. Tant que ceux-ci sont suffisamment nombreux et forts, il n'y a pas lieu de craindre des effets anticoncurrentiels sensibles. Il est très peu probable que les concurrents soient évincés s'ils détiennent une position similaire sur le marché et peuvent offrir des produits tout aussi attrayants. Dans ce cas de figure, il peut toutefois exister un risque de verrouillage du marché pour les nouveaux concurrents potentiels, lorsque plusieurs grands fournisseurs concluent des accords de monomarquisme avec un grand nombre d'acheteurs sur le marché en cause (effet cumulatif). C'est également dans ce type de scénario que les accords de monomarquisme peuvent faciliter les collusions entre fournisseurs concurrents. Si ces fournisseurs relèvent individuellement du règlement d'exemption par catégorie, il peut être nécessaire de leur retirer le bénéfice de celle-ci pour contrer cet effet cumulatif préjudiciable. On considère généralement qu'une part de marché liée de moins de 5 % ne contribue pas de façon significative à un tel effet cumulatif de verrouillage.
- (135) Lorsque la part de marché du plus grand fournisseur est inférieure à 30 % et que celle des cinq plus grands fournisseurs est inférieure à 50 %, l'existence d'un effet anticoncurrentiel unique ou cumulatif est peu probable. Si un nouveau concurrent potentiel ne peut rentabiliser son entrée sur le marché, cela sera vraisemblablement imputable à des facteurs autres que les obligations de monomarquisme, par exemple aux préférences des consommateurs.
- (136) Les barrières à l'entrée sont un élément important pour établir s'il y a verrouillage anticoncurrentiel. Tant qu'il est relativement facile pour des fournisseurs concurrents de créer de nouveaux débouchés ou de trouver d'autres acheteurs pour leur produit, le

- verrouillage ne devrait pas être un réel problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont fréquentes, tant au niveau de la production qu'à celui de la distribution.
- (137) La capacité de faire contrepoids est un élément pertinent, car des acheteurs puissants ne se laisseront pas facilement écarter de l'offre de biens ou de services concurrents. Plus généralement, pour convaincre ses clients d'accepter le monomarquisme, le fournisseur peut devoir leur offrir une compensation, totale ou partielle, pour la réduction de concurrence résultant de l'exclusivité. Dans ce cas, il peut être de l'intérêt individuel d'un client de contracter une obligation de monomarquisme avec le fournisseur. Toutefois, il serait erroné d'en conclure automatiquement que toutes les obligations de monomarquisme, prises dans leur ensemble, sont globalement bénéfiques pour les clients sur ce marché ou pour les consommateurs finals. Il est en particulier peu probable que l'ensemble des consommateurs en bénéficie s'il y a un grand nombre de clients et que les obligations de monomarquisme, prises globalement, ont pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes.
- (138) Enfin, le stade commercial doit être pris en considération. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont en effet moins élevés pour les produits intermédiaires. Lorsque le fournisseur d'un produit intermédiaire n'occupe pas une position dominante, ses concurrents peuvent couvrir la partie substantielle de la demande qui ne lui est pas liée. Au-dessous du seuil de position dominante, le risque de verrouillage du marché peut toutefois se produire en cas d'effet cumulatif. Il est peu probable qu'un effet cumulatif anticoncurrentiel se produise tant que moins de 50 % du marché est lié.
- (139) Si l'accord porte sur la fourniture en gros d'un produit final, la question de savoir si un problème de concurrence risque de se manifester dépend dans une large mesure du type de commerce de gros dont il s'agit et des barrières à l'entrée qui existent à ce niveau. Il n'y a pas de risque réel de verrouillage anticoncurrentiel si les producteurs concurrents peuvent aisément mettre en place leur propre réseau de vente en gros. La faiblesse des barrières à l'entrée dépend en partie du type de commerce de gros, autrement dit du fait de savoir si les grossistes peuvent exercer leur activité efficacement s'ils ne commercialisent que le produit visé par l'accord (par exemple, des glaces) ou s'il est plus efficace de commercialiser toute une gamme de produits (par exemple, des surgelés). Dans ce dernier cas, il n'est pas efficace pour un fabricant qui ne vendrait qu'un seul produit de créer son propre réseau de vente en gros. Dans ce cas, des effets anticoncurrentiels peuvent se produire. En outre, des effets cumulatifs sont possibles si plusieurs fournisseurs lient la plupart des grossistes.
- (140) Pour les produits finals, le risque de verrouillage est en général plus grand au stade de la vente au détail en raison des barrières à l'entrée élevées que doivent surmonter la plupart des producteurs pour ouvrir des points de vente pour leurs seuls produits. En outre, c'est au stade du commerce de détail que les accords de monomarquisme peuvent affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente. C'est pourquoi des effets anticoncurrentiels sensibles peuvent se manifester pour les produits finals au stade de la vente au détail si, compte tenu de tous les autres facteurs en cause, un fournisseur n'occupant pas une position dominante lie 30 % ou plus du marché pertinent. Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante, même une part de marché liée modeste peut donner lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles.
- (141) Au stade du commerce de détail, un effet de verrouillage cumulatif peut également se manifester. Lorsque tous les fournisseurs détiennent une part de marché inférieure à 30 %, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage anticoncurrentiel cumulatif si la part de marché liée totale est de moins de 40 % et le retrait du bénéfice de l'exemption est par conséquent peu probable. Ce chiffre peut être plus élevé lorsque d'autres

facteurs tels que le nombre de concurrents, les barrières à l'entrée, etc. sont pris en considération. Lorsque les entreprises n'ont pas toutes une part de marché inférieure au seuil prévu par le règlement d'exemption par catégorie, mais qu'aucune n'occupe une position dominante, il est peu probable qu'il y ait effet de verrouillage anticoncurrentiel cumulatif si moins de 30 % du marché total est lié.

- (142) Lorsque l'acheteur exerce son activité dans des locaux et sur un terrain appartenant au fournisseur ou que le fournisseur loue à un tiers non lié à l'acheteur, la possibilité d'imposer des mesures efficaces pour corriger l'effet de verrouillage éventuel est limitée. Dans ce cas, une intervention de la Commission alors que le seuil de position dominante n'est pas atteint est improbable.
- (143) Dans certains secteurs, la vente de plusieurs marques dans un même point de vente peut être difficile, auquel cas la meilleure façon de mettre fin à une situation de verrouillage est de limiter la durée effective des contrats.
- (144) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 101, paragraphe 3 se pose. Pour les obligations de non-concurrence, les gains d'efficacité décrits au point (107), a) (problèmes de parasitisme entre fournisseurs), d), e) (problèmes de renonciation à certains investissements) et h) (imperfections du marché des capitaux) peuvent être particulièrement importants.
- (145) Dans le cas des gains d'efficacité décrits au point (107), a), d) et h), l'imposition de quotas à l'acheteur pourrait éventuellement constituer une solution moins restrictive. Une obligation de non-concurrence peut être le seul moyen viable de réaliser le gain d'efficacité décrit au point (107), e) (problème de la renonciation à certains investissements dans le cadre d'un transfert de savoir-faire).
- (146) Dans le cas d'un investissement propre à une relation contractuelle réalisé par le fournisseur (voir le point (107), d)), un accord de non-concurrence ou un accord imposant des quotas pendant la période d'amortissement de l'investissement remplit généralement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. Si les investissements propres à la relation contractuelle sont lourds, une obligation de non-concurrence contractée pour une durée supérieure à cinq ans peut se justifier. Un investissement propre à une relation contractuelle pourrait être, par exemple, l'installation ou l'adaptation d'un équipement par le fournisseur lorsque cet équipement ne peut servir que pour produire des composants destinés à un acheteur déterminé. Les investissements généraux ou propres à un marché qui portent sur des capacités (supplémentaires) ne constituent normalement pas des investissements propres à une relation contractuelle. Cependant, si un fournisseur crée de nouvelles capacités spécifiquement liées à l'activité d'un acheteur particulier (par exemple, une entreprise produisant des boîtes de conserve qui crée de nouvelles capacités de production à l'intérieur ou à proximité d'une conserverie), celles-ci pourraient n'être rentables qu'en liaison avec ce seul client, auquel cas les investissements réalisés seraient considérés comme propres à cette relation contractuelle.
- (147) Quand le fournisseur accorde un prêt à l'acheteur ou lui fournit un équipement qui n'est pas propre à leur relation contractuelle, cela n'est normalement pas suffisant en soi pour justifier l'exemption d'une restriction à l'origine d'un effet de verrouillage anticoncurrentiel du marché. En cas d'imperfection du marché des capitaux, il peut être plus efficace pour le fournisseur d'un produit que pour une banque d'accorder un prêt (voir le point (107), h)). Toutefois, dans un tel cas, le prêt devrait être accordé de la manière la moins restrictive possible et l'acheteur devrait donc en règle générale

conserver la possibilité de mettre un terme à l'obligation et de rembourser le solde du prêt à tout moment et sans pénalité financière.

- (148) Le transfert d'un savoir-faire substantiel (voir le point (107), e)) justifie habituellement une obligation de non-concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture, comme par exemple dans le contexte de la franchise.

- (149) Exemple d'obligation de non-concurrence.

Le fournisseur dominant sur le marché national d'un bien de consommation d'impulsion, dont la part de marché est de 40 %, vend la majeure partie de sa production (90 %) par le biais de détaillants qui lui sont liés (soit une part de marché liée de 36 %). Les accords obligent les détaillants à ne s'approvisionner qu'auprès de ce fournisseur dominant pendant au moins quatre ans. Ce dernier est tout particulièrement bien représenté dans les régions les plus densément peuplées, comme la capitale. Ses concurrents, au nombre de dix, dont certains ne sont présents que localement, ont tous des parts de marché beaucoup plus petites (12 % pour le plus grand d'entre eux). Ces dix concurrents approvisionnent ensemble 10 % du marché par le biais de points de vente qui leur sont liés. Sur ce marché, les marques et les produits sont fortement différenciés. Le fournisseur dominant a les marques les plus fortes. Il est le seul à mener régulièrement des campagnes publicitaires nationales. Il fournit aux détaillants qui lui sont liés du mobilier de rangement spécifique pour stocker son produit.

Il résulte de cette situation qu'une part de 46 % (36 % + 10 %) du marché est fermée aux nouveaux concurrents potentiels et aux concurrents déjà en place qui n'ont pas de points de vente liés. Il est d'autant plus difficile aux premiers de s'imposer dans les régions à forte densité de population que l'effet de verrouillage y est encore plus prononcé, même si c'est dans ces régions qu'ils souhaiteraient prendre pied sur le marché. En outre, en raison de la forte différenciation entre les marques et les produits et des coûts de recherche relativement élevés par rapport au prix du produit, l'absence de concurrence intermarques au sein d'un même point de vente entraîne une perte de bien-être supplémentaire pour les consommateurs. Les éventuels gains d'efficacité liés à l'exclusivité imposée aux points de vente, qui, selon le fournisseur dominant du marché, résultent de la diminution des coûts de transport et un possible problème de renonciation à certains investissements concernant le mobilier de rangement, sont limités et ne compensent pas les effets préjudiciables à la concurrence. Ces gains sont en effet limités, car les frais de transport sont liés à la quantité et non à l'exclusivité et le mobilier de rangement n'intègre pas un savoir-faire particulier et n'est pas propre à la marque. En conséquence, il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies.

- (150) Exemple de quotas imposés.

Un producteur X, qui détient 40 % du marché, vend 80 % de sa production par le biais de contrats qui précisent que le revendeur doit couvrir au moins 75 % de ses besoins pour ce type de produit en s'approvisionnant auprès de X. En échange, X propose des prêts et du matériel à des conditions favorables. Les contrats sont conclus pour une durée de cinq ans, au cours desquels le remboursement du prêt doit être effectué par des versements échelonnés d'un montant égal. Après les deux premières années, les acheteurs peuvent toutefois mettre fin au contrat moyennant un préavis de six mois s'ils remboursent le solde du prêt et rachètent l'équipement à sa valeur marchande. À la fin des cinq ans, l'équipement devient la propriété de l'acheteur. La plupart des producteurs concurrents sont de petites entreprises (douze au total, la plus grande détenant une part de marché de 20 %) qui ont conclu des contrats similaires pour des durées différentes. Les producteurs dont la part de marché est inférieure à 10 % ont souvent des contrats

plus longs qui contiennent des clauses de résiliation moins généreuses. Les contrats conclus par le producteur X permettent à l'autre partie de couvrir 25 % de ses besoins auprès de la concurrence. Au cours des trois dernières années, deux nouveaux producteurs ont pris pied sur le marché, où ils ont acquis une part de marché cumulée d'environ 8 %, en partie grâce au rachat de prêts d'un certain nombre de revendeurs avec lesquels ils ont en échange conclu des contrats.

La part de marché liée du producteur X est de 24 % ($0,75 \times 0,80 \times 40$ %). La part de marché liée des autres producteurs s'élève à près de 25 %. Au total, c'est donc une part de 49 % environ du marché qui est fermée, au moins durant les deux premières années des contrats de fourniture, aux nouveaux concurrents potentiels et aux concurrents déjà en place qui ne disposent pas de points de vente qui leur sont liés. Le marché montre que les revendeurs ont souvent des difficultés à obtenir des prêts bancaires et sont en général trop petits pour se procurer des capitaux par d'autres voies, telles que l'émission d'actions. De plus, le producteur X est à même de démontrer qu'en concentrant ses ventes sur un nombre limité de revendeurs, il peut mieux planifier ses ventes et économiser sur les coûts de transport. Étant donné les gains d'efficacité réalisés, d'une part, et le fait que les contrats conclus par le producteur X laissent aux acheteurs la possibilité de s'approvisionner librement pour 25 % de leurs besoins et prévoient réellement la possibilité de résilier le contrat par anticipation, que de nouveaux producteurs sont entrés récemment sur le marché et que la moitié environ des revendeurs ne sont pas liés, d'autre part, les quotas de 75 % imposés par le producteur X sont susceptibles de remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

2.2. *Distribution exclusive*

(151) Dans le cadre d'un accord de distribution exclusive, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé. Dans le même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs). Du point de vue de la concurrence, ce système risque surtout d'affaiblir la concurrence intramarque et de cloisonner le marché, ce qui pourrait faciliter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou la totalité des fournisseurs pratiquent la distribution exclusive, la concurrence peut s'en trouver atténuée et les collusions facilitées, tant à leur niveau qu'à celui des distributeurs. Enfin, la distribution exclusive peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire la concurrence à ce niveau.

(152) La distribution exclusive bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie pour autant que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 %, même si elles sont associées à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence limitée à cinq ans, l'imposition de quotas ou l'achat exclusif. La combinaison de la distribution exclusive avec la distribution sélective ne bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie que si les ventes actives dans d'autres territoires ne sont pas limitées. La suite de la présente section donne des orientations pour l'appréciation de la distribution exclusive dans des cas individuels lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé.

(153) La position sur le marché détenue par le fournisseur et par ses concurrents est particulièrement importante, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne pose problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque est grave. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, la concurrence intramarque

risque d'être sensiblement atténuée. Pour que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies, cet affaiblissement de la concurrence intramarque peut devoir être contrebalancé par de véritables gains d'efficacité.

- (154) La position des concurrents peut avoir une double signification. Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera en règle générale compensée par une concurrence intermarques suffisante. Si, en revanche, le nombre de concurrents devient relativement faible et si leur position sur le marché est plus ou moins similaire en termes de parts de marché, de capacités et de réseau de distribution, il existe un risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. La diminution de la concurrence intramarque peut augmenter ce risque, en particulier lorsque plusieurs fournisseurs exploitent des systèmes de distribution similaires. La distribution exclusive multiple, à savoir le fait pour différents fournisseurs de désigner le même distributeur exclusif sur un territoire donné, peut encore accroître le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence. Si un distributeur se voit accorder le droit exclusif de distribuer deux produits concurrents importants ou plus sur le même territoire, la concurrence intermarques peut se trouver sensiblement restreinte pour ces marques. Plus la part de marché cumulée des marques distribuées par les distributeurs exclusifs multiples est élevée, plus le risque de collusion et/ou d'atténuation de la concurrence est grand et plus la concurrence intermarques sera réduite. Si un détaillant est distributeur exclusif d'un certain nombre de marques, il peut ne pas être incité à répercuter sur le consommateur final les éventuelles baisses du prix de gros décidées par un des fabricants pour sa marque, car cela diminuerait les ventes et les bénéfices qu'il réalise sur les autres marques. Contrairement à ce qui se passerait en l'absence de distribution exclusive multiple, les fabricants n'ont donc qu'un intérêt limité à se faire concurrence par les prix. De telles situations d'effet cumulatif peuvent justifier de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie quand les parts de marché des fournisseurs et des acheteurs se situent au-dessous du seuil prévu par le règlement d'exemption par catégorie.
- (155) Les barrières à l'entrée qui sont susceptibles d'empêcher les fournisseurs de se créer de nouveaux débouchés ou de trouver d'autres distributeurs sont un élément moins important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels de la distribution exclusive. L'accès du marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarquisme.
- (156) L'éviction d'autres distributeurs n'est pas un problème si le fournisseur qui exploite le réseau de distribution exclusive désigne un grand nombre de distributeurs exclusifs sur le même marché et que les ventes de ces distributeurs exclusifs à d'autres distributeurs, non désignés, ne sont pas soumises à restrictions. L'éviction d'autres distributeurs peut en revanche devenir un problème en cas de puissance d'achat et de pouvoir de marché en aval, en particulier dans le cas de territoires très étendus sur lesquels le distributeur exclusif devient l'acheteur exclusif pour l'ensemble d'un marché. On pourrait prendre comme exemple le cas d'une chaîne de supermarchés qui devient le seul distributeur d'une marque de premier plan sur un marché national du commerce alimentaire de détail. L'effet de fermeture du marché aux autres distributeurs peut être aggravé en cas de distribution exclusive multiple.
- (157) La puissance d'achat peut aussi accroître le risque de collusion entre les acheteurs lorsque les accords de distribution exclusive sont imposés par des acheteurs importants, éventuellement situés sur des territoires différents, à un ou plusieurs fournisseurs.
- (158) La maturité du marché est un élément important, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque et la discrimination par les prix peuvent constituer un problème grave sur

un marché mûr, mais être plus anodins sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent.

- (159) Le stade commercial est important, car les effets négatifs éventuels ne sont pas forcément les mêmes au niveau du commerce de gros et à celui du commerce de détail. La distribution exclusive s'applique surtout à la distribution de biens et de services finals. La concurrence intramarque risque de s'affaiblir surtout au stade du commerce de détail, si la distribution exclusive est pratiquée sur des territoires étendus, car les consommateurs finals pourraient, pour une marque importante, n'avoir plus qu'un choix limité entre un distributeur proposant un service de qualité à un prix élevé et un distributeur offrant un service bon marché, mais de qualité moindre.
- (160) Un fabricant qui choisit un grossiste comme distributeur exclusif le fait normalement pour un territoire plus étendu, par exemple un État membre dans son ensemble. Tant que le grossiste peut vendre les produits sans restriction aux détaillants situés en aval, il est peu probable qu'il y ait des effets anticoncurrentiels sensibles. L'affaiblissement éventuel de la concurrence intramarque au stade du commerce de gros peut facilement être compensé par des gains d'efficacité au niveau de la logistique, de la promotion, etc., surtout lorsque le fabricant est établi dans un autre pays. Les risques éventuels que fait peser sur la concurrence intermarques la distribution exclusive multiple sont cependant plus élevés au niveau du commerce de gros qu'à celui du commerce de détail. Si un grossiste devient distributeur exclusif pour un nombre important de fournisseurs, non seulement la concurrence entre leurs marques risque de s'en trouver réduite, mais cela peut aussi conduire à la fermeture du marché au niveau du commerce de gros.
- (161) Ainsi qu'il a été indiqué au point (155), l'accès du marché n'est pas fermé aux autres fournisseurs tant que la distribution exclusive n'est pas combinée avec le monomarquisme. Toutefois, même lorsque la distribution exclusive est combinée avec des obligations de monomarquisme, une exclusion anticoncurrentielle des autres fournisseurs est peu probable, sauf peut-être lorsque les obligations de monomarquisme sont appliquées à un réseau dense de distributeurs exclusifs actifs sur de petits territoires ou en cas d'effet cumulatif. Dans un tel cas il peut être nécessaire d'appliquer les principes sur le monomarquisme exposés à la section 2.1. Toutefois, lorsqu'elle ne provoque pas de verrouillage sensible du marché, la combinaison entre distribution exclusive et monomarquisme peut favoriser la concurrence en incitant davantage le distributeur exclusif à concentrer ses efforts sur la marque en question. Par conséquent, en l'absence d'un tel effet de verrouillage, la combinaison de la distribution exclusive et d'une obligation de non-concurrence peut très bien remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, pour toute la durée de l'accord, en particulier au niveau du commerce de gros.
- (162) La combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif augmente le risque d'un affaiblissement de la concurrence intramarque et d'un cloisonnement du marché, qui peuvent faciliter notamment une discrimination par les prix. La distribution exclusive limite déjà les possibilités d'arbitrage des clients, étant donné qu'elle restreint le nombre de distributeurs et, souvent, la liberté de ces derniers de réaliser des ventes actives. L'approvisionnement exclusif, qui oblige les distributeurs exclusifs à se procurer les produits de la marque en question directement auprès du fabricant, élimine en outre la possibilité d'un arbitrage par les distributeurs exclusifs, car il leur est interdit d'acheter à d'autres distributeurs membres du système. Il est donc plus facile pour le fournisseur de limiter la concurrence intramarque en appliquant des conditions de vente dissemblables au détriment des consommateurs, sauf si la

combinaison permet la création de gains d'efficacité aboutissant à une baisse des prix pour l'ensemble des consommateurs finals.

- (163) La nature du produit n'est pas un élément particulièrement pertinent pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence de la distribution exclusive. Il convient toutefois d'en tenir compte pour l'appréciation d'éventuels gains d'efficacité, c'est-à-dire lorsque l'existence d'un effet anticoncurrentiel sensible a été établie.

- (164) La distribution exclusive peut produire des gains d'efficacité, en particulier lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements pour protéger ou bâtir l'image de la marque. En règle générale, l'argument des gains d'efficacité est plus convaincant pour les produits nouveaux, les produits complexes ou encore les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience), et même après consommation (produits dits de conviction). En outre, la distribution exclusive peut permettre de diminuer les coûts de logistique grâce à des économies d'échelle au niveau du transport et de la distribution.

- (165) Exemple de distribution exclusive au niveau du commerce de gros.

A est leader sur le marché d'un produit de consommation durable. Il vend son produit par le biais de grossistes exclusifs. Les territoires assignés aux grossistes correspondent à l'État membre tout entier pour les petits États membres, et à une région pour les autres. Ces distributeurs exclusifs sont responsables des ventes à l'ensemble des détaillants situés sur leur territoire. Ils ne vendent pas aux consommateurs finals. Les grossistes sont chargés de la promotion sur les marchés qui leur sont affectés. Il leur faut à ce titre parrainer des manifestations locales, mais aussi expliquer et promouvoir les nouveaux produits auprès des détaillants sur leur territoire. La technologie et les produits évoluent plutôt rapidement sur ce marché, et le service de prévente auprès des détaillants et des consommateurs finals joue un rôle important. Les grossistes ne sont pas tenus de couvrir tous leurs besoins pour la marque du fournisseur A en s'approvisionnant auprès du fabricant lui-même et les grossistes et les détaillants ont la possibilité de procéder à des arbitrages, les coûts de transport étant relativement faibles par rapport à la valeur du produit. Les grossistes ne sont en outre pas soumis à une obligation de non-concurrence. Les détaillants vendent aussi plusieurs marques de fournisseurs concurrents, et il n'y a pas d'accords de distribution exclusive ou sélective au niveau du commerce de détail. Sur le marché UE de la vente aux grossistes, A dispose d'une part de marché d'environ 50 %. Sa part de marché sur les différents marchés nationaux au niveau du commerce de détail varie entre 40 % et 60 %. A compte de 6 à 10 concurrents sur chaque marché national: B, C et D sont ses concurrents les plus importants, également présents sur chaque marché national, avec des parts de marché allant de 5 % à 20 %. Les autres producteurs sont des producteurs nationaux et leurs parts de marché sont plus petites. B, C et D ont des réseaux de distribution similaires, alors que les fabricants locaux ont tendance à écouler leur production directement auprès des détaillants.

Au niveau du commerce de gros décrit dans cet exemple, le risque d'un affaiblissement de la concurrence intramarque et d'une discrimination par les prix est faible. Les arbitrages ne sont pas entravés, et l'absence d'une concurrence intramarque n'est pas déterminante au niveau du commerce de gros. Au stade du commerce de détail, ni la concurrence intramarque ni la concurrence intermarques ne sont entravées. En outre, la concurrence intermarques n'est quasiment pas affectée par les accords d'exclusivité conclus au niveau du commerce de gros. Il est donc probable que, même en présence d'effets anticoncurrentiels, les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies.

- (166) Exemple de distribution exclusive multiple sur un marché oligopolistique
- Le marché national d'un produit final donné est dominé par quatre fournisseurs dominants, chacun détenant une part de marché d'environ 20 %. Ces quatre fournisseurs dominants vendent leur production par l'intermédiaire de distributeurs exclusifs au niveau du commerce de détail. Les détaillants se voient attribuer un territoire exclusif, qui correspond à la ville où ils sont situés ou à un quartier s'il s'agit d'une grande ville. Dans la plupart des territoires, les quatre leaders ont le même détaillant exclusif («distribution exclusive multiple»), le plus souvent situé au centre-ville et spécialisé dans le produit en question. Les 20 % restants du marché national se répartissent entre de petits fabricants locaux, dont le plus gros détient une part de marché de 5 % sur le marché national. Ces fabricants locaux écoulent en général leur production par le biais d'autres détaillants, notamment parce que les distributeurs exclusifs des quatre plus grands fournisseurs se montrent en général peu désireux de vendre des marques moins connues et meilleur marché. Les marques et les produits sont fortement différenciés sur ce marché. Les quatre leaders mènent des campagnes publicitaires nationales de grande ampleur et possèdent une image de marque forte, alors que les petits fabricants ne font pas de promotion de leurs produits au niveau national. Le marché est plutôt mûr, la demande est stable et les produits ainsi que la technologie n'évoluent guère. Le produit est relativement simple.
- Sur un tel marché oligopolistique, il y a risque de collusion entre les quatre leaders de marché. Ce risque est aggravé par la distribution exclusive multiple. La concurrence intramarque est limitée par l'exclusivité territoriale. La concurrence entre les quatre marques leaders est restreinte au niveau du commerce de détail, car un détaillant fixe le prix de ces quatre marques sur chaque territoire. Dans le cadre d'une telle distribution exclusive multiple, le détaillant n'est pas incité à répercuter sur le consommateur final les éventuelles baisses de prix décidées par un des fabricants, car cela diminuerait les ventes et les bénéfices qu'il réalise sur les autres marques. Les fabricants n'ont donc qu'un intérêt limité à se faire concurrence par les prix. La concurrence intermarques par les prix est principalement confinée aux produits des petits fabricants jouissant d'une faible image de marque. Les éventuels gains d'efficacité dus au recours à des distributeurs exclusifs (communs) sont limités, car le produit est relativement simple, la revente n'exige pas d'investissements spécifiques ou de formation et la publicité se fait surtout au niveau des fabricants.
- Même si la part de marché détenue par chacun des leaders est inférieure au seuil, les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, pourraient ne pas être remplies et un retrait de l'exemption par catégorie pourrait s'avérer nécessaire dans le cas d'accords conclus avec des distributeurs dont la part de marché est inférieure à 30 % sur le marché des achats.
- (167) Exemple de distribution exclusive combinée avec un approvisionnement exclusif.
- Le fabricant A est leader européen sur le marché d'un bien de consommation volumineux durable, avec une part de marché qui se situe entre 40 % et 60 % sur la plupart des marchés nationaux du commerce de détail. Dans les États membres dans lesquels il détient une part de marché élevée, ses concurrents sont moins nombreux et détiennent des parts de marché nettement moindres. Les concurrents ne sont présents que sur un ou deux marchés nationaux. A vend traditionnellement son produit par l'intermédiaire de ses filiales nationales à des distributeurs exclusifs actifs au niveau du commerce de détail, qui sont tenus de ne pas vendre activement sur les territoires alloués en exclusivité à d'autres. Ces distributeurs sont ainsi encouragés à promouvoir le produit et à fournir des services avant la vente. Depuis peu, les détaillants sont en outre

tenus d'acheter les produits de A exclusivement auprès de la filiale nationale de ce fabricant dans leur pays. Les détaillants qui vendent la marque du fabricant A sont les principaux revendeurs pour ce type de produit sur le territoire qui leur est concédé. Ils commercialisent des marques concurrentes, mais avec plus ou moins de succès et d'enthousiasme. Depuis l'introduction de l'approvisionnement exclusif, A applique des différences de prix de 10 % à 15 % entre les marchés, les prix étant plus élevés sur les marchés sur lesquels il a moins de concurrence. Les marchés sont relativement stables du côté de l'offre et de la demande, et il n'y a pas de changements technologiques significatifs.

Sur les marchés sur lesquels les prix sont élevés, l'affaiblissement de la concurrence intramarque est dû non seulement à l'exclusivité territoriale au niveau du commerce de détail, mais il est aggravé par l'obligation d'approvisionnement exclusif imposée aux détaillants. Cette obligation contribue à maintenir les marchés et les territoires séparés, en rendant tout arbitrage impossible entre les détaillants exclusifs, qui sont les principaux revendeurs de ce type de produit. Les détaillants exclusifs ne peuvent pas non plus vendre activement sur les territoires alloués aux autres détaillants et, en pratique, ils ont tendance à éviter de livrer en dehors de leur territoire. C'est ce qui a rendu possible la discrimination par les prix, sans que cela n'entraîne de hausse significative des ventes totales. Les consommateurs et commerçants indépendants n'ont que peu de possibilités d'arbitrage en raison du caractère volumineux du produit.

Si l'argument des éventuels gains d'efficacité pour justifier le recours à des distributeurs exclusifs peut être convaincant, en particulier en raison de l'encouragement des détaillants, il est peu probable que les éventuels gains d'efficacité résultant de la combinaison de la distribution exclusive et de l'approvisionnement exclusif, et notamment les éventuels gains d'efficacité résultant de l'approvisionnement exclusif, principalement liés à des économies d'échelle au niveau du transport, compensent les effets négatifs de la discrimination par les prix et de l'affaiblissement de la concurrence intramarque. En conséquence, il est peu probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, soient remplies.

2.3. *Exclusivité de clientèle*

(168) Dans le cadre d'un accord d'exclusivité de clientèle, le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur aux fins de leur revente à une clientèle déterminée. En même temps, le distributeur est souvent limité dans ses ventes actives à d'autres clientèles (concédées exclusivement). Le règlement d'exemption par catégorie ne limite pas la manière dont il est possible de définir une clientèle exclusive; il peut, par exemple, s'agir d'un type de clients particulier, défini par leur profession, ou d'une liste de clients sélectionnés sur la base d'un ou de plusieurs critères objectifs. Du point de vue de la concurrence, ce système risque surtout d'affaiblir la concurrence intramarque et de cloisonner le marché, ce qui pourrait faciliter une discrimination par les prix. Lorsque la plupart ou la totalité des fournisseurs pratiquent l'exclusivité de clientèle, la concurrence peut s'en trouver atténuée et les collusions facilitées, tant au niveau des fournisseurs qu'à celui des distributeurs. Enfin, l'exclusivité de clientèle peut conduire à fermer le marché aux autres distributeurs et, ce faisant, réduire la concurrence à ce niveau.

(169) L'exclusivité de clientèle bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas le seuil de part de marché de 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence, l'imposition de quotas ou l'approvisionnement exclusif. La combinaison entre

exclusivité de clientèle et distribution sélective constitue normalement une restriction caractérisée, car d'ordinaire, les distributeurs désignés ne peuvent pas librement procéder à des ventes actives auprès des utilisateurs finals. Lorsque le seuil de part de marché de 30 % est dépassé, les critères énoncés aux points (151) à (167) s'appliquent également pour l'appréciation de l'exclusivité de clientèle, sous réserve des remarques spécifiques indiquées dans le reste de la présente section.

(170) La répartition de la clientèle rend généralement plus difficile l'arbitrage par le client. En outre, comme chaque distributeur désigné a sa propre catégorie de clients, les distributeurs non désignés, qui ne relèvent d'aucune de ces catégories, pourraient rencontrer des difficultés pour se procurer le produit. Les possibilités d'arbitrage des distributeurs non désignés sont par conséquent réduites.

(171) L'exclusivité de clientèle est principalement appliquée aux produits intermédiaires et au stade du commerce de gros lorsqu'elle porte sur des produits finals, où il est possible de distinguer des catégories de clients ayant des besoins spécifiques différents concernant le produit.

(172) L'exclusivité de clientèle peut générer des gains d'efficacité, particulièrement lorsque les distributeurs doivent effectuer des investissements, par exemple pour se doter d'un équipement, de compétences ou d'un savoir-faire particuliers afin de s'adapter à la demande de leur clientèle. La période d'amortissement de ces investissements indique la durée justifiée d'un système d'exclusivité de clientèle. En général, les arguments sont d'autant plus convaincants que le produit est nouveau ou complexe et qu'il est nécessaire de l'adapter aux besoins de chaque client. Il est plus probable qu'il existe des besoins différenciés pouvant être recensés dans le cas de produits intermédiaires, c'est-à-dire des produits vendus à différents types d'acheteurs professionnels. L'attribution de consommateurs finals entraîne rarement des gains d'efficacité.

(173) Exemple d'exclusivité de clientèle.

Une société a conçu un système d'extinction d'incendie sophistiqué. Sa part de marché est actuellement de 40 % sur le marché des systèmes d'extinction d'incendie. Lorsqu'elle a commencé à commercialiser ce nouveau système sophistiqué, elle avait une part de marché de 20 % avec un produit plus ancien. L'installation du nouveau système est fonction du type de bâtiment auquel il est destiné, ainsi que de l'affectation de ce dernier (bureaux, usine chimique, hôpital, etc.). La société a sélectionné un certain nombre de distributeurs pour vendre et installer le système. Chaque distributeur a dû former son personnel aux besoins généraux et spécifiques que pose l'installation de ce système d'extinction en fonction de la catégorie de clients. Pour que les distributeurs se spécialisent, la société a attribué en exclusivité à chacun d'entre eux une catégorie de clients et lui a interdit de réaliser des ventes actives aux clientèles exclusives de ses autres distributeurs. À l'expiration d'une période de cinq ans, tous les distributeurs exclusifs seront autorisés à procéder à des ventes actives à toutes les catégories de clients, ce qui mettra donc fin au système d'exclusivité de clientèle. Le fournisseur pourra alors aussi commencer à vendre à d'autres distributeurs. Le marché est très dynamique, deux nouveaux concurrents y ont récemment pris pied et la technologie évolue. Les concurrents, dont la part de marché se situe entre 5% et 25 %, améliorent eux aussi leurs produits.

Étant donné que l'exclusivité n'est que d'une durée limitée et permet aux distributeurs de récupérer leur investissement et de concentrer leurs activités commerciales d'abord sur une certaine catégorie de clients afin d'apprendre à connaître le commerce, et que les éventuels effets anticoncurrentiels semblent limités sur un marché dynamique, il est probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies.

2.4. *Distribution sélective*

(174) À l'instar des accords de distribution exclusive, les accords de distribution sélective restreignent d'une part le nombre de distributeurs agréés et d'autre part leurs possibilités de revente. Contrairement à ce qui se passe pour la distribution exclusive, la limitation du nombre de revendeurs agréés ne dépend pas du nombre de territoires, mais de critères de sélection liés tout d'abord à la nature du produit. Une autre différence consiste dans le fait que la restriction en matière de revente ne porte pas sur les ventes actives sur un territoire, mais sur toutes les ventes à des distributeurs non agréés, les revendeurs agréés et les clients finals étant les seuls acheteurs potentiels. La distribution sélective est presque toujours utilisée pour distribuer des produits finals de marque.

(175) Du point de vue de la concurrence, ce type de distribution risque d'affaiblir la concurrence intramarque et, surtout s'il y a effet cumulatif, d'évincer un ou plusieurs types de distributeurs, d'atténuer la concurrence et de faciliter les collusions entre fournisseurs ou acheteurs. Pour apprécier les effets préjudiciables que la distribution sélective peut avoir sur la concurrence au regard de l'article 101, paragraphe 1, il convient de faire la distinction entre la distribution sélective purement qualitative et la distribution sélective quantitative. La première consiste à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus, etc⁵¹. L'application de tels critères n'impose pas de limitation directe au nombre de revendeurs agréés. On considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient remplies. Premièrement, la nature du produit en question doit être telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage. Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire. Troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire⁵². La distribution sélective quantitative ajoute d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés, en imposant par exemple un niveau de vente minimal ou maximal, en fixant le nombre de revendeurs agréés, etc.

(176) La distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, sous réserve que les distributeurs agréés puissent procéder à des ventes actives sans restriction tant entre eux qu'aux consommateurs finals. L'exemption par catégorie s'applique à la distribution sélective quelle que soit la nature du produit concerné et des critères de sélection. Toutefois,

⁵¹ Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal du 12 décembre 1996, *Groupeement d'achat Édouard Leclerc/Commission* (T-88/92, Recueil 1996, p. II-1961).

⁵² Voir les arrêts de la Cour de justice du 11 décembre 1980, *L'Oréal/PVBA «De Nieuwe AMCK»* (31/80, Recueil 1980, p. 3775) points 15 et 16; du 25 octobre 1977, *Metro I* (26/76, Recueil 1977, p. 1875) points 20 et 21; du 25 octobre 1983, *AEG* (107/82, Recueil 1983, p. 3151), point 35; et l'arrêt du Tribunal du 27 février 1992, *Vichy/Commission* (T-19/91, Recueil 1992, p. II-415) point 65.

lorsque les caractéristiques du produit⁵³ ne nécessitent pas une distribution sélective ni l'application de critères, tels que, par exemple, l'obligation faite aux distributeurs de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques, ou de fournir des services spécifiques, un tel système n'apporte généralement pas de gains d'efficacité suffisants pour compenser une réduction significative de la concurrence intramarque. En cas d'effets préjudiciables sensibles sur la concurrence, le bénéfice de l'exemption par catégorie sera probablement retiré. En outre, le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation de la distribution sélective dans les cas individuels ne relevant pas du règlement d'exemption par catégorie ou en cas d'effets cumulatifs résultant de réseaux parallèles de distribution sélective.

(177) La position détenue par le fournisseur et ses concurrents sur le marché est particulièrement importante pour apprécier les éventuels effets préjudiciables à la concurrence, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque ne constitue un problème que si la concurrence intermarques est limitée. Plus la position du fournisseur est forte, plus l'affaiblissement de la concurrence intramarque fait problème. Le nombre de réseaux de distribution sélective présents sur le même marché est un autre facteur important. Lorsque la distribution sélective est appliquée sur le marché par un seul fournisseur, la distribution sélective quantitative ne produit généralement pas d'effets négatifs nets pour autant que les biens contractuels, eu égard à leur nature, requièrent le recours à un système de distribution sélective et que les critères de sélection appliqués soient nécessaires pour en assurer une distribution efficace. En réalité, toutefois, la distribution sélective est souvent appliquée par plusieurs fournisseurs sur un marché donné.

(178) La position des concurrents peut avoir une double signification et joue un rôle spécialement en cas d'effet cumulatif. Si les concurrents sont forts, l'affaiblissement de la concurrence intramarque sera en règle générale facilement compensé par une concurrence intermarques suffisante. Toutefois, lorsqu'une majorité des principaux fournisseurs pratiquent la distribution sélective, il en résultera un affaiblissement sensible de la concurrence intramarque, une éventuelle éviction de certains types de distributeurs et un risque accru de collusion entre lesdits fournisseurs. Le risque que les distributeurs les plus efficaces soient évincés a toujours été plus grand dans le cadre de la distribution sélective que dans celui de la distribution exclusive, car la distribution sélective restreint les ventes aux distributeurs non agréés. Cette restriction vise à donner aux systèmes de distribution sélective un caractère fermé, en empêchant l'approvisionnement des distributeurs non agréés. La distribution sélective permet donc tout particulièrement d'éviter les pressions exercées par les magasins discount (qu'ils soient des distributeurs hors ligne ou des distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet) sur les marges du fabricant et sur celles des revendeurs agréés. L'éviction de tels modes de distribution, qu'elle résulte d'une application cumulative de la distribution sélective ou de son application par un seul fournisseur détenant une part de marché supérieure à 30 %, réduit les possibilités pour les consommateurs de bénéficier des avantages propres à ces modes de distribution, tels que des prix plus bas, une transparence accrue et un accès plus large aux produits.

⁵³ Voir par exemple les arrêts du Tribunal du 12 décembre 1996, *Groupeement d'achat Edouard Leclerc/Commission*, (T-19/92, Recueil 1996, p. II-1851), points 112 à 123 et *Groupeement d'achat Edouard Leclerc/Commission*, (T-88/92, Recueil 1996, p. II-1961), points 106 à 117 et la jurisprudence citée à la note de bas de page précédente.

- (179) Lorsque le règlement d'exemption par catégorie s'applique à des réseaux individuels de distribution sélective, le retrait de l'exemption par catégorie ou l'exclusion du champ d'application du règlement d'exemption par catégorie peuvent être envisagés en cas d'effets cumulatifs. Il est cependant peu probable qu'un effet cumulatif se manifeste si la part de marché couverte par la distribution sélective est inférieure à 50 %. De même, il est peu probable qu'un problème se pose lorsque le taux de couverture du marché dépasse 50 %, si la part de marché cumulée détenue par les cinq fournisseurs les plus importants n'atteint pas 50 %. Lorsqu'à la fois la part de ces cinq fournisseurs et la part couverte par la distribution sélective excèdent 50 %, l'appréciation peut dépendre du fait que les cinq principaux fournisseurs appliquent ou non la distribution sélective. Plus la position des concurrents n'appliquant pas la distribution sélective est forte, moins il est probable que d'autres distributeurs soient évincés. Si les cinq principaux fournisseurs appliquent tous la distribution sélective, des problèmes de concurrence peuvent tout particulièrement se poser pour les accords qui recourent à des critères de sélection quantitative en limitant directement le nombre des revendeurs agréés ou qui incluent des critères qualitatifs, tels que l'obligation de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques, ou de fournir des services spécifiques, qui ont pour effet d'exclure certains modes de distribution. En règle générale, il est peu probable que les conditions de l'article 101, paragraphe 3, soient remplies lorsque les systèmes de distribution sélective en cause empêchent de nouveaux distributeurs susceptibles de vendre les produits en question de manière adéquate (notamment les magasins discount ou les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet, qui offrent aux consommateurs des prix plus bas) d'accéder au marché, limitant de la sorte la distribution au bénéfice de certains canaux existants et au détriment des consommateurs finals. Des formes plus indirectes de distribution sélective quantitative, qui résultent par exemple de la combinaison de critères de sélection purement qualitatifs et de l'obligation faite aux revendeurs de réaliser annuellement un niveau minimal d'achats, sont moins susceptibles de produire des effets négatifs nets si ce niveau ne représente pas une part significative du chiffre d'affaires total réalisé par le revendeur en relation avec le type de produits en question et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour que le fournisseur récupère les investissements propres à cette relation contractuelle et/ou réalise des économies d'échelle dans la distribution. En ce qui concerne l'appréciation de la contribution individuelle de chaque fournisseur, on considère en général qu'un fournisseur dont la part de marché n'atteint pas 5 % ne contribue pas de manière significative à l'effet cumulatif.
- (180) Les barrières à l'entrée constituent un élément dont il faut tenir compte surtout en cas d'éviction des distributeurs non agréés. En général, les barrières à l'entrée seront très importantes, du fait que ce sont normalement des fabricants de produits de marque qui appliquent la distribution sélective. Il faudra en général beaucoup de temps et des investissements considérables pour que les détaillants exclus lancent leurs propres marques ou obtiennent ailleurs des produits compétitifs.
- (181) La puissance d'achat peut accroître le risque de collusion entre les revendeurs agréés et donc modifier sensiblement l'analyse des éventuels effets préjudiciables à la concurrence résultant de la distribution sélective. Les détaillants plus efficaces sont particulièrement susceptibles d'être évincés du marché lorsqu'une forte organisation de revendeurs agréés impose au fournisseur des critères de sélection destinés à limiter la distribution à l'avantage de ses membres.
- (182) L'article 5, paragraphe 1, point c), du règlement d'exemption par catégorie dispose que le fournisseur ne peut pas imposer aux revendeurs agréés d'obligation directe ou

indirecte de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés. Cette condition vise spécifiquement à éviter toute collusion horizontale qui permettrait d'exclure certaines marques par la création d'un club restreint de marques par les principaux fournisseurs. Ce type d'obligation ne devrait pas pouvoir bénéficier d'une exemption lorsque la part des cinq principaux fournisseurs est égale ou supérieure à 50 %, sauf si aucun des fournisseurs qui l'impose ne compte parmi les cinq plus grands sur le marché en question.

- (183) L'éviction d'autres fournisseurs ne pose normalement pas de problème tant que ces derniers peuvent recourir aux mêmes distributeurs, c'est-à-dire tant que la distribution sélective n'est pas associée au monomarchisme. Si le réseau des distributeurs agréés est dense ou s'il y a effet cumulatif, la combinaison de la distribution sélective et d'une obligation de non-concurrence est susceptible de provoquer un problème de verrouillage pour les autres fournisseurs. Dans une telle hypothèse, il a lieu d'appliquer les principes exposés à la section 2.1 sur le monomarchisme. Lorsque la distribution sélective n'est pas combinée à une obligation de non-concurrence, l'éviction des fournisseurs concurrents peut toutefois faire problème si les principaux fournisseurs non seulement appliquent des critères de sélection purement qualitatifs, mais imposent aussi à leurs revendeurs agréés des obligations supplémentaires, telles que l'obligation de réserver à leurs produits un minimum d'espace sur leurs linéaires de présentation ou de veiller à ce que les ventes de leurs produits représentent un pourcentage minimal du chiffre d'affaires total du revendeur agréé. Il y a peu de risque qu'un tel problème surgisse si la part du marché couvert par la distribution sélective est inférieure à 50 % ou, lorsque ce taux de couverture est dépassé, si la part de marché des cinq principaux fournisseurs est inférieure à 50 %.
- (184) La maturité du marché est un élément important, car l'affaiblissement de la concurrence intramarque et l'éviction éventuelle de fournisseurs ou de revendeurs peuvent constituer un problème grave sur un marché mûr, mais être plus anodins sur un marché où la demande croît, les technologies évoluent et les positions fluctuent.
- (185) La distribution sélective peut être efficace en permettant de diminuer les coûts de logistique grâce à des économies d'échelle au niveau du transport, et ce quelle que soit la nature du produit (voir le point (107), g)). Toutefois, de tels gains d'efficacité sont généralement marginaux dans le cadre des systèmes de distribution sélective. La nature du produit est un élément très important quand il s'agit d'aider à résoudre un problème de parasitisme entre les distributeurs (voir le point (107), a)) ou d'aider à créer une image de marque (voir le point (107), i)). En règle générale, l'argument des gains d'efficacité est plus convaincant pour les produits nouveaux, les produits complexes ou encore les produits dont les qualités sont difficiles à apprécier avant consommation (produits dits d'expérience), voire même après consommation (produits dits de conviction). La combinaison d'une distribution sélective et d'une clause d'implantation, qui protège un revendeur agréé contre l'ouverture, par d'autres revendeurs agréés, de points de vente à proximité du sien, peut en particulier remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, si cette combinaison est indispensable pour protéger des investissements substantiels et propres à la relation contractuelle effectués par le revendeur agréé (voir le point (107), d)).
- (186) Pour s'assurer que la restriction choisie est la moins préjudiciable à la concurrence, il convient de se demander si les mêmes gains d'efficacité pourraient être réalisés à un coût comparable, par exemple au moyen d'obligations portant uniquement sur le service.

- (187) Exemple de distribution sélective quantitative.
- Sur un marché de biens de consommation durables, le leader (marque A), qui détient une part de marché de 35 %, vend ses produits aux consommateurs finals par le biais d'un réseau de distribution sélective. Il existe plusieurs critères d'admission au réseau: le magasin doit employer du personnel qualifié et proposer des services de prévente, un rayon spécialisé du magasin doit être consacré à la vente du produit ainsi qu'aux produits de haute technologie similaires, et le magasin doit proposer un large assortiment des modèles du fournisseur et présenter ceux-ci d'une manière attrayante. Le nombre de détaillants pouvant adhérer au réseau est en outre directement limité en ce qu'il ne peut dépasser un plafond qui dépend du nombre d'habitants de chaque province ou de chaque zone urbaine. Le fabricant A affronte six concurrents sur ce marché. Ses principaux concurrents, B, C et D, ont une part de marché de 25, 15 et 10 % respectivement, la part de marché des autres fabricants étant plus faible. A est le seul fabricant à recourir à la distribution sélective. Les distributeurs sélectifs de la marque A commercialisent tous quelques marques concurrentes. Toutefois, les marques concurrentes sont aussi très présentes dans des magasins qui ne font pas partie du réseau de distribution sélective de A. Les canaux de distribution sont variés: à titre d'exemple, les marques B et C sont vendues dans la plupart des magasins sélectionnés par A, mais aussi dans d'autres magasins offrant un niveau de service élevé et dans des hypermarchés. La marque D est principalement vendue dans des magasins proposant un niveau de service élevé. La technologie évolue très rapidement sur ce marché, et les principaux fournisseurs entretiennent une forte image de qualité pour leurs produits grâce à la publicité.
- Sur ce marché, le taux de couverture de la distribution sélective est de 35 %. La concurrence intermarques n'est pas directement affectée par le système de distribution sélective de A. Il se peut que la concurrence intramarque soit réduite pour les produits A, mais les consommateurs peuvent se procurer les produits B et C - qui jouissent d'une image de qualité comparable à celle des produits A - auprès de détaillants proposant des prix et des services d'un niveau peu élevé. En outre, l'accès à des détaillants offrant un haut niveau de service reste possible pour les autres marques, puisque les distributeurs du réseau sélectif ne font l'objet d'aucune restriction concernant la vente de marques concurrentes et que, en raison du plafond imposé au nombre de détaillants pour la marque A, il reste d'autres détaillants offrant un haut niveau de service pour distribuer des marques concurrentes. Dans un tel cas de figure, eu égard aux obligations portant sur le service et aux gains d'efficacité qu'elles sont susceptibles d'entraîner, ainsi qu'à l'effet limité sur la concurrence intramarque, il est probable que les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3 seront remplies.
- (188) Exemple de distribution sélective avec effets cumulatifs
- Sur le marché d'un article de sport donné, sept fabricants se font concurrence. Leurs parts de marché respectives sont de: 25 %, 20 %, 15 %, 15 %, 10 %, 8 % et 7 %. Les cinq fabricants les plus importants utilisent la distribution sélective quantitative, tandis que les deux plus petits recourent à différents types de systèmes de distribution. Le taux de couverture de la distribution sélective est donc de 85 %. Les critères d'admission aux réseaux de distribution sélective sont remarquablement uniformes d'un fabricant à l'autre: les distributeurs sont tenus de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques, qui doivent employer du personnel qualifié, proposer des services de prévente et être dotés d'un rayon spécialisé pour la vente du produit, dont les dimensions minimales sont indiquées. Le magasin doit proposer un large assortiment des modèles de la marque en question et présenter ceux-ci d'une manière attrayante, il

doit être situé dans une rue commerçante et ce type d'articles doit représenter au moins 30 % de son chiffre d'affaires total. En général, le même revendeur est désigné par chacune des cinq marques comme distributeur agréé. Les deux marques qui n'ont pas recours à la distribution sélective écoulent le plus souvent leur production par le biais de détaillants moins spécialisés qui offrent moins de services. Le marché est stable du côté tant de l'offre que de la demande et l'image de marque ainsi que la différenciation des produits sont importantes. Les cinq leaders bénéficient d'une image de marque forte, forgée grâce à la publicité et au parrainage, tandis que les deux fabricants plus petits ont adopté une stratégie plus bas de gamme et ne jouissent pas d'une image de marque forte.

Sur ce marché, les magasins discount généralistes et les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet n'ont pas accès aux marques des cinq leaders. En effet, l'exigence portant sur le fait que ce type d'article doit représenter au moins 30 % de l'activité du revendeur agréé et les critères relatifs à la présentation et aux services de prévente excluent la plupart des magasins discount du réseau des revendeurs agréés. L'obligation de disposer d'un ou de plusieurs points de vente physiques exclut quant à elle les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet. Par conséquent, les consommateurs ne peuvent acheter les cinq marques leaders que dans des magasins proposant un service et des prix d'un niveau élevé. Aussi la concurrence intermarques entre les cinq marques leaders est-elle réduite. Le fait que les deux marques les moins importantes puissent être achetées dans des magasins offrant un service et des prix d'un niveau moins élevé ne constitue pas une compensation, car l'image de marque des cinq marques leaders est bien meilleure. La concurrence intermarques est aussi limitée par la distribution multiple. Même s'il existe un certain degré de concurrence intramarque et que le nombre de détaillants n'est pas directement limité, les critères d'admission sont suffisamment stricts pour que le nombre de détaillants distribuant les cinq marques leaders soit faible sur chaque territoire.

Les gains d'efficacité résultant de ces systèmes de distribution sélective quantitative sont peu importants: le produit n'est pas très complexe et ne justifie pas un service particulièrement élevé. À moins que les fabricants ne prouvent que leur réseau de distribution sélective s'accompagne de gains d'efficacité évidents, il est probable que l'exemption par catégorie devra être retirée en raison de ses effets cumulatifs qui ont pour conséquence de limiter le choix des consommateurs et d'augmenter le prix qu'ils doivent acquitter.

2.5. *Franchise*

(189)

Les accords de franchise comportent des licences de droits de propriété intellectuelle relatifs notamment à des marques ou à des signes distinctifs et à un savoir-faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services. Outre une licence de droits de propriété intellectuelle, le franchiseur fournit normalement au franchisé, pendant la période d'application de l'accord, une assistance commerciale ou technique. La licence et cette assistance font partie intégrante de la méthode commerciale franchisée. Le franchiseur perçoit en règle générale une redevance du franchisé pour l'utilisation de cette méthode commerciale. La franchise peut permettre au franchiseur de mettre en place, moyennant des investissements limités, un réseau uniforme pour la distribution de ses produits. Outre la concession de la méthode commerciale, les accords de franchise contiennent généralement une combinaison de restrictions verticales portant sur les produits distribués, en particulier la distribution sélective et/ou une obligation de non-concurrence et/ou la distribution exclusive ou des formes adoucies de ces restrictions.

- (190) L'applicabilité du règlement d'exemption par catégorie à l'octroi d'une licence relative à des droits de propriété intellectuelle prévu dans un accord de franchise est traitée aux points (24) à (46). En ce qui concerne les restrictions verticales à l'achat, à la vente et à la revente de biens et services relevant d'un accord de franchise, telles que la distribution sélective, une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, l'exemption par catégorie s'applique lorsque la part de marché ne dépasse pas 30 %⁵⁴. Les orientations fournies en relation avec ces types de restrictions s'appliquent également aux accords de franchise, sous réserve des deux remarques qui suivent:
- a) plus le transfert de savoir-faire est important, plus il est probable que les restrictions généreront des gains d'efficacité et/ou seront indispensables pour le protéger et que les restrictions verticales satisferont aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3;
 - b) une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 101, 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 de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 101, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même.
- (191) Exemple de franchise.
- Un fabricant a conçu un nouveau concept pour la vente de bonbons dans des magasins dits magasins ludiques («fun-shops»), où les bonbons peuvent être colorés spécialement à la demande du client. Le fabricant de bonbons a aussi élaboré les machines pour la coloration des bonbons. Il produit également les liquides de coloration. La qualité et la fraîcheur du liquide sont particulièrement importantes pour produire des bonbons de qualité. Le succès des bonbons du fabricant passe par un certain nombre de points de vente au détail propres qui ont tous la même enseigne et la même présentation ludique (agencement des magasins, publicité commune, etc.). Afin d'accroître ses ventes, le fabricant a développé un système de franchise. Les franchisés sont tenus d'acheter les bonbons, le liquide et la machine à colorer au fabricant, d'avoir la même présentation et de travailler sous la même enseigne, de payer une redevance, de contribuer aux campagnes de publicité communes et de respecter le caractère confidentiel du manuel de fonctionnement fourni par le franchiseur. De surcroît, les franchisés ne peuvent vendre que dans les locaux convenus, qu'à des consommateurs finals ou à d'autres franchisés et ne peuvent pas commercialiser d'autres bonbons. Le franchiseur ne peut pas désigner un autre franchisé ni exploiter lui-même un commerce de détail sur le territoire contractuel. Il est aussi tenu de constamment développer ses produits, la conception des magasins et le manuel de fonctionnement et de mettre ces améliorations à la disposition de tous les détaillants franchisés. Les accords de franchise sont conclus pour une durée de dix ans.
- Les détaillants de bonbons s'approvisionnent sur le marché national soit auprès de producteurs nationaux qui répondent aux goûts nationaux, soit auprès de grossistes qui, en plus de vendre des produits de producteurs nationaux, importent des bonbons de fabricants étrangers. Sur ce marché, les produits du franchiseur doivent soutenir la concurrence d'autres marques de bonbons. Le franchiseur détient une part de marché de 30 % sur le marché des bonbons vendus aux détaillants. Il fait face à la concurrence de plusieurs marques nationales et internationales, dont certaines appartiennent à de grandes sociétés alimentaires diversifiées. Les points de vente de bonbons potentiels sont nombreux: débits de tabac, commerces alimentaires de détail généralistes,

cafétérias et commerces spécialisés. Sur le marché des machines de coloration d'aliments, la part de marché du franchiseur est inférieure à 10 %.

La plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé et ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1. Les restrictions relatives aux ventes (territoire contractuel et distribution sélective) incitent les franchisés à investir dans la machine de coloration et le concept de franchise et, si elles ne sont pas nécessaires à cet effet, contribuent du moins à maintenir l'identité commune et, partant, à compenser l'affaiblissement de la concurrence intramarque. La clause de non-concurrence, qui exclut les autres marques de bonbons dans les magasins pendant toute la durée des accords, permet au franchiseur de maintenir l'uniformité des points de vente et d'empêcher les concurrents de profiter de son enseigne. Elle ne verrouille pas substantiellement le marché puisque de nombreux points de vente potentiels restent disponibles pour les autres fabricants de bonbons. Ces accords de franchise remplissent vraisemblablement les conditions d'exemption énoncées à l'article 101, paragraphe 3, si les engagements qu'ils contiennent relèvent de l'article 101, paragraphe 1.

2.6. *Fourniture exclusive*

(192) La catégorie fourniture exclusive couvre les restrictions qui ont pour trait principal d'obliger ou d'inciter le fournisseur à vendre les produits contractuels uniquement ou principalement à un seul acheteur, en général ou pour un usage particulier. Ces restrictions peuvent prendre la forme d'une obligation de fourniture exclusive, qui contraint le fournisseur à ne vendre le bien contractuel qu'à un seul acheteur à des fins de revente ou pour un usage particulier; elle peut aussi consister en une imposition de quotas au fournisseur, dans le cadre de laquelle le fournisseur et l'acheteur conviennent de mesures d'incitation pour que le fournisseur réalise l'essentiel de ses ventes auprès d'un acheteur. Pour les biens ou services intermédiaires, la fourniture exclusive est souvent appelée fourniture industrielle.

(193) La fourniture exclusive bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation de la fourniture exclusive dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.

(194) Du point de vue de la concurrence, la fourniture exclusive risque surtout de mener à l'éviction anticoncurrentielle d'autres acheteurs. Il y a là une similarité avec les effets possibles de la distribution exclusive, en particulier lorsque le distributeur exclusif devient l'acheteur exclusif pour l'ensemble d'un marché (voir la section 2.2, et notamment le point (156)). La part de marché détenue par l'acheteur sur le marché des achats en amont est à l'évidence un élément important pour apprécier sa capacité d'«imposer» une obligation de fourniture exclusive de nature à empêcher d'autres acheteurs d'accéder aux produits. Le poids de l'acheteur sur le marché en aval est cependant le facteur qui détermine si un problème de concurrence est susceptible de se poser. Si l'acheteur n'a pas de pouvoir de marché en aval, on ne peut s'attendre à aucun effet négatif sensible pour les consommateurs. Des effets négatifs peuvent se produire lorsque la part de marché détenue par l'acheteur sur le marché en aval sur lequel il vend les produits contractuels et sur le marché en amont sur lequel il achète ces produits dépasse 30 %. Lorsque la part détenue par l'acheteur sur le marché en amont n'excède pas 30 %, des effets d'éviction sensibles peuvent toutefois se manifester, surtout si la

part détenue par cet acheteur sur son marché en aval est supérieure à 30 % et si la fourniture exclusive concerne un usage particulier des produits contractuels. Lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché en aval, toute obligation de vendre exclusivement ou principalement ses produits à l'acheteur dominant peut facilement produire des effets anticoncurrentiels significatifs.

- (195) Ce n'est pas seulement la position de l'acheteur sur le marché en amont et en aval qui est importante, mais aussi l'étendue et la durée de l'obligation de fourniture exclusive qu'il applique. Plus la part de marché liée est élevée et la durée de la fourniture exclusive est longue, plus il est probable que le marché sera verrouillé dans une mesure significative. Les accords de fourniture exclusive d'une durée inférieure à cinq ans contractés par des entreprises n'occupant pas une position dominante doivent normalement être appréciés en faisant un bilan entre leurs effets favorables à la concurrence et leurs effets préjudiciables à la concurrence, tandis que, pour la plupart des types d'investissement, des accords d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugés nécessaires pour obtenir les gains d'efficacité allégués ou produisent des gains d'efficacité insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché que ces accords de fourniture exclusive à long terme produisent.
- (196) La position des acheteurs concurrents sur le marché en amont est un élément important, car ils risquent d'être évincés pour des raisons anticoncurrentielles, à savoir pour augmenter leurs coûts, s'ils sont sensiblement plus petits que l'acheteur qui verrouille le marché. Il est peu probable que des acheteurs concurrents soient évincés si ces derniers ont un pouvoir d'achat similaire et peuvent offrir aux fournisseurs des conditions de vente comparables. Dans un tel cas de figure, le risque d'éviction ne pourrait concerner que les entrants potentiels, qui ne peuvent peut-être pas assurer leur approvisionnement lorsqu'un certain nombre de grands acheteurs ont conclu un contrat de fourniture exclusive avec la majorité des fournisseurs sur le marché. Un tel effet cumulatif peut justifier le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie.
- (197) Les barrières à l'entrée au niveau des fournisseurs sont un élément pertinent pour établir s'il y a véritablement verrouillage. Dans la mesure où il est efficace pour les acheteurs concurrents de fournir le bien ou le service eux-mêmes grâce à une intégration verticale en amont, le verrouillage ne devrait pas véritablement faire problème. Toutefois, les barrières à l'entrée sont souvent importantes.
- (198) La possibilité pour les fournisseurs de faire contrepoids est un élément pertinent, car des fournisseurs importants ne se laisseront pas facilement écarter des autres acheteurs. Le risque de verrouillage existe donc surtout lorsque les fournisseurs sont faibles et les acheteurs forts. Si les fournisseurs sont puissants, la fourniture exclusive peut être combinée à une obligation de non-concurrence. Cette combinaison rend les règles définies pour le monomarchisme applicables. Lorsque des investissements propres à la relation contractuelle en question sont nécessaires de part et d'autre (problème lié à la renonciation à certains investissements), la combinaison de la fourniture exclusive et d'une obligation de non-concurrence, c'est-à-dire l'exclusivité réciproque dans les accords de fourniture industrielle, peut souvent être justifiée, en particulier au-dessous du seuil de position dominante.
- (199) Enfin, le stade commercial et la nature du produit sont pertinents pour déterminer s'il y a ou non verrouillage de marché. Les risques de verrouillage anticoncurrentiel sont moins élevés pour un produit intermédiaire ou homogène. D'une part, un fabricant évincé qui utilise un produit intermédiaire donné dispose généralement de plus de souplesse pour répondre à la demande de ses clients que le grossiste ou détaillant pour satisfaire la demande du consommateur final, pour qui les marques peuvent jouer un

rôle important. D'autre part, la perte d'une source d'approvisionnement possible est moins grave pour les acheteurs évincés lorsqu'il s'agit de produits homogènes et non d'un produit hétérogène présentant des qualités et des caractéristiques différentes. Pour les produits finals de marque ou les produits intermédiaires différenciés pour lesquels il existe des barrières à l'entrée, la fourniture exclusive peut produire des effets anticoncurrentiels sensibles lorsque les acheteurs concurrents sont plus petits que l'acheteur qui verrouille le marché, même si ce dernier n'occupe pas une position dominante sur le marché en aval.

(200) On peut s'attendre à des gains d'efficacité dans le cas de la renonciation à certains investissements (point (107), d) et e)), et de tels gains d'efficacité sont plus probables pour des produits intermédiaires que pour des produits finals. Les autres gains d'efficacité sont moins probables. Les économies d'échelle éventuelles dans la distribution (point (107), g)) ne semblent pas pouvoir justifier la fourniture exclusive.

(201) Dans le cas de la renonciation à certains investissements et, plus encore, dans le cas de la réalisation d'économies d'échelle au niveau de la distribution, l'imposition de quotas au fournisseur, comme par exemple, un engagement de fourniture minimale pourrait bien s'avérer une solution moins restrictive.

(202) Exemple de fourniture exclusive.

Sur le marché d'un certain type de composants (produits intermédiaires), le fournisseur A convient avec l'acheteur B de développer, avec son propre savoir-faire et grâce à des investissements considérables dans de nouvelles machines et sur la base de spécifications fournies par B, une version différente de ce composant. B devra effectuer des investissements considérables pour incorporer ce nouveau composant. Il est convenu que A ne fournira le nouveau produit qu'à l'acheteur B pendant une période de cinq ans à compter de la date de sa première commercialisation. B ne peut acheter le nouveau produit qu'après de A pendant la même période de cinq ans. A et B peuvent continuer à vendre, et à acheter, les autres versions du composant auprès d'autres opérateurs. La part de marché détenue par l'acheteur B sur le marché en amont des composants et sur le marché en aval des biens finals est de 40 %. La part de marché détenue par le fournisseur de composants est de 35 %. Il existe deux autres fournisseurs de composants, dont la part de marché tourne autour de 20-25 %, et plusieurs autres, d'une taille plus petite.

Vu l'importance des investissements, l'accord remplit vraisemblablement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, en raison des gains d'efficacité et de son effet d'éviction limité. D'autres acheteurs ne peuvent pas se procurer une version particulière du produit du fournisseur A, dont la part de marché s'élève à 35 % et d'autres fournisseurs de composants pourraient développer des produits similaires. L'impossibilité à laquelle se heurtent d'autres fournisseurs de satisfaire une partie de la demande émanant de l'acheteur B ne porte au plus que sur 40 % du marché.

2.7. *Redevances d'accès payables d'avance*

(203) Les redevances d'accès payables d'avance sont des redevances fixes versées par les fournisseurs aux distributeurs dans le cadre d'une relation verticale, au début d'une certaine période, pour pouvoir accéder à leur réseau de distribution et rémunérer les services que leur assurent les détaillants. Cette catégorie recouvre diverses pratiques, telles que les primes d'allocation d'espace («slotting allowances»)⁵⁵, les redevances dites

⁵⁵

Redevances fixes que les fabricants versent aux détaillants pour accéder à leurs rayonnages.

«de maintien» («pay-to-stay fees»)⁵⁶, les paiements pour avoir accès aux campagnes de promotion d'un distributeur, etc. Les redevances d'accès payables d'avance bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des redevances d'accès payables d'avance dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.

- (204) Les redevances d'accès payables d'avance peuvent parfois conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres distributeurs si elles incitent le fournisseur à écouler ses produits par l'intermédiaire d'un seul distributeur ou d'un nombre limité de distributeurs. Une redevance élevée peut pousser un fournisseur à chercher à écouler une part importante de ses ventes par l'intermédiaire du distributeur concerné afin de couvrir le coût de la redevance. Dans un tel cas, les redevances d'accès payables d'avance peuvent avoir le même effet d'éviction en aval qu'une obligation de type fourniture exclusive. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue par analogie avec celle des obligations de fourniture exclusive (voir en particulier les points (194) à (199)).
- (205) À titre exceptionnel, les redevances d'accès payables d'avance peuvent aussi conduire à une éviction anticoncurrentielle d'autres fournisseurs, si leur utilisation répandue renforce les barrières à l'entrée pour les nouveaux entrants de petite taille. L'appréciation de cet effet négatif possible s'effectue par analogie avec celle des obligations de monomarchisme (voir en particulier les points (132) à (141)).
- (206) Outre les effets d'éviction possibles, les redevances d'accès payables d'avance pourraient atténuer la concurrence et faciliter la collusion entre distributeurs. Ces redevances sont susceptibles d'augmenter le prix pratiqué par le fournisseur pour les produits contractuels, dans la mesure où ce dernier doit couvrir les dépenses liées à ces redevances. Des prix supérieurs au niveau du fournisseur peuvent limiter l'intérêt des détaillants à se faire concurrence par les prix sur le marché en aval, alors que les bénéfices des distributeurs augmentent du fait des redevances d'accès. Cette atténuation de la concurrence entre distributeurs par l'utilisation cumulative des redevances d'accès payables d'avance ne peut normalement exister que si le marché de la distribution est fortement concentré.
- (207) Toutefois, l'utilisation des redevances d'accès payables d'avance peut, dans de nombreux cas, contribuer à l'attribution efficace de rayonnage aux nouveaux produits. Les distributeurs sont souvent moins bien informés que les fournisseurs quant au potentiel de succès de nouveaux produits à lancer sur le marché et, de ce fait, la quantité de produits à stocker peut ne pas être optimale. Les redevances d'accès payables d'avance peuvent être utilisées pour réduire cette asymétrie en termes d'information entre les fournisseurs et les distributeurs, en permettant explicitement aux fournisseurs de se faire concurrence pour obtenir de l'espace sur les rayonnages. Le distributeur peut ainsi être averti des produits qui sont les plus susceptibles d'avoir du succès, car un fournisseur n'acceptera normalement de payer une redevance d'accès payable d'avance que s'il estime que la probabilité d'échec du lancement de son produit est faible.
- (208) En outre, en raison de l'asymétrie des informations mentionnée au point (207), les fournisseurs peuvent être incités à détourner à leur profit les efforts promotionnels des distributeurs pour lancer sur le marché des produits qui ne sont pas optimaux. Si un produit ne rencontre pas de succès, les distributeurs paieront une partie des coûts de

⁵⁶ Sommes forfaitaires versées pour prolonger la durée de présence d'un produit sur un rayonnage.

l'échec. Le recours à des redevances d'accès payables d'avance peut empêcher ce type de détournement en réorientant le risque d'échec du produit vers les fournisseurs, ce qui contribue à un taux d'introduction de nouveaux produits optimal.

2.8. *Accords de gestion par catégorie*

(209) Les accords de gestion par catégorie sont des accords par lesquels, dans le cadre d'un accord de distribution, le distributeur confie au fournisseur (le «capitaine de catégorie») la commercialisation d'une catégorie de produits incluant, en général, non seulement les produits du fournisseur, mais aussi ceux de ses concurrents. Le capitaine de catégorie peut ainsi avoir une influence sur, par exemple, le choix, le placement et la promotion des produits vendus dans le magasin. Ces accords bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas 30 %. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des accords de gestion par catégorie dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.

(210) Si, dans la plupart des cas, les accords de gestion par catégorie ne posent pas de problème, ils peuvent parfois fausser la concurrence entre fournisseurs et, en fin de compte, conduire à une exclusion anticoncurrentielle d'autres fournisseurs si le capitaine de catégorie est en mesure, en raison de son influence sur les décisions de commercialisation du distributeur, de limiter ou de désavantager la distribution des produits de fournisseurs concurrents. Si, en règle générale, le distributeur n'a probablement pas intérêt à limiter son choix de produits, lorsqu'il vend aussi des produits concurrents sous sa propre marque (marques de distributeur), il peut être incité à exclure certains fournisseurs, en particulier ceux fournissant des produits de gamme intermédiaire. L'appréciation d'un tel effet d'éviction en amont s'effectue par analogie avec celle des obligations de monomarchisme (voir en particulier les points (132) à (141)), sur la base d'éléments tels que la couverture de marché de ces accords, la position sur le marché détenue par les fournisseurs concurrents et l'éventuelle utilisation cumulative d'accords de ce type.

(211) Par ailleurs, les accords de gestion par catégorie peuvent faciliter la collusion entre distributeurs lorsqu'un même fournisseur sert de capitaine de catégorie pour l'ensemble ou la majorité des distributeurs concurrents sur un marché donné et constitue pour ces derniers un point de référence commun pour leurs décisions de commercialisation.

(212) Les accords de gestion par catégorie peuvent aussi faciliter la collusion entre fournisseurs en augmentant les possibilités qui s'offrent à eux de s'échanger, par l'intermédiaire des détaillants, des informations sensibles sur le marché, telles que, par exemple des informations sur les prix, les plans promotionnels ou les campagnes de publicité à venir⁵⁷.

(213) Toutefois, le recours à des accords de gestion par catégorie peut aussi entraîner des gains d'efficacité. Ces accords peuvent permettre aux distributeurs de bénéficier de l'expertise du fournisseur en matière de commercialisation d'un certain groupe de produits et de réaliser des économies d'échelle, en garantissant la présentation, au bon moment et directement sur les rayonnages, d'une quantité optimale de produits. La gestion par catégorie étant fondée sur les habitudes des clients, les accords de gestion par catégorie sont susceptibles d'aboutir à une plus grande satisfaction des clients, car ils contribuent à mieux répondre à leurs attentes. En règle générale, plus la concurrence

⁵⁷ Les échanges d'informations directs entre concurrents ne sont pas couverts par le règlement d'exemption par catégorie, voir l'article 2, paragraphe 4, dudit règlement et les points (27) et (28) des présentes lignes directrices.

intermarques est rude et plus les coûts de changement d'enseigne sont faibles pour les consommateurs, plus la gestion par catégorie est susceptible de générer des gains d'efficience sur le plan économique.

2.9. *Vente liée*

(214) On parle de vente liée lorsque les clients qui achètent un produit (le produit liant) sont également tenus d'en acheter un autre, distinct (le produit lié), auprès du même fournisseur ou de quelqu'un désigné par celui-ci. La vente liée peut constituer un abus au sens de l'article 102⁵⁸. Une vente liée peut également constituer une restriction verticale relevant de l'article 101 lorsqu'il en résulte une obligation du type monomarquisme (voir les points (129) à (150)) pour le produit lié. Seule cette dernière situation est couverte par les présentes lignes directrices.

(215) Pour déterminer si des produits sont distincts, il y a lieu d'examiner la demande des clients. Deux produits sont distincts si, en l'absence de vente liée, un grand nombre de clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, ce qui permet aux deux produits d'être fabriqués d'une manière autonome⁵⁹. Parmi les éléments démontrant que deux produits sont distincts figurent les preuves directes que les clients, s'ils ont le choix, achètent le produit liant et le produit lié séparément auprès de sources d'approvisionnement différentes, ou des preuves indirectes, telles que la présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la production ou la vente du produit lié sans le produit liant⁶⁰, ou encore des éléments indiquant que les entreprises ne jouissant que d'un pouvoir de marché limité, en particulier sur des marchés concurrentiels, ont tendance à ne pas lier ni grouper les produits en question. Par exemple, le souhait des consommateurs étant d'acheter des chaussures avec lacets et compte tenu du fait qu'il n'est pas pratique pour les distributeurs de lacer de nouvelles chaussures avec les lacets de leur choix, l'usage commercial veut que les fabricants de chaussures fournissent les chaussures avec lacets. La vente de chaussures avec lacets n'est par conséquent pas une vente liée.

(216) Une vente liée peut avoir des effets d'éviction anticoncurrentiels sur le marché lié, le marché liant, ou les deux marchés à la fois. L'effet d'éviction dépend du pourcentage des ventes totales qui sont liées sur le marché du produit lié en question. Pour déterminer ce qu'il convient de considérer comme un verrouillage sensible susceptible de relever de l'article 101, paragraphe 1, l'analyse relative au monomarquisme peut être appliquée. Lier les ventes revient à imposer à l'acheteur au moins une certaine forme de quota d'achat pour le produit lié. Si une obligation de non-concurrence est en outre contractée pour le produit lié, la possibilité que des effets d'éviction se manifestent sur le marché du produit lié est accrue. La vente liée peut affaiblir la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié, mais pas le produit liant. Si le nombre de clients achetant uniquement le produit lié n'est pas suffisant pour soutenir les concurrents du fournisseur sur le marché lié, la vente liée peut exposer ces clients à des prix plus élevés. Si le produit lié constitue un produit complémentaire important pour les acheteurs du produit liant, une diminution du nombre d'autres fournisseurs possibles pour le produit

⁵⁸ Arrêt de la Cour de justice du 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commission* (C-333/94 P, Recueil 1996, p. I-5951) point 37. Voir aussi la communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (JO C 45 du 24.2.2009, p. 7).

⁵⁹ Arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007, *Microsoft/Commission* (T-201/04, Recueil 2007, p. II-3601), points 917, 921 et 922.

⁶⁰ Arrêt du Tribunal du 12 décembre 1991, *Hilti AG/Commission* (T-30/89, Recueil 1991, p. II-1439) point 67.

lié et, partant, la raréfaction de ce produit peuvent rendre l'entrée sur le seul marché liant plus difficile.

- (217) La vente liée peut aussi aboutir directement à des prix au-dessus du niveau concurrentiel, en particulier dans trois situations. Premièrement, si le produit liant et le produit lié peuvent être utilisés dans des proportions variables comme intrants dans un processus de production, les clients peuvent réagir à une hausse du prix du produit liant en augmentant leur demande pour le produit lié et en la réduisant pour le produit liant. En liant les deux produits, le fournisseur peut chercher à éviter cette substitution de manière à pouvoir relever ses prix. Deuxièmement, lorsqu'une vente liée permet de pratiquer une discrimination par les prix en fonction de l'usage fait par le client du produit liant, par exemple le fait de lier la vente de cartouches d'encre à la vente de photocopieuses. Troisièmement, dans le cas de contrats à long terme ou dans le cas de marchés secondaires pour l'équipement d'origine à longue durée de vie, où il est difficile pour les clients de calculer les conséquences de la vente liée.
- (218) Les ventes liées bénéficient de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 30 % sur le marché du produit lié et sur celui du produit liant et que celle de l'acheteur ne dépasse pas 30 % sur les marchés en cause situés en amont. La vente liée peut être combinée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas des restrictions caractérisées au sens du règlement d'exemption par catégorie, telles qu'une clause de non-concurrence ou un quota d'achat concernant le produit liant, ou un approvisionnement exclusif. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des ventes liées dans les cas individuels où ce seuil est dépassé.
- (219) La position du fournisseur sur le marché du produit liant est à l'évidence un facteur particulièrement important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels. En général, ce type d'accord est imposé par le fournisseur. Le poids du fournisseur sur le marché du produit liant est la raison principale pour laquelle il peut être difficile pour un acheteur de refuser une obligation de vente liée.
- (220) Pour apprécier le pouvoir de marché du fournisseur, la position de ses concurrents sur le marché du produit liant est importante. Tant que ces concurrents sont suffisamment nombreux et puissants, des effets anticoncurrentiels sont improbables, car les acheteurs auront suffisamment d'autres possibilités d'acheter le produit liant sans le produit lié, à moins que d'autres fournisseurs ne pratiquent une vente liée similaire. Par ailleurs, les barrières à l'entrée sur le marché du produit liant sont à prendre en considération pour établir la position du fournisseur sur le marché. Lorsqu'une vente liée est combinée à une obligation de non-concurrence pour le produit liant, la position du fournisseur s'en trouve considérablement renforcée.
- (221) La puissance d'achat est un élément pertinent, car des acheteurs puissants n'accepteront pas facilement une vente liée sans profiter d'une partie au moins des gains d'efficacité éventuels. Par conséquent, les ventes liées qui ne sont pas fondées sur un gain d'efficacité constituent surtout un risque lorsque les acheteurs n'ont pas de puissance d'achat significative.

(222) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question se pose de savoir si les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. Une obligation de vente liée peut contribuer à la réalisation de gains d'efficacité grâce à une production conjointe ou à une distribution conjointe. Si le produit lié n'est pas fabriqué par le fournisseur, l'achat par ce dernier de quantités élevées de ce produit peut entraîner des gains d'efficacité. La vente liée ne peut toutefois remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, que s'il est démontré qu'une partie au moins de ces réductions de coûts est répercutée sur le consommateur, ce qui n'est normalement pas le cas lorsque le détaillant peut se procurer régulièrement des produits identiques ou équivalents aux mêmes conditions ou à des conditions meilleures que celles offertes par le fournisseur pratiquant la vente liée. Un autre gain d'efficacité peut exister lorsque la vente liée contribue à assurer une certaine uniformité et une certaine normalisation de la qualité (voir le point 107, i)). Cependant, il convient de démontrer que ces effets positifs ne pourraient pas être obtenus avec la même efficacité en imposant à l'acheteur l'obligation d'utiliser ou de revendre des produits satisfaisant à des normes de qualité minimales sans l'obliger à acquérir ces produits auprès du fournisseur ou de quelqu'un désigné par ce dernier. Les exigences relatives aux normes de qualité minimales ne relèvent normalement pas de l'article 101, paragraphe 1. Dans le cas où le fournisseur du produit lié impose à l'acheteur les fournisseurs auprès desquels il doit acheter le produit lié, par exemple parce qu'il n'est pas possible de formuler des normes de qualité minimales, cette pratique peut elle aussi ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1, en particulier si le fournisseur du produit lié ne tire pas un avantage (financier) direct de la désignation des fournisseurs du produit lié.

2.10. *Restrictions concernant le prix de vente*

(223) Ainsi qu'il est expliqué à la section III.3, les prix de vente imposés, c'est-à-dire les accords ou pratiques concertées ayant directement ou indirectement pour objet l'établissement d'un prix de vente fixe ou minimal ou d'un niveau de prix de vente fixe ou minimal que l'acheteur doit appliquer, sont considérés comme des restrictions caractérisées. Si un accord inclut des prix de vente imposés, cet accord est présumé restreindre la concurrence, et donc relève de l'article 101, paragraphe 1. Il est également présumé qu'il est peu probable que cet accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, auquel cas l'exemption par catégorie ne s'applique pas. Toutefois, les entreprises ont la possibilité de se défendre en faisant valoir des gains d'efficacité au sens de l'article 101, paragraphe 3, dans un cas donné. Il incombe aux parties de démontrer qu'il est probable que des gains d'efficacité résultent de l'introduction de prix de vente imposés dans l'accord et que toutes les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies. Il revient alors à la Commission d'apprécier effectivement les effets négatifs probables sur la concurrence et les consommateurs avant de statuer sur la question de savoir si les conditions de l'article 101, paragraphe 3, sont remplies.

(224) Les prix de vente imposés peuvent restreindre la concurrence de plusieurs manières. Premièrement, ils peuvent faciliter la collusion entre fournisseurs en améliorant la transparence des prix sur le marché, ce qui permet de détecter plus aisément si un fournisseur s'écarte de l'équilibre collusif en baissant son prix. Les prix de vente imposés limitent aussi l'intérêt que le fournisseur aurait à réduire le prix qu'il pratique à l'égard de ses distributeurs, car le prix de vente fixé l'empêchera de profiter d'un accroissement des ventes. Cet effet négatif est particulièrement plausible lorsque le marché est enclin aux collusions, par exemple si les fabricants forment un oligopole restreint, et qu'une partie importante du marché est couverte par des prix de vente

imposés. Deuxièmement, en éliminant la concurrence intramarque par les prix, les prix de vente imposés peuvent aussi faciliter la collusion entre les acheteurs, c'est-à-dire au niveau de la distribution. Des distributeurs puissants ou bien organisés peuvent être en mesure de forcer ou d'inciter un ou plusieurs fournisseurs à fixer leur prix de vente au-dessus du niveau concurrentiel et, ce faisant, les aider à instaurer ou à stabiliser un équilibre collusoire. L'affaiblissement de la concurrence par les prix qui en résulte semble particulièrement problématique lorsque les prix imposés sont suggérés par les acheteurs, dont on peut s'attendre à ce que les intérêts horizontaux collectifs portent atteinte à ceux des consommateurs. Troisièmement, les prix de vente imposés peuvent plus généralement atténuer la concurrence entre les producteurs et/ou entre les détaillants, en particulier lorsque les producteurs passent par les mêmes distributeurs pour distribuer leurs produits et que des prix de vente imposés sont appliqués par l'ensemble ou une grande partie d'entre eux. Quatrièmement, les prix de vente imposés auront pour effet immédiat que tous les distributeurs, ou certains d'entre eux, se verront empêchés de baisser leurs prix de vente pour la marque concernée. En d'autres termes, l'effet direct des prix de vente imposés est une hausse de prix. Cinquièmement, les prix de vente imposés peuvent atténuer la pression sur la marge bénéficiaire du fabricant, en particulier lorsque celui-ci a un problème dit «d'engagement», c'est-à-dire lorsqu'il a intérêt à baisser le prix pratiqué à l'égard de distributeurs subséquents. Dans un tel cas de figure, le fabricant peut préférer accepter des prix imposés pour lui permettre de s'engager à ne pas baisser le prix pour les distributeurs subséquents et pour réduire la pression sur sa propre marge. Sixièmement, un fabricant disposant d'un pouvoir de marché peut recourir aux prix de vente imposés pour évincer du marché des concurrents plus petits. La marge supérieure que les prix de vente imposés sont susceptibles de garantir aux distributeurs peut inciter ces derniers à recommander aux clients la marque en question plutôt que d'autres marques concurrentes, même si ce conseil n'est pas dans l'intérêt de ces clients, ou à ne pas vendre du tout les marques concurrentes. Enfin, les prix de vente imposés peuvent réduire le dynamisme et l'innovation au niveau de la distribution. En empêchant la concurrence par les prix entre différents distributeurs, les prix de vente imposés peuvent empêcher des détaillants plus efficaces d'entrer sur le marché ou de parvenir à une taille critique grâce à des prix inférieurs. Ils peuvent aussi empêcher ou gêner l'introduction et l'expansion de modes de distribution fondés sur des prix peu élevés, tels que les magasins discount.

(225) Toutefois, les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficacité, qui seront appréciés conformément à l'article 101, paragraphe 3. En particulier lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles, pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît, pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de vente et, si les distributeurs sur ce marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également⁶¹. De même, des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximum, peuvent être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un

⁶¹ En supposant que le fournisseur n'ait pas la possibilité en pratique d'imposer à tous les acheteurs, par voie de contrat, des obligations de promotion effective; voir aussi le point (107), a).

format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs. Parfois, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes. Si un nombre suffisant de clients s'appuient sur ces services pour faire leur choix, mais achètent ensuite les produits à un prix plus bas à des détaillants qui ne fournissent pas ces services (et, de ce fait, n'en supportent pas les coûts), les détaillants offrant un haut niveau de service peuvent réduire ou supprimer ces services qui augmentent la demande pour le produit du fournisseur. Les prix de vente imposés peuvent contribuer à prévenir un tel parasitisme au niveau de la distribution. Les parties devront démontrer à suffisance qu'il peut être attendu des prix de vente imposés que non seulement ils donnent les moyens de surmonter un éventuel parasitisme entre les détaillants sur ces services, mais aussi qu'ils incitent à le faire, et que les services de prévente profitent globalement aux consommateurs, comme élément de la démonstration du respect de toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

- (226) La pratique qui consiste à conseiller un prix de vente à un revendeur ou à exiger d'un revendeur qu'il respecte un prix de vente maximal est couverte par le règlement d'exemption par catégorie lorsque la part de marché de chacune des parties à l'accord n'excède pas le seuil de 30 %, à condition que cela n'équivaille pas à un prix de vente minimum ou fixe sous l'effet de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle. Le reste de la présente section donne des orientations pour l'appréciation des prix de vente maximaux ou recommandés dans les cas individuels où ce seuil est dépassé et pour les cas de retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie.
- (227) Du point de vue de la concurrence, les prix maxima et conseillés risquent de fonctionner comme point de convergence pour les revendeurs et d'être suivis par la plupart, voire la totalité d'entre eux et/ou ils sont susceptibles d'atténuer la concurrence ou de faciliter la collusion entre les fournisseurs.
- (228) Un élément important pour apprécier les éventuels effets anticoncurrentiels d'un prix de vente maximal ou conseillé est la position du fournisseur sur le marché. Plus cette position est forte, plus le risque est grand qu'un prix de vente maximal ou conseillé mène à l'application plus ou moins uniforme de ce niveau de prix par les revendeurs parce qu'ils pourraient s'en servir comme point de convergence. Les revendeurs pourraient estimer qu'il est difficile de s'écarter de ce qu'ils perçoivent comme le prix de vente privilégié proposé par un fournisseur tellement important sur le marché.
- (229) Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie dans le cas de prix de vente maximum ou conseillés, la question se pose d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 101, paragraphe 3. Pour les prix de vente maxima, le gain d'efficacité décrit au point (107), f) (éviter une double marginalisation) peut être particulièrement pertinent. Un prix de vente maximal peut aussi contribuer à garantir que la marque en question tienne mieux tête à ses concurrentes, y compris les propres marques de distributeur, distribuées par le même distributeur.

Jurisprudence

Cour de cassation

Cass. com., 3 nov. 1992 n°90-18547

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses trois branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 mai 1990), que, le 2 octobre 1970, la Société française des pétroles BP (société BP) a conclu avec M. X... un contrat de distributeur agréé, pour une durée de 15 années, prenant effet le 25 mars 1971 ; que, par avenant du 14 octobre 1981, le contrat a été prorogé jusqu'au 31 décembre 1988 ; qu'en 1983, les prix de vente des produits pétroliers au détail ont été libérés ; que M. X..., se plaignant de ce que, en dépit de l'engagement de la société BP de l'intégrer dans son réseau, cette dernière ne lui a pas donné les moyens de pratiquer des prix concurrentiels, l'a assignée en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société BP reproche à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande à concurrence de 150 000 francs, alors, selon le pourvoi, d'une part, que, dans son préambule, l'accord de distributeur agréé du 2 octobre 1970 prévoyait que la société BP devrait faire bénéficier M. X... de diverses aides " dans les limites d'une rentabilité acceptable " ; qu'en jugeant dès lors que la société BP était contractuellement tenue d'intégrer M. X... dans son réseau en lui assurant une rentabilité acceptable, la cour d'appel a dénaturé cette clause stipulée au profit de la société pétrolière et non à celui de son distributeur agréé, en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, d'autre part, que nul ne peut se voir imputer une faute contractuelle de nature à engager sa responsabilité sans que soit établie l'existence d'une inexécution de ses obligations contenues dans le contrat ; qu'en ne retenant à l'encontre de la société BP que le seul grief de n'avoir pas recherché un accord de coopération commerciale avec son distributeur agréé, M. X..., la cour d'appel n'a relevé à son encontre aucune violation de ses obligations contractuelles et ne pouvait dès lors juger qu'elle avait commis une faute contractuelle dont elle devait réparer les conséquences dommageables, en violation de l'article 1147 du Code civil ; et alors, enfin, que nul ne peut être tenu pour responsable du préjudice subi par son cocontractant lorsque ce préjudice trouve sa source dans une cause étrangère qui ne peut lui être imputée ; qu'en jugeant dès lors que la société BP devait être tenue pour contractuellement responsable du préjudice invoqué par M. X..., préjudice

tenant aux difficultés consécutives à l'impossibilité pour ce dernier de faire face à la concurrence, après avoir pourtant constaté qu'elle était néanmoins tenue, en raison de la politique des prix en matière de carburants, de lui vendre ceux-ci au prix qu'elle pratiquait effectivement, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations de fait, en violation des articles 1147 et 1148 du Code civil;

Mais attendu, en premier lieu, que l'arrêt ne dit pas que la société BP était tenue d'intégrer M. X... dans son réseau " en lui assurant une rentabilité acceptable " ;

Attendu, en second lieu, qu'ayant relevé que le contrat contenait une clause d'approvisionnement exclusif, que M. X... avait effectué des travaux d'aménagement dans la station-service, et que " le prix de vente appliqué par la société BP à ses distributeurs agréés était, pour le supercarburant et l'essence, supérieur à celui auquel elle vendait ces mêmes produits au consommateur final par l'intermédiaire de ses mandataires ", l'arrêt retient que la société BP, qui s'était engagée à maintenir dans son réseau M. X..., lequel n'était pas obligé de renoncer à son statut de distributeur agréé résultant du contrat en cours d'exécution pour devenir mandataire comme elle le lui proposait, n'est pas fondée à soutenir qu'elle ne pouvait, dans le cadre du contrat de distributeur agréé, approvisionner M. X... à un prix inférieur au tarif " pompiste de marque ", sans enfreindre la réglementation, puisqu'il lui appartenait d'établir un accord de coopération commerciale entrant " dans le cadre des exceptions d'alignement ou de pénétration protectrice d'un détaillant qui ont toujours été admises " ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi;

D'où il suit que le moyen, qui manque en fait dans sa première branche, est mal fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Cass. com., 4 janv. 1994, n°91-18170

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt déferé, que la société Fiat auto France (la société Fiat) a notifié, le 25 juin 1984, à la société Cachia holding et à la société anonyme Les Garages Cachia (la société Cachia) son refus de conclure un nouveau contrat de concession exclusive ; que la société Cachia, concessionnaire depuis 1963 de la vente de véhicules Fiat pour le département de la Seine-Saint-Denis par l'effet de contrats d'une durée d'un an sans tacite reconduction, a assigné la société Fiat devant le tribunal de commerce de Paris en dommages-intérêts pour refus abusif de contracter

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que, pour condamner la société Fiat à payer à la société Cachia une indemnité provisionnelle et ordonner une expertise afin de déterminer l'étendue du préjudice subi par cette dernière, la cour d'appel a relevé que la société Fiat n'avait accepté de renouveler le contrat de concession pour 1983, alors que la société Cachia était également concessionnaire d'autres marques, qu'à la condition que soient mises en place des organisations commerciales séparées ; que la société Cachia, pour satisfaire cette exigence, a entrepris d'importants travaux que le concédant a constatés sans réserves le 1er juillet 1983 ; qu'un tel comportement caractérisait, à l'encontre de la société Fiat, un usage abusif du droit de ne pas contracter ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que, s'agissant d'un contrat conclu pour une durée déterminée qui avait été dénoncé avant son expiration dans le délai contractuellement prévu, le concédant n'avait pas à tenir compte des investissements réalisés par le concessionnaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Et sur le premier moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 1134, ensemble l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que, pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel a également relevé que, selon des attestations produites par la société Cachia, la société Fiat a entendu faire de la cessation de ses relations commerciales avec celle-ci un exemple visant à montrer au sein de son réseau qu'elle était déterminée à sanctionner ceux de ses revendeurs qui procéderaient à des réexportations de véhicules neufs à destination de l'Italie ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le concédant n'est pas tenu de motiver sa décision de ne pas conclure un nouveau contrat de concession, 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 le second moyen:

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 13 mai 1991, 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 Rouen.

Cass. com., 5 avr. 1994, n°92-17278

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu, selon l'arrêt déferé (Paris, 22 mai 1992), que la société Etablissements Gauthier (société Gauthier) était, depuis 1963, en vertu de contrats à durée déterminée, renouvelés annuellement, concessionnaire de la société Vag France ; que, le 15 avril 1986, les parties ont conclu un contrat de concession exclusive à durée indéterminée, prenant effet le 1er janvier précédent et prévoyant, en cas de résiliation, un préavis d'une année ; que, le 28 janvier 1988, la société Vag France a résilié le contrat avec effet au 31 janvier

1989 ; que la société Gauthier a assigné son ancien concédant en paiement de dommages-intérêts pour rupture abusive de contrat ;

Attendu que la société Vag France reproche à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en vertu de l'article 1315 du Code civil, il incombe au demandeur qui se prévaut de l'abus de droit d'en rapporter la preuve ; qu'en retenant, pour accueillir la demande du concessionnaire, que la société Vag France ne prouvait pas qu'elle ait eu à se plaindre de l'action de celui-ci et ne justifiait pas en quoi son remplacement était nécessaire, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé le texte susvisé ; et alors, d'autre part, que, s'agissant d'un contrat de concession exclusive à durée indéterminée, résilié avec un préavis d'un an dans le respect des stipulations contractuelles, le concédant n'avait pas à motiver sa décision d'y mettre fin ; que, dès lors, ni l'absence de griefs établis imputables à la société Gauthier ni le fait que la société Vag France n'avait pas fait connaître ses intentions au moment de la signature des annexes pour l'année 1988, qui sont les seuls éléments relevés par la cour d'appel, ne caractérisent l'abus retenu par les juges à l'encontre de la société concédante dans l'exercice de son droit de résiliation ; qu'en se déterminant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé à bon droit que la société Vag France " pouvait résilier le contrat sans donner de motifs, mais à la condition que cette résiliation n'ait pas un caractère abusif ", l'arrêt retient que la société Gauthier a consenti, " à la demande de la société Vag France ", d'importants efforts d'investissement et de publicité, que la société Vag France prétend faussement avoir, en rompant, " prévenu les propres intentions de la société Gauthier qui souhaitait se désengager ", et qu'il n'est même pas soutenu que le 8 janvier 1988, date du renouvellement des annexes pour l'année 1988, la société Vag France ait fait connaître à la société Gauthier son intention de rompre leurs relations, ce qu'elle a pourtant fait 20 jours après, décision qui, " visant un concessionnaire ancien et des plus importants, ne pouvait pourtant avoir été prise que de longue date ", de telle sorte que le concédant a " manqué de loyauté " en n'informant pas de ses intentions la société Gauthier " qui n'avait pas démerité " ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a pu estimer que la société Vag France avait fait dégénérer en abus son droit de résiliation ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi.

Cass. com., 2 déc. 1997, n°95-21563

La Cour (...)

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué que la société Audreco Conception a assigné la société Atlantique Formation avec laquelle elle avait conclu un contrat de franchisage aux termes duquel la seconde s'engageait à lui

verser une redevance annuelle égale au tiers du chiffre d'affaires en lui réclamant le paiement de diverses sommes; que la société Atlantique Formation a reconventionnellement demandé que soit constatée la nullité du contrat et que diverses sommes lui soient payées ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société Audreco Conception fait grief à l'arrêt d'avoir prononcé la nullité du contrat et de l'avoir condamnée au paiement d'une certaine somme alors, selon le pourvoi, que dans ses conclusions d'appel, elle faisait valoir que "l'obligation d'information prévue par la loi du 31 décembre 1989 n'avait pas lieu d'être dans la mesure où l'opération voulue par les parties reposait sur la création de deux sociétés nouvelles, Audreco Conception et Atlantique formation, pour mettre en oeuvre des méthodes pédagogiques développées par elle. Il n'était donc pas question de créer un réseau, aucun droit d'entrée n'était prévu, aucune obligation n'était imposée quant à la publicité";

qu'il s'agissait là d'un moyen pertinent de nature à influencer sur la solution du litige, dès lors qu'il tendait à exclure l'application des dispositions légales et réglementaires auxquelles elle aurait manqué;

qu'en omettant d'y procéder, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu qu'en retenant que le contrat conclu entre les deux sociétés relevait des obligations définies par la loi du 31 décembre 1989 et le décret du 4 janvier 1991, la cour d'appel n'avait pas à répondre aux conclusions inopérantes prises de ce que l'obligation d'information préalable du franchisé n'avait pas lieu d'être dès lors que le contrat liait deux sociétés nouvelles et que la création d'un réseau n'était pas prévue ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles 1116 du Code civil ;

Attendu que pour prononcer l'annulation du contrat, l'arrêt énonce que "le non-respect par la société Audreco Conception de son obligation d'information pré-contractuelle est constitutif du dol prévu par l'article 1116 du Code civil" ;

Attendu qu'en se déterminant par un tel motif sans caractériser un comportement du franchiseur ayant conduit le franchisé à être abusé sur les conditions réelles dans lesquelles il était amené à contracter, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés ;

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 11 octobre 1995, 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. soc., 9 avr. 1998, n°96-40124

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 6 novembre 1995), que M. X... était salarié depuis 1962 de la société Genty, puis de la société Sodigral pour laquelle il occupait, en 1989, les fonctions de chef de magasin;

que cette même année un protocole d'accord a mis fin à son contrat de travail;

que la société AS Distribution, dont M. X... était gérant minoritaire, a pris alors en location-gérance le magasin de Saint-Martin-Le-Vinoux de la société Sodigral et a passé un contrat d'affiliation avec cette société;

qu'en octobre 1992, la société AS Distribution a été mise en liquidation judiciaire;

que M. X... a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification des contrats d'affiliation et de location-gérance en contrat de travail ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt, rendu sur contredit, d'avoir confirmé l'incompétence de la juridiction prud'homale et rejeté ses demandes, alors, selon le moyen, d'une part, que la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail en refusant de faire application de ces dispositions au cas d'espèce, en retenant qu'il n'existe plus aucun lien juridique entre la société Sodigral et M. X... et que l'article L. 781-1 du Code du travail ne pouvait s'appliquer au contrat conclu entre deux personnes morales;

et alors, d'autre part, que la structure juridique de la société AS Distribution n'excluait pas au profit de M. X... l'application des dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail et qu'il existait encore un lien juridique entre la société Sodigral et M. X... ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les contrats d'affiliation et de location-gérance n'avaient pas été conclus par la société Sodigral avec M. X... mais avec la SARL AS Distribution dont M. X... était gérant;

qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. civ. 1ère, 13 oct. 1998, n°96-21485

La Cour (...)

Attendu que, exerçant depuis le 1er juillet 1980 la profession de médecin anesthésiste-réanimateur au sein de la Clinique des Ormeaux au Havre, M. X... s'est vu consentir, par un contrat du 30 janvier 1986, à compter du 1er janvier 1986, en même temps que d'autres anesthésistes avec lesquels il était associé au sein d'une société civile de moyens, dite Groupement médical anesthésique des Ormeaux, dit GMAO, l'exclusivité des actes de sa spécialité pour une durée de trente ans ; qu'il a acquis en contrepartie des actions de la société anonyme Clinique des Ormeaux (la Clinique) ; qu'après l'avoir convoqué à la réunion du conseil d'administration du 27 janvier 1995, pour l'entendre sur son comportement professionnel, la Clinique lui a notifié, par une lettre du 30

janvier 1995, sa décision de mettre un terme à leurs relations contractuelles après un préavis de six mois ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal de M. X..., pris en ses deux branches:

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt attaqué (Rouen, 11 septembre 1996), de l'avoir débouté de ses demandes tendant à voir déclarer abusive la rupture unilatérale du contrat d'exercice par la Clinique, et en conséquence, à la voir condamner à lui payer une indemnité complémentaire de préavis et des dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que, d'une part, le " contrat d'anesthésie-réanimation " a été passé entre, d'un côté, la clinique, et, de l'autre, conjointement, M. Y..., M. Z..., M. A..., M. X..., associés dans le GMAO, se réservant la possibilité de se substituer une société civile professionnelle constituée entre eux, qu'il est exposé que la clinique accorde conjointement aux associés du GMAO un contrat d'exercice de la profession d'anesthésiste-réanimateur, qu'aux termes de l'article 1, il est concédé conjointement aux associés du GMAO le droit d'exercer leur activité à titre exclusif, que selon l'article 3, les médecins du GMAO auront la possibilité de se faire assister par tout collaborateur de leur choix, que les autres clauses visent également " les médecins du GMAO ", que le contrat qui a été ainsi conclu non entre la clinique et quatre personnes physiques prises chacune individuellement, mais entre deux parties uniques, dont l'une est une partie simple la clinique et dont l'autre est une partie plurale les médecins anesthésistes-réanimateurs du GMAO rassemblés par un même intérêt défini par rapport à l'objet de l'acte , est, partant, un contrat conjonctif ne pouvant que continuer entre tous ou disparaître entre tous, et qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel a dénaturé le contrat litigieux ; alors que, d'autre part, la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... faisant valoir que les dirigeants de la Clinique pouvaient d'autant moins faire valoir qu'il ne s'agissait pas d'un contrat collectif, qu'ils n'ont eu de cesse de vouloir y mettre un terme pour lui substituer des contrats individuels conclus avec chaque médecin

Mais attendu que c'est sans dénaturer le contrat que la cour d'appel, par une interprétation rendue nécessaire par le terme même de "conjoint", qui est susceptible de plusieurs acceptions, dont celle d'obligation plurale dans laquelle chacun des débiteurs n'est obligé que pour sa part, et au vu des autres clauses du contrat, spécialement l'article 10 permettant une cession du contrat à un successeur qualifié, a jugé que la clinique était habile à résilier individuellement le contrat du 30 janvier 1986, en justifiant de sa décision devant le juge ;

Et attendu que le rejet de la première branche rend la seconde inopérante ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du pourvoi principal, pris en ses deux branches :

Attendu qu'il est reproché à l'arrêt d'avoir débouté M. X... de ses demandes, alors, selon le moyen, que, d'une part, en relevant que la clinique avait, à juste titre, fixé à six mois la durée du préavis accordé à M. X..., et que le conseil de l'ordre avait seulement sanctionné le 27 janvier 1996 par un blâme certains faits reprochés à M. X..., ce qui excluait que les fautes et manquements allégués à

l'encontre de celui-ci depuis 1981, fussent d'une gravité telle qu'ils pussent justifier une résolution immédiate du contrat sans décision judiciaire préalable, la cour d'appel n'a pas tiré de ses propres constatations les conséquences qui en résultaient, et a ainsi violé les articles 1134 et 1147 du Code civil ; alors que, d'autre part, l'article 1184 du Code civil précise que le contrat n'est point résolu de plein droit, et que la résolution doit être demandée en justice, et qu'en déclarant justifiée, par application de cet article, la décision de la clinique de rompre sans décision judiciaire préalable le contrat à durée déterminée la liant à M. X..., la cour d'appel a violé ce texte ;

Mais attendu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, et que cette gravité, dont l'appréciation qui en est donnée par une autorité ordinale ne lie pas les tribunaux, n'est pas nécessairement exclusive d'un délai de préavis ;

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

Et, sur les troisième, quatrième, et cinquième moyens, du pourvoi principal, pris en leurs diverses branches :

Attendu que la cour d'appel retient, dans l'exercice de son pouvoir souverain, que le contrat imposait à M. X... de ne pratiquer tous les actes relevant de l'exercice de sa profession qu'à l'intérieur de la clinique, que cependant M. X... a passé outre une mise en demeure de respecter cette clause et continué à consulter en dehors, et ce malgré les inconvénients en résultant pour les patients qui devaient sortir de la clinique, qu'à différentes reprises, des chirurgiens se sont plaints par lettres du comportement de M. X... qui a refusé d'accomplir des actes liés à sa qualité d'anesthésiste, notamment en manquant de disponibilité lorsqu'il était de garde, qu'un chirurgien a souligné qu'en 1993, 1994 et 1995, sont survenus des incidents caractérisés, soit par un manque de disponibilité pouvant avoir des répercussions graves sur la santé des personnes opérées, soit même des états d'énervement et de brutalité à l'égard de certains malades qui s'en sont plaints, qu'une pétition a été signée le 22 décembre 1994 par trente praticiens critiquant le comportement de M. X..., que les témoignages versés aux débats par celui-ci sont contredits par les attestations et autres pièces du dossier qui démontrent qu'en de nombreuses circonstances et depuis 1981, il a gravement manqué à ses obligations de médecin anesthésiste, y compris en compromettant la santé des patients ; que, de ces constatations et énonciations, la cour d'appel, répondant aux conclusions dont elle était saisie, et qui n'a ni méconnu les exigences de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile, ni violé l'article 59 du Code de déontologie médicale, ni inversé la charge de la preuve, a pu déduire, sans dénaturer le contrat, ni des lettres de la Clinique des 10 décembre 1993 et 16 septembre 1994, justifiant légalement sa décision, que ces violations graves et renouvelées des obligations contractuelles permettaient à la Clinique de résilier le contrat de M. X... ;

D'où il suit que les moyens ne peuvent être accueillis ;

Et sur le moyen unique du pourvoi incident de la Clinique des Ormeaux, pris en ses six branches : (sans intérêt) ;

PAR CES MOTIFS :
REJETTE le pourvoi principal ;
DIT n'y avoir lieu à statuer sur le pourvoi incident.

Cass. com., 24 nov. 1998, n°96-18357

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt déféré, que, par un contrat d'agent commercial du 14 avril 1987, la société BSN, devenue société Groupe Danone, la société Brasseries Kronenbourg et la société Eaux minérales d'Evian (les sociétés) ont confié à M. X... la représentation exclusive de leurs produits auprès des importateurs, grossistes et détaillants de l'océan Indien;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1184 du Code civil ;

Attendu que, pour rejeter la demande en paiement de dommages-intérêts de M. X..., l'arrêt, après avoir relevé que le mandataire avait demandé l'application de la clause résolutoire ainsi que la résiliation du contrat, et retenu, sur la première demande, que les conditions de mise en jeu de la clause résolutoire n'étaient pas réunies et, sur la demande en résiliation, que la preuve d'un manquement des sociétés n'était pas rapportée, énonce " qu'il s'ensuit qu'en prenant l'initiative de cesser toute relation avec ses mandants ", M. X... a perdu le droit de percevoir une indemnité de rupture ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que les demandes de M. X..., à elles seules, n'emportaient pas rupture du contrat de la part du mandataire, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Sur le troisième moyen : (sans intérêt) ;

Sur le quatrième moyen, pris en sa première branche : (sans intérêt) ;

Et sur le quatrième moyen, pris en sa seconde branche :

Vu l'article 4 de la loi du 25 juin 1991 ;

Attendu, selon ce texte, que les rapports entre l'agent commercial et le mandant sont régis par une obligation de loyauté et que le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure d'exécuter son mandat ;

Attendu que, pour rejeter la demande en résiliation de contrat présentée par M. X... et, par voie de conséquence, sa demande en paiement de dommages-intérêts, l'arrêt retient que les sociétés n'avaient pas à intervenir sur les commandes qui pouvaient être passées directement par l'intermédiaire d'une centrale d'achats à partir de la métropole, qu'elles devaient respecter le principe essentiel de la libre concurrence et qu'il n'est pas établi qu'elles aient mis des " obstacles " à la représentation de leur mandataire ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, informées des difficultés de M. X... en raison des ventes parallèles de produits venant des centrales d'achats qui s'approvisionnaient en métropole, les sociétés ont pris des mesures concrètes pour permettre à leur mandataire de pratiquer des prix concurrentiels, proches de ceux des mêmes produits

vendus dans le cadre de ces ventes parallèles, et de le mettre ainsi en mesure d'exercer son mandat, 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 M. X... en constatation de la résiliation et en résiliation du contrat d'agent commercial du 14 avril 1987, ainsi qu'en paiement d'une indemnité de rupture, l'arrêt rendu le 5 juillet 1996, 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.

Cass. com., 10 févr. 1998, n°95-21906

La Cour (...) :

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., 24 févr. 1998, n°95-20438

La Cour (...)

Attendu, selon les énonciations de l'arrêt attaqué (Rouen, 28 septembre 1995), que la société Prodim (le franchiseur) a conclu avec les époux X... un contrat de franchisage pour l'exploitation d'un magasin à l'enseigne Shopi ;

qu'à la suite de la réclamation du paiement de marchandises livrées, la société Prodim a assigné les franchisés ;

Sur le premier moyen pris en ses trois branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées au franchisé et au paiement d'une indemnité de résiliation alors, selon le pourvoi, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait, sans dénaturation de l'accord de franchisage, retenir que les franchisés n'avaient pas pu disposer de la faculté prévue dans l'article 9 de cet accord de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmité de l'étude du marché prétendument erronée au motif que le contrat de franchisage n'avait été signé que le 6 mars 1991, le jour de l'ouverture du magasin Shopi par les époux X..., tandis que l'accord de franchisage avait été signé le 6 février 1991 et non le 6 mars 1991 ;

alors, d'autre part, que les époux X... n'ayant pas prétendu dans leurs écritures que la clause de responsabilité de gestion prévue à l'article de l'accord de franchisage ne leur était pas opposable au prétexte que, s'agissant de l'étude de marché effectuée par le franchiseur, ils n'avaient pu user de la possibilité d'en demander à un tiers confirmation ou infirmité, au motif qu'il y avait eu concomitance entre la signature du contrat et l'ouverture du magasin, la cour d'appel ne pouvait retenir ce moyen sans l'avoir invitée au préalable à présenter ses observations ;

et alors, enfin, que la cour d'appel ne pouvait décider qu'à la date où l'implantation du magasin était réalisée, les franchisés n'avaient pas reçu l'information préalable qu'ils avaient la faculté de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmerie de l'étude de marché effectuée par le franchiseur selon les dispositions de l'article 9 de l'accord, qu'en violation des termes de l'accord de franchise qui stipulait expressément que le franchisé reconnaissait, en tant que de besoin à la conclusion du contrat, avoir eu toutes possibilités de demander à un tiers la confirmation ou l'infirmerie de l'étude de marché en cause ;

Mais attendu que l'arrêt retient qu'il est établi que la société Prodim a fourni aux futurs franchisés une étude contenant non seulement des inexactitudes mais encore des résultats fantaisistes supérieurs de près de quarante pour cent à ceux qui pouvaient être effectivement réalisés étant observé qu'elle disposait des informations nécessaires pour la dite étude et qu'au surplus elle a dissimulé volontairement aux futurs franchisés un facteur important tel l'existence d'un centre Leclerc alors que de plus l'extension des grandes surfaces existantes était prévisible;

qu'abstraction faite des motifs surabondants tenant à l'impossibilité pour les époux X... de faire vérifier ces informations, la cour d'appel déduisant de ces constatations et appréciations dont il résulte que la société Prodim a méconnu son obligation d'information préalable, a statué ainsi qu'elle a fait sans encourir les griefs du moyen ;

d'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses branches;

Sur le deuxième moyen pris en ses trois branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées aux franchisés et au paiement d'une indemnité de résiliation alors, selon le pourvoi, d'une part, que le jeu de la limitation conventionnelle de responsabilité ne peut être écarté que si le juge relève un comportement d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission qu'il avait acceptée;

que la cour d'appel n'ayant qualifié que de faute l'erreur commise par elle dans son étude préalable, sans constater les éléments susceptibles de caractériser la faute lourde n'a pu écarter le jeu de la limitation conventionnelle de la responsabilité du franchiseur qu'en privant sa décision de base légale au regard de l'article 1150 du Code civil;

alors, d'autre part, que l'obligation précontractuelle d'information, prévue par l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, ne pèse que sur la personne qui exige un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité, que nul ne soutenait qu'un tel engagement ait existé entre les époux X... et elle, que la cour d'appel ne l'a pas relevé même si elle a cependant fait peser cette obligation d'information et ses conséquences sur elle, qu'en statuant ainsi elle n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 ;

et alors, enfin, que seule la faute grave et caractérisée du franchiseur

dispense le franchisé du paiement de l'indemnité de rupture au contrat de franchise qu'il a provoquée, qu'en se fondant sur une faute précontractuelle du franchiseur sans constater en quoi celui-ci avait incorrectement exécuté le contrat de franchisage pour justifier la résiliation du dit contrat par le franchisé sans obligation pour celui-ci de verser l'indemnité de résiliation prévue au contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles 1134 et 1184 du Code civil ;

Mais attendu qu'ayant constaté que la société Prodim avait commis une faute volontaire dans son obligation pré contractuelle d'étude et de renseignement à l'égard des futurs franchisés, l'arrêt retient que cette faute a remis en cause l'économie générale du contrat ;que la cour d'appel a ainsi légalement justifié sa décision;

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

Et sur le troisième moyen pris en ses deux branches :

Attendu que la société Prodim fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de remboursement des marchandises livrées aux franchisés et au paiement d'une indemnité de résiliation et d'avoir ordonné une expertise alors, selon le pourvoi, d'une part, que la cour d'appel ne pouvait sans contradiction, réparer le préjudice des époux X... résultant de sa faute alléguée pour les avoir entraînés dans une opération déficitaire, en intégrant le montant des marchandises livrées par elle et non réglé par les époux X..., et ordonner une expertise destinée à déterminer le même préjudice résultant des "pertes réalisées, des gains perdus et des dépenses d'investissement effectuées";

et alors, d'autre part, que la cour d'appel ne pouvait, sans réparer deux fois le même préjudice allégué, tout à la fois la condamner, par intégration des marchandises dues par les franchisés et non réglées dans le préjudice résultant pour eux du fait qu'ils auraient été entraînés par elle dans une opération déficitaire, et la condamner à réparer le préjudice résultant pour les franchises "à raison des pertes réalisées", à dire d'expert ;

Mais attendu que l'arrêt retient en premier lieu que les franchisés n'avaient commis aucune faute de gestion expliquant le résultat déficitaire de leur fonds de commerce, ce dont il résulte que ce résultat est imputable aux seules fautes commises par la société Prodim, justifiant que le montant des marchandises livrées reste à la charge de la société Prodim, en second lieu que les franchisés avaient subi une perte d'exploitation et un gain manqué résultant de ce que les relations contractuelles n'avaient pas eu la durée raisonnablement escomptée par eux justifiant également que ce préjudice soit réparé;

que c'est donc hors toute contradiction et en réparant les différents préjudices subis que la cour d appel a statué ainsi qu'elle a fait;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. soc., 9 avr. 1998, n°96-40124

La Cour (...)

Sur le pourvoi formé par M. Antoine X..., demeurant ..., en cassation d'un arrêt rendu le 6 novembre 1995 par la cour d'appel de Grenoble (chambre sociale), au profit de la société Sodigral, société anonyme, dont le siège est ..., défenderesse à la cassation ;

LA COUR, en l'audience publique du 25 février 1998, où étaient présents : M. Waquet, conseiller doyen faisant fonctions de président, M. Lanquetin, conseiller rapporteur, M. Texier, conseiller, M. Besson, conseiller référendaire, M. Terrail, avocat général, Mme Ferré, greffier de chambre ;

Sur le rapport de M. Lanquetin, conseiller, les observations de la SCP Célice, Blancpain et Soltner, avocat de la société Sodigral, les conclusions de M. Terrail, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Grenoble, 6 novembre 1995), que M. X... était salarié depuis 1962 de la société Genty, puis de la société Sodigral pour laquelle il occupait, en 1989, les fonctions de chef de magasin; que cette même année un protocole d'accord a mis fin à son contrat de travail;

que la société AS Distribution, dont M. X... était gérant minoritaire, a pris alors en location-gérance le magasin de Saint-Martin-Le-Vinoux de la société Sodigral et a passé un contrat d'affiliation avec cette société;

qu'en octobre 1992, la société AS Distribution a été mise en liquidation judiciaire;

que M. X... a saisi la juridiction prud'homale pour obtenir la requalification des contrats d'affiliation et de location-gérance en contrat de travail ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt, rendu sur contredit, d'avoir confirmé l'incompétence de la juridiction prud'homale et rejeté ses demandes, alors, selon le moyen, d'une part, que la cour d'appel a violé les dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail en refusant de faire application de ces dispositions au cas d'espèce, en retenant qu'il n'existe plus aucun lien juridique entre la société Sodigral et M. X... et que l'article L. 781-1 du Code du travail ne pouvait s'appliquer au contrat conclu entre deux personnes morales;

et alors, d'autre part, que la structure juridique de la société AS Distribution n'excluait pas au profit de M. X... l'application des dispositions de l'article L. 781-1 du Code du travail et qu'il existait encore un lien juridique entre la société Sodigral et M. X... ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté que les contrats d'affiliation et de location-gérance n'avaient pas été conclus par la société Sodigral avec M. X... mais avec la SARL AS Distribution dont M. X... était gérant; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 11 janv. 2000, n°97-16419

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses sept branches :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 4 juillet 1996), que la société Mode et loisirs (société ML) a conclu, le 8 décembre 1987, avec la société Les Fils de Louis X... (société LFLM), qui commercialise sous l'enseigne Phildar du fil à tricoter, des bas, chaussettes, articles de lingerie et pulls, un contrat de franchise en vue de la reprise d'un fonds de commerce sous l'enseigne Phildar, sis à Leers ; qu'au cours des années 1987 et 1988, le chiffre d'affaires réalisé a été inférieur à l'estimation prévisionnelle du franchiseur ; que, faute d'accord sur le règlement des impayés, la société LFLM a cessé ses livraisons, puis, le 1er décembre 1989, a résilié le contrat et mis la société ML en demeure de lui régler les sommes dues ; que le mandataire-liquidateur de la société ML, en liquidation judiciaire, a assigné la société LFLM à l'effet de voir déclarer cette société responsable de la rupture du contrat et condamner au paiement d'une certaine somme ;

Attendu que le mandataire-liquidateur de la société ML fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir condamné la société LFLM à lui payer ès qualités seulement la somme de 5 000 francs à titre de dommages-intérêts et de l'avoir débouté du surplus de ses demandes, alors, selon le pourvoi, d'une part, qu'en s'abstenant de rechercher si l'écart démesuré existant entre les résultats des études prévisionnelles et les résultats effectifs d'exploitation ne révélaient pas que le franchiseur, bien que non tenu d'une obligation de résultat, n'avait pas fait preuve d'incompétence et de légèreté dans la réalisation des études préalables, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors, de deuxième part, que la cour d'appel ne s'est pas expliquée sur ses conclusions soulignant que la perte subie par la société ML lors de son premier exercice était comparable à celle que la société Pege, filiale de la société LFLM, essuyait en moyenne dans ses quarante et un magasins Phildar, et que le franchiseur était ainsi nécessairement au courant des difficultés de l'ensemble du réseau, et ce en violation de l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

alors, de troisième part, qu'en énonçant que les retards de livraison concernaient les produits représentant moins de 1 % du chiffre d'affaires réalisé par le magasin, la cour d'appel a dénaturé les conclusions du franchiseur qui se bornait à évoquer le cas de deux produits, le fil à tricoter "Coquine" et la série de bas collants "Véronika", représentant respectivement 0,5 % du chiffre d'affaires du fil à tricoter et 1 % du chiffre d'affaires bas collants, sans pour autant prétendre vider la question des retards de livraison qui concernaient de nombreux autres produits, et ce en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, de quatrième part, qu'en s'abstenant de rechercher si, dans le secteur de la distribution du fil à tricoter et des collants, les réclamations des clients se font normalement par écrit, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1147 du Code civil ; alors, de cinquième part, qu'à

supposer même que l'implantation d'un cinquième magasin Phildar à Roubaix et la poursuite de l'exploitation par le vendeur du magasin de Leers de son second magasin, n'aient pas constitué un manquement du franchiseur à ses obligations contractuelles à défaut d'exclusivité consentie au franchisé, la cour d'appel aurait dû rechercher si le franchiseur n'avait pas au minimum violé son obligation précontractuelle de renseignement, en n'informant pas le franchisé des deux circonstances susvisées, et a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors, de sixième part, qu'en relevant qu'aucun accord n'avait pu aboutir sur l'amortissement de la dette du fait du franchisé, la cour d'appel a dénaturé les courriers de la société ML du 28 septembre et du 2 novembre 1989, par lesquels cette société, non seulement avait accepté le principe de l'amortissement de l'arriéré en adressant le détail de ses charges au franchiseur, mais encore offert de régler tout l'arriéré en trois mois, et ce en violation de l'article 1134 du Code civil ; alors, enfin, qu'en ne fournissant aucune précision sur les prétendus conseils du franchiseur que le franchisé se serait abstenu de mettre en pratique, la cour d'appel a encore privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir relevé à bon droit que la société LFLM n'était pas tenue d'une obligation de résultat dans l'établissement des prévisions de l'activité de son franchisé, l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la société ML a reconnu avoir examiné avant de signer le contrat, les documents comptables et commerciaux du magasin et pris connaissance du chiffre d'affaires réalisé par celui-ci ; qu'il relève que le magasin a cessé de fonctionner normalement à partir du moment où la société ML en a exercé la gestion ;

que la cour d'appel, qui n'avait pas à suivre la société ML dans le détail de son argumentation, a, par ces énonciations et constatations, justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, que la cour d'appel, qui, par une appréciation souveraine des faits et éléments de preuve qui lui étaient soumis, a relevé que les retards de livraison du franchiseur concernaient moins de 1 % du chiffre d'affaires réalisé par le magasin, a, sans dénaturé les conclusions des parties, justifié sa décision ;

Attendu, en troisième lieu, que la société ML, qui n'a pas soutenu devant la cour d'appel que les réclamations des clients se faisaient par écrit, n'est pas fondée à soulever ce moyen devant la Cour de Cassation ;

Attendu, en quatrième lieu, que la cour d'appel, qui, après avoir relevé que le contrat de franchise ne conférait à la société ML aucune exclusivité territoriale, a retenu que l'installation d'un magasin à Roubaix, dans un quartier très éloigné de Leers, et la poursuite de l'exploitation par le vendeur dudit magasin de Leers d'un second magasin qu'il ne s'était pas engagé à abandonner, ne constituaient pas un manquement du franchiseur à ses obligations, a justifié sa décision ;

Attendu, en cinquième lieu, qu'ayant apprécié souverainement sans les dénaturer les éléments de preuve qui lui étaient soumis, la cour d'appel a constaté que, malgré l'offre de la société LFLM proposant un échéancier pour permettre à la société ML de régler ses arriérés sans trop en souffrir, aucun

accord n'était intervenu du fait du franchisé ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel, qui, par motifs adoptés, a retenu que le manque de créativité pour l'élaboration de produits nouveaux, l'impossibilité d'approvisionnement, l'inadaptation des produits à la saison, la publicité des modèles en fait disponibles, la suppression de produits ainsi que les mauvaises conditions de lancement de nouveaux produits n'étaient attestés par aucune pièce, a pu statuer comme elle l'a fait ;

D'où il suit que le moyen, inopérant en ses troisième, quatrième et sixième branches, n'est pas fondé en ses autres branches ;

PAR CES MOTIFS :REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 22 févr. 2000 , n°97-15560

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Caen, 3 avril 1997), statuant en référé, que les époux X..., qui avaient conclu un contrat de franchise avec la SNC Prodim le 3 janvier 1994 pour une durée de sept ans pour l'exploitation d'un fonds de commerce à La Mauffe sous l'enseigne Shopi, ont abandonné cette enseigne en 1996 et ont utilisé l'enseigne Coccinelle Marché qui appartient à la société Francap distribution ; que, par acte du 7 novembre 1996, la société Prodim a assigné les époux X... devant le président du tribunal de commerce de Saint-Lô statuant en référé pour voir ordonner sous astreinte le retrait de l'enseigne Coccinelle Marché et des marchandises dont les marques sont liées à celle-ci ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que les époux X... font grief à l'arrêt d'avoir accueilli cette demande, alors, selon le pourvoi, d'une part, que constitue une irrégularité de fond l'appel formé par une société qui n'existe pas ;

qu'en l'espèce, dès lors qu'il est constant que la déclaration d'appel et l'assignation ont été faites au nom et pour le compte de Prodim Ouest, dont les époux X... expliquaient qu'ils s'agissait d'un établissement de la société Prodim, dépourvu de la personnalité morale sis à Nantes et qu'il n'existait aucune SNC Prodim Ouest, la cour d'appel ne pouvait rectifier la déclaration d'appel et l'assignation faites pour Prodim Ouest et les déclarer valablement effectuées au nom et pour le compte de la SNC Prodim au prétexte qu'il n'y aurait eu qu'une erreur matérielle, sans excéder ses pouvoirs et violer les articles 117, 901 et 920 du nouveau Code de procédure civile, et alors, d'autre part, que, subsidiairement, l'erreur matérielle affectant la dénomination de l'appelant constitue un vice de forme susceptible de rendre l'appel irrecevable ; qu'en jugeant l'inverse, la cour d'appel a violé les articles 114 et 901 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt constate que l'acte d'appel a été établi au nom et pour le compte de "Prodim Ouest (société en nom collectif) ayant son siège ..." et comporte dès lors l'indication exacte de la forme sociale de la SNC Prodim ainsi que son adresse exacte et retient que la simple adjonction du terme

"Ouest" constitue une erreur matérielle ; qu'ayant ainsi considéré implicitement que l'irrégularité en cause était une irrégularité de forme et en l'absence de tout grief invoqué par les époux X..., la cour d'appel a pu déclarer l'appel recevable ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses deux branches ;

Sur le second moyen, pris en ses trois branches :

Attendu que les époux X... font encore grief à l'arrêt d'avoir statué comme il a fait, alors, selon le pourvoi, d'une part, que la clause de non-concurrence post-contractuelle d'un contrat de franchise n'est licite au regard du règlement CEE 4087/82 du 30 novembre 1988 que si elle n'excède pas la durée d'un an et qu'elle a pour but de protéger un membre du réseau franchisé ; que la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé que la clause litigieuse avait en l'espèce pour but de protéger de la concurrence un membre du réseau franchisé n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 3 du règlement CEE 4087/88 du 30 novembre 1988 ; et alors, d'autre part, qu'une clause de non-concurrence contractuelle, dans un contrat de franchise, pour être valable, doit être limitée dans le temps et dans l'espace et être nécessaire, compte tenu de l'objet du contrat ; qu'en l'espèce, la cour d'appel, qui déclare valable la clause interdisant à l'ancien franchisé d'implanter une enseigne renommée concurrente en jugeant que cette disposition tend à protéger l'intérêt légitime du franchiseur pendant un temps limité sans caractériser que le franchiseur cherchait à reconstituer son réseau localement ou était affecté par cette concurrence, n'a pas justifié sa décision au regard des articles 873 du nouveau Code de procédure civile et 7 de la loi du 2-17 mars 1791 ; et alors, enfin, que si, pour prévenir un dommage imminent ou pour faire cesser un

trouble manifestement illicite, le juge des référés peut prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent en l'espèce, excède ses pouvoirs le juge des référés qui, au prétexte que la clause dont se prévalait le demandeur n'apparaissait pas manifestement illicite ou nulle au regard du droit communautaire et du droit interne, ordonne le retrait d'une enseigne et de marchandises dans un magasin sans caractériser l'existence d'un dommage imminent, ni quel trouble manifestement illicite il faisait cesser ; que l'arrêt manque de base légale au regard des articles 872, 873 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, 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, du traité à des catégories d'accords 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 les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau franchisé ; qu'ayant relevé que la clause prévue à l'article 6 du contrat de franchise liant les époux X... à la société Prodim les obligeait à ne pas utiliser pendant une période d'un

an à compter de la résiliation du contrat une enseigne de renommée nationale ou régionale et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à cette enseigne dans un rayon de cinq kilomètres du magasin Shopi qu'ils exploitaient, c'est à juste titre que la cour d'appel a recherché si cette clause était nécessaire pour maintenir l'identité commune ou la réputation du réseau en cause, sans avoir à effectuer la recherche inopérante visée à la première branche du moyen ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant retenu que la clause litigieuse a pour objet d'interdire seulement l'usage d'une enseigne de renommée nationale ou régionale et la vente de produits liés, qu'elle n'interdit nullement la poursuite d'une activité commerciale identique sous une autre enseigne et que cette clause procure seulement au franchiseur un délai d'un an pendant lequel l'implantation par l'ancien franchisé d'une enseigne renommée concurrente ne sera pas possible, de sorte qu'il pourra reconstituer son réseau localement, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de déclarer la clause litigieuse valide, sans avoir à effectuer la recherche inopérante visée à la deuxième branche du moyen ;

Attendu, enfin, que la cour d'appel a retenu à juste titre que le juge des référés est compétent pour connaître d'une demande tendant à ordonner, en raison d'un trouble manifestement illicite résultant de la violation d'une clause de non-concurrence, les mesures propres à le faire cesser ; que le moyen manque en fait en sa troisième branche ;

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

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 11 fév. 2003, n° 01-03932

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 janvier 2001), que la société Aixapp a judiciairement poursuivi l'annulation d'un accord de franchise conclu le 17 juin 1994 avec la société Cocidac, aux droits de laquelle est la société Jeff de Bruges France, en soutenant que son consentement avait été vicié en raison d'une information préalable défectueuse de la part de ce franchiseur ;

Sur le premier moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Jeff de Bruges France fait grief à l'arrêt d'avoir annulé le contrat de franchise et de l'avoir condamnée à rembourser diverses sommes ainsi qu'à payer des dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1 / qu'en affirmant que l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local qui comprend nécessairement celle de la concurrence locale sur les produits concernés par la franchise, cependant qu'il ne ressort ni de ce texte ni de l'article 1er du décret n° 91-337 du 4 avril 1991 une telle obligation incombant au franchiseur, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

2 / qu'il appartient au franchisé de rapporter la preuve d'une erreur ayant vicié son consentement ; qu'ayant relevé que le document précontractuel ne renseigne pas sur la zone de chalandise, que ce renseignement est essentiel au candidat franchisé pour appréhender la concurrence, que la liste des concurrents n'est pas complète, qu'elle a été élaborée hâtivement, que la présentation faite ne distingue pas les chocolatiers justifiant d'une enseigne nationale qui sont les concurrents de la franchise Jeff de Bruges des chocolatiers spécialisés anciennement implantés ni de ceux qui pratiquent cette activité de manière occasionnelle, ce qui ne permet pas d'appréhender la situation exacte de la concurrence, que cette présentation ne donne pas des informations sincères pour retenir que le franchiseur n'a pas présenté avec soin la situation locale et que les omissions commises ont donné au candidat franchisé une image inexacte de l'environnement qui a été déterminante dans le consentement erroné qu'il a donné en contractant sans rechercher, comme elle y était invitée, si le franchisé qui a choisi l'emplacement et s'était rendu à plusieurs reprises sur place n'avait pas été à même de s'informer sur la concurrence locale et la zone de chalandise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989 et 1109 du Code civil ;

Mais attendu, d'une part, qu'ayant énoncé à bon droit, que la loi ne met pas à la charge du franchiseur une étude du marché local et qu'il appartient au franchisé de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, l'arrêt a fait l'exacte application de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1989, devenu article L. 330-3 du Code de commerce, en retenant, aux termes du motif critiqué, que, dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ;

Et attendu, d'autre part, que la cour d'appel n'était pas tenue d'entrer dans le détail de l'argumentation des parties à propos du vice du consentement du franchisé ;

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

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

Attendu que la société Jeff de Bruges France formule le même grief à l'encontre de l'arrêt, alors, selon le moyen :

1 / que contestant l'absence de sérieux du prévisionnel d'activité remis au franchisé, la société Jeff de Bruges France faisait valoir que la société ayant repris la franchise avait réalisé des résultats très proches de ceux indiqués dans l'état prévisionnel ; qu'en décidant que cet élément n'est pas probant en l'absence de toute indication sur les conditions dans lesquelles cette franchise a été mise en place sans expliquer en quoi cette circonstance était de nature à ôter toute pertinence à cet élément de preuve la cour d'appel qui retient que les chiffres n'étaient pas crédibles et que le consentement du franchisé a été vicié, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1er de la loi du 31 décembre 1989 et 1108 et suivants du Code civil ;

2 / que la société Jeff de Bruges France faisait valoir le manque de motivation du franchisé qui dès le 1er mars 1995 informait le franchiseur de sa

volonté de céder son affaire à des candidats potentiels ;

qu'en retenant que les mauvais résultats ne s'expliquent pas par le manque de motivation du franchisé fort préoccupé du sort de son entreprise, sans rechercher si cette volonté manifestée quelques mois après la conclusion du contrat, ne démontrait la volonté du franchisé de se désengager et partant l'absence de tout effort en vue de réaliser le chiffre d'affaires annoncé, la cour d'appel a violé l'article 455 du nouveau Code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt est légalement justifié, dès lors qu'il constate que les conditions de mise en place du successeur dans la franchise n'étaient pas indiquées, et fait ainsi ressortir que les conditions d'une comparaison des chiffres d'affaires respectivement réalisés n'étaient pas réunies ;

Et attendu, d'autre part, qu'en retenant que la persistance des mauvais résultats ne s'expliquait pas par le manque de motivation du franchisé, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli en aucune de ses deux branches

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 20 mai 2003, n° 01-00668

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Centrale de parfumerie, devenue la société Marionnaud (le franchiseur) a conclu le 6 mai 1996, avec la société Rose de France (le franchisé) un contrat de franchise d'une durée de cinq ans en vue de l'exploitation sous la marque et l'enseigne "Mireille Clerc" d'un magasin de parfumerie; que le franchisé s'engageait aux termes de l'article III, point 7-1 "à satisfaire et à respecter les clauses des contrats imposés par chaque marque tant sur les conditions générales de vente de chacun que sur les objectifs minimum de chiffre d'affaires imposés" ; qu'il précisait "que le franchisé a un contrat intuitu personae lié au point de vente , avec chaque marque", et au point 7-2, que "le franchiseur s'engage à approvisionner le franchisé dans les délais les plus rapides" ; qu'après reprise en décembre 1997 de la société Centrale de parfumerie par le "groupe" Marionnaud, M. X..., président de cette société a adressé au franchisé, le 17 février 1998, une lettre lui confirmant que les contrats le liant aux fournisseurs stipulaient qu'un chiffre d'affaire minimum contractuel devait être réalisé par des approvisionnements directs, auprès des "maisons", et lui a proposé de mettre fin au contrat par résiliation amiable, ce qu'a refusé le franchisé ; que celui-ci a assigné le franchiseur en annulation du contrat, et subsidiairement en résolution ou en résiliation ; que la société Perney-Angel, liquidateur de la société Rose de France, en liquidation judiciaire, a déclaré reprendre l'instance ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour déclarer le contrat de franchise résilié aux torts du franchiseur et condamner celui-ci au paiement de diverses sommes, l'arrêt retient qu'aux termes du contrat de franchise, le franchisé se trouvait exonéré des contraintes liées aux quotas imposés par les marques de parfums ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il résultait de l'article III, point 7-1 que le franchisé s'engageait à satisfaire et à respecter les clauses des contrats imposés par chaque marque tant sur les conditions générales de vente de chacun, que sur les objectifs "minima" de chiffres d'affaires imposés, le franchisé ayant un contrat intuitu personae avec chaque marque, la cour d'appel a méconnu les termes clairs et précis du contrat de franchise ;

Et sur le premier moyen, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 1134 du Code civil ;

Attendu que pour statuer comme elle a fait, la cour d'appel retient qu'il résulte d'un courrier adressé le 17 février 1998 par le franchiseur au franchisé, que le franchiseur entendait ne plus jouer à l'avenir son rôle de centrale d'achat, privant ainsi le franchisé de la contrepartie ayant justifié son intégration au réseau ;

Attendu, qu'en statuant ainsi, sans préciser les éléments lui permettant d'affirmer que la société Rose de France avait adhéré au réseau de franchise au seul motif que le franchiseur exerçait une activité de centrale d'achat, la cour d'appel a violé l'article susvisé ;

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 9 novembre 2000, entre les parties, par la cour d'appel de Rouen ; 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 Caen ;

Condamne la SCP Perney-Angel, ès qualités, aux dépens ;

Cass. soc., 26 sept. 2006, n° 04-46794

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 1er juillet 2004), rendu sur contredit, et la procédure, que M. X... et Mme Y... ont constitué une société à responsabilité limitée dont ils étaient les associés et co-gérants et à laquelle la société Paul Mausner a consenti un contrat de commissionnaire affilié en vue de la distribution de vêtements ; qu'il a été mis fin à ces relations le 22 juillet 1999 après l'ouverture à l'égard de cette dernière société, le 13 janvier 1999, d'une procédure de redressement judiciaire qui a conduit à une liquidation judiciaire prononcée le 2 décembre 1999 ; que M. X... et Mme Y... ont saisi, en faisant valoir des créances de salaires et d'indemnités de rupture à l'égard de la société Paul Mausner, le conseil de prud'hommes de Chambéry qui s'est déclaré incompétent au profit d'un tribunal de commerce ;

Sur le premier moyen :

Attendu que l'AGS fait grief à l'arrêt, qui a estimé compétente la juridiction saisie, d'avoir évoqué le fond du litige, d'avoir fixé des créances salariales au passif de la société liquidée et de lui avoir donné acte de ses explications, pour des motifs pris de la violation des articles 568 et 16 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel, avant d'exercer son pouvoir d'évocation, a constaté que l'AGS, sans se limiter aux moyens relatifs à la compétence et qui tenaient à la revendication par M. X... et Mme Y... d'un statut de salarié, avait soutenu comme le liquidateur des conclusions soulevant la fin de non-recevoir tirée des dispositions de l'article L. 621-125 du code de commerce relatives à l'établissement et à la contestation des relevés de créances salariales ;

Et attendu que la procédure étant orale, les autres moyens sur lesquels il a été jugé sont présumés, aucune preuve contraire n'étant rapportée en l'espèce, avoir été invoqués et débattus contradictoirement à l'audience ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen :

Attendu que l'AGS fait grief à l'arrêt d'avoir déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître des demandes et fixé au passif de l'employeur des créances salariales, pour des motifs pris des articles 1842, alinéa 1er du code civil et L. 781-1. 2 du code du travail ;

Mais attendu qu'il appartenait à la cour d'appel de rechercher si, nonobstant l'existence apparente d'une société dont le caractère fictif était allégué, M. X... et Mme Y... ne se trouvaient pas dans une situation les assimilant à des salariés et leur attribuant à titre personnel des créances dont la fixation incombait à la juridiction prud'homale ;

Et attendu que dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation des faits et des preuves, elle a retenu que la société dont les intéressés étaient co-gérants et cautions ne devait vendre, aux prix et conditions imposés par la société Paul Mausner et dans un local agréé par elle, que des articles fournis par cette dernière et qui restaient sa propriété jusqu'à la vente, qu'elle n'avait d'autres rentrées financières que des commissions payées par la même société, au profit de laquelle elle devait se dessaisir chaque jour de sa recette, et qu'elle était soumise à des sanctions en cas de retour de marchandises dans des conditions déterminées ; qu'elle a pu en déduire que sous couvert d'un montage juridique les mêmes intéressés se trouvaient dans une situation prévue par l'article L. 781-1. 2 du code du travail et étaient personnellement titulaires des créances inhérentes à une telle qualité et qu'il appartenait au conseil de prud'hommes de fixer ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. soc., 28 nov. 2006, n° 04-46055

La Cour (...)

Sur les deux moyens du pourvoi de la société Esso SAF et sur le moyen unique du pourvoi de la société BP, réunis :

Attendu que M. X... a conclu le 1er septembre 1994, au nom d'une société à responsabilité limitée X..., en cours de formation, un contrat de location-gérance d'un fonds de station service appartenant à la société Mobil, aux droits de laquelle vient la société Esso SAF (Esso) ; que ce contrat a été reconduit à partir du 1er septembre 1997 avec la société BP France ; qu'après l'avoir résilié au 27 juin 1998, M. X... a saisi la juridiction prud'homale, pour qu'il soit fait application à son profit de l'article L. 781-1 du code du travail et pour obtenir paiement à ce titre de diverses sommes ;

Attendu que les sociétés Esso et BP France font grief à l'arrêt attaqué (Paris, 1er juillet 2004) d'avoir dit que M. X... relevait de l'article L. 781-1 du code du travail et d'avoir confirmé un jugement retenant la compétence du juge prud'homal pour connaître de ses demandes, pour des motifs qui sont pris de la violation des articles L. 781-1 du code du travail, 1134 du Code civil et 4 et 5 du nouveau code de procédure civile, ainsi que de défauts de base légale au regard de l'article L. 781-1 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté, par motifs propres et adoptés, d'une part, restituant aux faits et actes litigieux leur exacte qualification, sans dénaturer les contrats, qu'un lien direct s'était établi entre M. X... et les sociétés Mobil et BP, pour l'exploitation de la station service appartenant à ces dernières ; d'autre part, appréciant l'ensemble des éléments de fait et de preuve qui lui étaient soumis, sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, que l'essentiel de l'activité personnelle de M. X... consistait à vendre des produits pétroliers fournis presque exclusivement par les sociétés Mobil puis BP France, dans des locaux fournis par ces sociétés et aux conditions et prix qu'elles imposaient ; qu'elle en a exactement déduit, sans être tenue de constater que la société qu'il représentait était fictive, que M. X... relevait de l'article L. 781-1, alinéa 1, 2, du code du travail ;

Que les moyens ne sont pas fondés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE les pourvois ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-10197

LA COUR (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par les sociétés Coopérative d'approvisionnement Paris Est et Disvalor, MM. X..., Y..., Z... et de A... que sur le pourvoi incident éventuel relevé par M. B..., Mme C..., épouse B..., les sociétés Tomblaine distribution et Sonedis et M. D... ;

Sur le moyen unique du pourvoi principal :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 20 octobre 2004), que M. B... et Mme C..., épouse B... (M. et Mme B...) ont consenti à la société Coopérative d'approvisionnement Paris Est (la société Scapest), centrale régionale d'achat du groupe Leclerc, une promesse unilatérale de cession des actions qu'ils détenaient dans le capital de la société Tomblaine distribution (la société Tomblaine) qui exploitait un hypermarché sous l'enseigne Leclerc ; qu'après que la société Scapest eut levé l'option, cette société ainsi que la société Disvalor, qu'elle s'était substituée, ont demandé en justice que soit constatée la cession d'actions et que M. et Mme B... soient condamnés sous astreinte à effectuer toutes formalités nécessaires ainsi qu'à leur payer des dommages-intérêts ; que M. et Mme B... ayant ultérieurement cédé ces mêmes actions à la société Distribution de l'Est, les sociétés Scapest et Disvalor ont demandé que la décision à intervenir soit rendue opposable à cette société ; que le tribunal, également saisi par M. B... d'une demande, dirigée notamment contre MM. X..., Y..., Z... et de A..., tendant à l'annulation des délibérations d'une assemblée générale des actionnaires de la société Tomblaine, a joint les procédures ;

Attendu que les sociétés Scapest et Disvalor et MM. X..., Y..., Z... et de A... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré nulle la promesse de cession d'actions et d'avoir en conséquence rejeté les demandes des sociétés Scapest et Disvalor, alors, selon le moyen :

1 / que même si aucun document ne recensait les règles en usage dans le mouvement Leclerc pour l'évaluation de fonds de commerce ou de droits sociaux que les tiers évaluateurs devaient suivre, la clause ne restreignait pas leur faculté de consulter tout document relatif aux cessions de fonds ou de titres intervenues dans le mouvement ainsi que toute personne ayant été impliquée dans de telles opérations ; qu'en affirmant que la clause ne leur permettait pas de déterminer le prix de façon indépendante de la volonté du cessionnaire dans la mesure où la consultation des structures créées pour assurer la solidarité du mouvement Leclerc influencerait leur appréciation dans un sens favorable au cessionnaire, sans expliquer pourquoi les tiers estimateurs ne seraient pas en mesure de rechercher les informations relatives aux cessions intervenues et de les analyser pour en dégager les règles d'évaluation appliquées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1591 et 1592 du code civil ;

2 / qu'il résulte des constatations de l'arrêt selon lesquelles les pénalités 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 mais 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 les tiers estimateurs devraient tenir compte des cessions réalisées par des adhérents quittant prématurément ces structures et où le prix des actions cédées aurait été injustement minoré du fait de la rétention des ristournes, la

cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a violé les articles 1591 et 1592 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que MM. X..., Y..., Z... et de A... ne sont pas recevables à critiquer des dispositions de l'arrêt qui ne leur font pas grief ;

Et attendu, en second lieu, 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 ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en ce qu'il est soutenu par MM. X..., Y..., Z... et de A..., n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-10198

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 jusqu'à la 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 ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 05-10199

LA COUR (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par les Sociétés coopérative d'approvisionnement Paris Est et Lunedis, M. X... et M. Y... que sur le pourvoi incident éventuel relevé par M. Z..., Mme A..., épouse Z..., et la société Sonedis;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Nancy, 20 octobre 2004), que M. Z... et Mme A..., épouse Z... (M. et Mme Z...) ont consenti à la Société coopérative d'approvisionnement Paris Est (la société Scapest), centrale régionale d'achat du groupe Leclerc, une promesse unilatérale de cession des actions qu'ils détenaient dans le capital de la société Sonedis qui exploitait un hypermarché sous l'enseigne Leclerc ; qu'après que la société Scapest eut levé l'option, cette société, ainsi que la société Lunedis, qu'elle s'était substituée, ont demandé en justice que soit constatée la cession d'actions et que M. et Mme Z... soient condamnés sous astreinte à effectuer toutes formalités nécessaires ainsi qu'à leur payer des dommages-intérêts ; que M. et Mme Z... ayant ultérieurement cédé ces mêmes actions à la société ITM Entreprises, les sociétés Lunedis et Scapest ont demandé que la décision à intervenir soit rendue opposable à cette société ; que le tribunal, également saisi par M. Z... d'une demande, dirigée contre la société Lunedis et MM. X... et Y..., tendant à l'annulation d'une délibération du conseil d'administration de la société Sonedis, a joint les procédures ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que les sociétés Scapest et Lunedis et MM. X... et Y... font grief à l'arrêt d'avoir déclaré nulle la promesse de cession d'actions et d'avoir en conséquence rejeté les demandes des sociétés Scapest et Lunedis alors, selon le moyen :

1 / que même si aucun document ne recensait les règles en usage dans le mouvement Leclerc pour l'évaluation de fonds de commerce ou de droits sociaux que les tiers évaluateurs devaient suivre, la clause ne restreignait pas leur faculté de consulter tout document relatif aux cessions de fonds ou de titres intervenues dans le mouvement ainsi que toute personne ayant été impliquée dans de telles opérations ; qu'en affirmant que la clause ne leur permettait pas de déterminer le prix de façon indépendante de la volonté du cessionnaire dans la mesure où la consultation des structures créées pour assurer la solidarité du mouvement Leclerc influencerait leur appréciation dans un sens favorable au cessionnaire, sans expliquer pourquoi les tiers estimateurs ne seraient pas en mesure de rechercher les informations relatives aux cessions intervenues et de les analyser pour en dégager les règles d'évaluation appliquées, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1591 et 1592 du code civil ;

2 / qu'il résulte des constatations de l'arrêt selon lesquelles les pénalités 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 mais 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 les tiers estimateurs devraient tenir compte des cessions réalisées par des adhérents quittant prématurément ces structures et où le prix des actions cédées aurait été injustement minoré du fait de la rétention des ristournes, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences de ses constatations et a violé les articles 1591 et 1592 du code civil ;

Mais attendu, en premier lieu, que MM. X... et Y... ne sont pas recevables à critiquer des dispositions de l'arrêt qui ne leur font pas grief ;

Et attendu, en second lieu, 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 ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en ce qu'il est soutenu par MM. X... et Y..., n'est pas fondé pour le surplus ;

Et sur le second moyen du même pourvoi :

Attendu que les sociétés Scapest et Lunedis et MM. X... et Y... font encore le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1 / que l'article 20 de la promesse de cession d'actions stipulait que si au moment de la levée d'option, un agrément par la société était nécessaire, les promettants, s'ils ont le droit de statuer sur cet agrément, s'obligent à formuler un avis favorable et s'engagent à faire tout ce qui sera en leur pouvoir pour faciliter cet agrément et que "le défaut d'agrément ne peut fonctionner qu'en tant que condition résolutoire de la cession projetée, l'intention des parties étant en effet que la cession produise tous ses effets dès l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception même s'il n'a pas encore été statué sur

l'agrément” ;

qu'en décidant cependant que l'obtention de l'agrément du conseil d'administration préalablement à la levée d'option était une condition de validité de celle-ci, la cour d'appel a fait une fausse application du contrat et ainsi violé l'article 1134 du code civil ;

2 / que, si la cour d'appel a considéré que le bénéficiaire de la promesse devait, à défaut d'avoir obtenu l'agrément avant la levée de la cession, avoir mis en demeure le promettant d'exécuter son engagement de faciliter l'octroi de l'agrément, elle a relevé d'office ce moyen tiré de la nécessité d'une démarche du bénéficiaire auprès du promettant antérieurement à la levée d'option, les intimés ayant uniquement soutenu que l'obtention préalable de l'agrément du conseil d'administration était une condition de validité de la levée d'option ; qu'en s'abstenant de provoquer les explications préalables des parties, la cour d'appel a méconnu le principe du contradictoire et violé l'article 16 du nouveau code de procédure civile ;

Mais attendu que l'arrêt étant justifié par les motifs que critique vainement le premier moyen, les griefs du second moyen, qui s'adressent à des motifs surabondants, ne peuvent être accueillis ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 19 décembre 2006, n° 03-21042

LA COUR (...)

Joint les pourvois n° J 03-21.042 formé par les consorts X..., M. Y... et la société Sodix et n° H 03-21.155 formé par la société ITM Nord F, MM. Z..., A..., B..., C..., D..., qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué, que les consorts X..., Y..., la société Sodix et la société Sodicamb, actionnaires de la société Sodimer, qui exploitait un centre Leclerc, ont, le 3 mars 1994, signé un pacte prévoyant que tout projet de cession d'actions devrait faire l'objet d'une offre préalable de cession aux autres actionnaires moyennant un prix déterminé à l'amiable ou à dire d'experts ; qu'à la suite de la démission, au mois d'avril 1996, de Mme X... de l'Association des centres distributeurs Edouard Leclerc (ACDLEC) et de la société Sodimer des sociétés coopératives du mouvement Leclerc, les consorts X..., Y... et la société Sodix, ont cédé les 2996 actions sur les 3000 parts composant le capital social de la société Sodimer qu'ils détenaient à la société ITM Nord (groupe Intermarché) et à M. C..., Weste, D..., Z..., A... et B... ; que la société Sodicamb, à laquelle ces actions n'avaient pas été proposées et qui entendait se prévaloir du pacte de préférence, a fait assigner les cédants et cessionnaires afin de voir déclarer nulle la cession ; que ces derniers ont invoqué la nullité dudit pacte ; que le tribunal a accueilli à la demande de la société Sodicamb ; qu'après avoir confirmé le jugement, la cour d'appel a fait injonction aux cédants de mettre en oeuvre la procédure définie par le pacte de

préférence ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° H 03-21.155 :

Attendu que la société ITM Nord et MM. Z..., A..., B..., C... et D... font grief à l'arrêt de les avoir déboutés de leur demande tendant à voir dire la société Sodicamb irrecevable en ses prétentions par application de l'article 31 du nouveau code de procédure civile, alors, selon le moyen, qu'en vertu de l'article 455 du nouveau code de procédure civile, toute décision doit être motivée ; que la cour d'appel n'a absolument pas précisé les motifs pour lesquels elle a écarté le moyen d'irrecevabilité de la société Sodicamb, violant ainsi le texte susvisé ;

Mais attendu que la cour d'appel ayant implicitement adopté les motifs du jugement constatant l'intérêt à agir de la société Sodicamb susceptible de se porter acquéreur des actions de la société Sodimer, le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen du pourvoi n° J 03-21.042, pris en sa quatrième branche :

Vu l'article 1134 du code civil ;

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 ;

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 septembre 2003, entre les parties, par la cour d'appel d'Amiens ; 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 Nancy ;

Cass. com. 30 mai 2012, n° 11-18024

LA COUR (...)

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-propriété des actions représentant le capital de la

société Lioser ; que sa qualité de nue-propriétaire 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 ;

Cass. com., 6 févr. 2007, n° 04-13178

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Idéal France et Dudule entretenaient des relations commerciales suivies avec la société Guiot qui leur vendait à des tarifs préférentiels ses produits destinés à la vente aux grandes surfaces ; que, se plaignant de la brutalité de la rupture de ces relations résultant, selon elles, d'une augmentation sans préavis des tarifs qui leur étaient jusqu'alors consentis par la société Guiot, les sociétés Idéal France et Dudule l'ont assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Guiot a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour dire que le tribunal de commerce de Libourne n'était pas compétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par les sociétés Idéal France et Dudule, l'arrêt retient que les relations habituelles et stables entre les parties depuis plusieurs années ont créé une

situation contractuelle que l'une d'elle ne peut unilatéralement modifier sans préavis sans engager sa responsabilité contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison du lieu du siège social de la société Guiot et de la clause attributive de compétence figurant dans ses tarifs, le tribunal de commerce de Nantes était seul compétent ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

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

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 janvier 2004, 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 d'Agen ;

Condamne la société Guiot 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 cassé ;

Cass. soc., 21 févr. 2007, n° 05-45048

La Cour (...)

Sur les deux moyens réunis :

Vu l'article L. 781-1, 2 du code du travail ;

Attendu que M. X... a conclu, le 26 avril 1993, avec la société France acheminement, transporteur spécialisé dans la livraison de courriers et de colis express, un contrat de franchise ayant pour objet l'organisation de tournées ; que les sociétés France acheminement et France acheminement exploitation pour lesquelles il exécutait ses prestations, ont fait l'objet d'une procédure collective et ont été mises en liquidation judiciaire par jugement du 8 août 2003 ; que, le 18 septembre 2003, M. X... a saisi le conseil de prud'homme d'une demande de requalification du contrat de franchise et aux fins de voir fixer sa créance au titre de rappels de salaire, d'indemnités et dommages-intérêts ;

Attendu que pour rejeter ses demandes, la cour d'appel a retenu que M. X... a constitué une société destinée à servir à son activité de "franchisé" pour les sociétés France acheminement ; qu'en souscrivant le contrat de franchise en cause, M. X... avait l'intention d'exercer son activité de façon indépendante dans le cadre de la société qu'il avait créée à cet effet ; "qu'il ne saurait à présent au mépris de ses engagements, prétendre avoir exercé cette activité à titre purement personnel considéré comme sa personne physique" ;

Attendu, cependant, qu'aux termes de l'article L. 781-1, 2 , du code du travail, les dispositions de ce code qui visent les apprentis, ouvriers, employés et travailleurs sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises ou denrées de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir des objets à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par ladite entreprise ; qu'il résulte de ce texte que dès lors que les conditions sus-énoncées sont, en fait, réunies, quelles que soient les énonciations du contrat, les dispositions du code du travail sont applicables, sans qu'il soit besoin d'établir un lien de subordination ;

Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs inopérants tirés de la constitution par M. X... d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si les conditions énoncées à l'article L. 781-1, 2 , susvisé, étaient réunies, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 9 septembre 2005, 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 Bordeaux ;

Cass. civ.1ère, 6 mars 2007, n° 06-10946

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société allemande Blaser Jagdwaffen (Blaser) a confié en 2000 à la société française Nemrod Frankonia (Frankonia), la distribution exclusive en France des armes, qu'elle fabrique en Allemagne ; que la société allemande ayant rompu les relations commerciales avec effet au 31 décembre 2003, la société Frankonia, l'a assignée, le 22 janvier 2005, devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance de Colmar, en réparation du préjudice subi du fait de cette rupture sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code du commerce, et de celui subi pour atteinte à son image de marque ; que la société Blaser a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en invoquant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de Ravensburg (Allemagne) ;

Attendu que la société Frankonia fait grief à l'arrêt attaqué (Colmar, 24 novembre 2005) d'avoir accueilli le contredit de compétence et de l'avoir renvoyée à mieux se pourvoir alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant qu'il fallait retenir qu'il existait bien une convention cadre pour en déduire que l'action en responsabilité engagée par la société

Nemrod Frankonia, contre la société Blaser Jagdwaffen était de nature contractuelle et exclure la compétence du tribunal de grande instance de Colmar, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 7 du nouveau code de procédure civile ;

2°/ bien que l'action engagée fondée sur l'article L. 442-6 5 du code de commerce ait eu une nature délictuelle au sens de l'article 5 3° du Règlement communautaire du 22 décembre 2000, en affirmant néanmoins que cette action était de nature contractuelle, pour en déduire que le tribunal de grande instance de Colmar était incompétent, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code du commerce ;

3°/ qu'en affirmant que la clause attributive de compétence stipulée sur la confirmation de commande et les factures de la société Blaser Jagdwaffen devait recevoir application, après avoir relevé que la société Nemrod Frankonia avait assigné la société Blaser en réparation du préjudice provoqué par la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce et 23 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000

4°/ qu'en affirmant que les dispositions de police de la concurrence invoquée par la société Frankonia n'étaient pas applicables à des fournisseurs situés à l'étranger la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir souverainement relevé, sans dénaturation, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) donnait compétence exclusive à la juridiction de l'Etat contractant désigné ; que par ce seul motif l'arrêt est légalement justifié

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. soc., 26 sept. 2007, n°06-44863

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en ses trois dernières branches :

Vu l'article L. 781-1 2 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Ginkgo a été créée en février 2002 pour développer une activité de franchisé régional en matière de transport de plis et de petits colis avec le groupe Fastway ;

que, par acte du 27 mars 2003, elle a conclu avec la société X..., représentée par son gérant, M. X..., un contrat de franchisé courrier ; qu'après avoir mis en demeure la société Ginkgo de respecter les dispositions du code du travail, M.

X... a, par lettre du 21 juin 2004, pris acte de la rupture de son contrat de travail aux torts exclusifs de la société et a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes ;

Attendu que, pour dire que le conseil de prud'hommes n'était pas compétent pour connaître du litige et renvoyer l'affaire devant le tribunal de commerce, l'arrêt retient que le compte de résultat de la société X... fait apparaître un chiffre d'affaires supérieur à celui que M. X... a indiqué comme résultant de son activité "Fastway" ;

qu'il ne travaillait pas exclusivement pour le compte de la société Ginkgo, comme d'ailleurs l'y autorisait le contrat conclu entre les deux sociétés ;

que si la société Ginkgo fournissait des étiquettes de transport à des prix fixes, il ne s'agissait que de prix conseillés ; que si la société Ginkgo a attiré l'attention des courriers franchisés sur l'importance de respecter les horaires d'enlèvement et de livraison, plusieurs franchisés soulignent qu'ils possédaient une clé du dépôt, ce qui leur permettait d'avoir toute latitude dans la gestion de leur emploi du temps ; que sur ce point, l'attestation produite par M. X... est dépourvue de pertinence dès lors que le salarié fait état d'horaires qui ne coïncident ni avec son bulletin de salaire ni avec sa fiche horaire ; que la société X... établissait elle-même les factures des clients et utilisait son propre matériel et que les commerciaux de la société Ginkgo ne pouvaient visiter la clientèle qu'avec l'autorisation du courrier franchisé du secteur ; qu'il en déduit que même s'il existait une certaine dépendance entre les deux sociétés, les conditions fixées par l'article L. 781-1 2 du code du travail qui sont cumulables n'étaient pas toutes remplies et que M. X... ne peut valablement se prévaloir des dispositions de ce texte et revendiquer d'une façon générale l'application du code du travail ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la société Ginkgo imposait à M. X... des horaires d'enlèvement et de livraison, ainsi que les prix à pratiquer, et sans rechercher le motif de la différence entre le chiffre d'affaires indiqué par M. X... sur le compte de résultat de sa société et celui reporté au titre de l'activité "Fastway", et sans se prononcer sur l'impossibilité pour l'intéressé de pratiquer une politique personnelle des prix, en raison de l'envoi à la clientèle d'une liste de prix imposés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 6 juillet 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Rennes ;

Cass. civ. 1ère, 22 oct. 2008, n° 07-15823

La Cour (...)

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé ;

Attendu que la société américaine Monster CableProductsInc (ci-après

Monster Cable) a conclu le 22 octobre 1986, puis le 18 septembre 1995, avec la société française Audio marketing services (ci-après AMS) un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que l'article 7.5 du dernier contrat désigne les juridictions de San Francisco pour toute action découlant du contrat ; que la société Monster Cable a résilié le contrat le 2 août 2002 ; que la société AMS a assigné le 3 janvier 2003 la société Monster Cable devant le tribunal de commerce de Bobigny en application de l'article L. 442-6 du code de commerce pour abus de dépendance économique ;

Attendu que pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, l'arrêt retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :
CASSE ET ANNULE (...)

Cass. com., 26 nov. 2008, n° 06-45104 et 06-45436

La Cour (...)

Vu leur connexité, joint les pourvois n°s A 06-45.104 et M 06-45.436 ;

Attendu, selon les arrêts attaqués, que la société BP France a confié par convention du 23 décembre 1992 à la société X..., qui avait été constituée à cette fin par Mme X..., l'exploitation à compter du 15 janvier 1993 d'une station-service dont la première société était locataire sur la route nationale 13 à Bonnières-sur-Seine ; que cette exploitation se déroulait suivant un mandat pour la distribution de carburant, fourni exclusivement par la société BP France aux conditions et prix imposés par celle-ci, et suivant une location-gérance pour les autres activités du fonds de commerce ; que les pertes de l'exploitation ont conduit les parties à mettre fin à leurs relations contractuelles avec effet du 3 février 1995 ; que Mme X... a assigné au nom de la société X... la société BP France le 1er février 1995 devant le tribunal de commerce afin que soit reconnue la nullité des contrats conclus entre les deux sociétés ; qu'elle a été déboutée de ses demandes par arrêt irrévocable de la cour d'appel de Paris du 30 avril 2003 ; qu'elle a saisi le 20 février 2004 la juridiction prud'homale sur le fondement de l'article L. 781-1 du code du travail, recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4 ; que par arrêt du 6 décembre 2005 frappé d'un pourvoi déclaré irrecevable le 21 décembre 2007, la cour d'appel de Versailles, statuant sur contredit, a déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître du litige et évoqué l'affaire au fond ; que par arrêt du 27 juin 2006, la même cour a, entre autres dispositions, décidé que Mme X... était en droit de

prétendre au paiement d'un rappel de salaire au coefficient conventionnel 230, et a ordonné une expertise pour déterminer le montant de la rémunération qui lui était due ;

Sur le premier moyen du pourvoi de la société BP France en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 6 décembre 2005 :

Attendu que la société BP France fait grief à l'arrêt statuant sur contredit d'avoir déclaré la juridiction prud'homale compétente pour connaître du litige alors, selon le moyen :

1°/ que les dispositions de l'article L. 782-1, 2°, du code du travail étendent celles-ci aux seules personnes physiques visées par ce texte, à l'exclusion des sociétés et de leurs représentants légaux, sauf à établir que leur personnalité morale est fictive ; qu'en retenant qu'elle a subordonné la conclusion et l'exécution d'un contrat de location-gérance avec la société X... à la condition que Mme X... en reste la gérante et qu'elle en assure la direction, la cour d'appel qui s'est bornée à énoncer que la conclusion d'un contrat de location était empreinte d'un intuitu personae, s'est déterminée par des motifs impropres à établir que la société X... ne jouirait d'aucune personnalité morale autonome et distincte de celle de Mme X... qui se serait comportée comme le maître de l'affaire ; qu'ainsi, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des dispositions précitées, ensemble l'article 1842 du code civil ;

2°/ subsidiairement, qu'un gérant de station-service ne pouvant cumuler les avantages attachés à sa qualité de commerçant avec ceux du droit du travail, il renonce nécessairement à toute action tendant à se voir reconnaître la qualité de gérant-salarié, au sens de l'article L. 781-1, alinéa 2, du code du travail, dès lors qu'il a réclamé le bénéfice de son contrat de locataire-gérant devant les juridictions consulaires ; qu'elle rappelait dans ses conclusions récapitulatives, que Mme X... avait soutenu devant la juridiction consulaire, que sa propre rémunération était garantie par les accords interprofessionnels auxquels renvoie le contrat de location-gérance de la station-service ; qu'en affirmant que la saisine des juridictions commerciales par Mme X..., au nom de la société X..., aux fins de voir annuler les contrats de mandat et location-gérance, ne caractérise pas, à elle seule, la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de renoncer aux droits qu'elle pouvait tenir à titre individuel du code du travail, la cour d'appel qui n'a pas recherché, ainsi qu'elle y était invitée, si Mme X... n'avait pas sollicité dans son propre intérêt, le bénéfice des avantages attachés à sa qualité de commerçant devant les juridictions consulaires, a privé sa décision de base légale au regard de la disposition précitée, ensemble l'article 1134 du code civil ;

3°/ qu'il est défendu aux juges de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises ; qu'en affirmant, en termes généraux, pour écarter le moyen qu'elle tirait de la faible part dans les bénéfices de l'exploitant, des commissions versées, en contrepartie de la vente sous exclusivité de carburants, que seule la comparaison des chiffres d'affaires réalisés par l'exploitant, sous exclusivité, d'un côté, et hors exclusivité, de l'autre, permet aux tribunaux de décider si l'activité réelle de l'exploitant de la

station-service relève de l'article L. 781-1, 2° du code du travail, la cour d'appel qui a statué par voie de dispositions générales et réglementaires, s'est interdit d'exercer le pouvoir souverain d'appréciation qu'elle tient de la loi ; qu'ainsi, elle a violé l'article 5 du code civil, ensemble la disposition précitée ;

4°/ qu' en toute hypothèse elle rappelait dans ses conclusions (p. 24, 6ème alinéa et svts), que le chiffre d'affaire réalisé par Mme X..., en tant que son mandataire exclusif , devait être minoré du montant des taxes sur les produits pétroliers qui sont particulièrement élevées, afin de le comparer au chiffre d'affaire que la société X... retire de la vente "hors exclusivité" d'autres produits qui ne sont pas assujettis aux mêmes taxes que la distribution des carburants ; qu'en décidant qu'elle ne conteste pas la part représentée dans le chiffre d'affaire total, par la vente de carburants et de lubrifiants, tel que calculé sur la seule base de leur prix de vente, la cour d'appel a dénaturé ses conclusions critiquant ce mode de calcul ; qu'ainsi, elle a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

Mais attendu que, selon le premier alinéa de l'article L. 781-1 du code du travail, recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, les dispositions de ce code qui visent les apprentis, ouvriers, employés, travailleurs sont applicables aux personnes dont la profession consiste essentiellement, soit à vendre des marchandises de toute nature, des titres, des volumes, publications, billets de toute sorte qui leur sont fournis exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise industrielle ou commerciale, soit à recueillir les commandes ou à recevoir les objets à traiter, manutentionner, transporter, pour le compte d'une seule entreprise industrielle ou commerciale, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise aux prix et conditions imposés par ladite entreprise ;

Et attendu, d'abord, que la cour d'appel a relevé, que la location-gérance avait été confiée par la société BP France à la société X... en considération de la personne de Mme X... et que les dispositions contractuelles spécifiaient que la location-gérance prendrait fin si cette dernière cessait d'être gérante et d'en assurer personnellement la direction ; qu'elle en a exactement déduit que, nonobstant le contrat conclu entre les deux sociétés, Mme X... était recevable à invoquer les droits qu'elle pouvait tenir à titre individuel du code du travail en application de l'article L. 781-1, 2°), devenu L. 7321-2, alinea 1, 2°), de celui-ci ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel a relevé que le fait pour Mme X... d'avoir saisi la juridiction commerciale au nom de la société X... afin que soit reconnue la nullité des contrats conclus par cette dernière avec la société BP France ne caractérisait pas à lui seul la manifestation d'une volonté claire et non équivoque de renoncer aux droits qu'elle pouvait tenir à titre individuel du code du travail ;

Attendu, enfin, que par des motifs déduits de son appréciation souveraine, la cour d'appel, qui n'a pas dénaturé les écritures de la société qu'elle a prises en compte, et qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a constaté que la distribution des carburants et des lubrifiants fournis par la société BP France constituait l'activité prépondérante de la station-service ;

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

Mais sur le second moyen du pourvoi de la société BP France en ce qu'il est dirigé contre l'arrêt du 27 juin 2006 :

Vu les articles L. 143-14 du code du travail, devenu L. 3245-1, et 2251 du code civil ;

Attendu que pour écarter la fin de non-recevoir tirée de la prescription quinquennale prévue aux articles susvisés, la cour d'appel a retenu que l'action engagée par Mme X... en ce qu'elle tendait à obtenir le bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 du code du travail, recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, se prescrivait par trente ans en application de l'article 2262 du code civil, qu'au surplus l'intéressée s'était vu dénier par la société BP France le droit de bénéficier des dispositions de l'article L. 781-1 précité, avait ainsi été mise dans l'impossibilité d'agir en paiement des salaires qu'elle estimait lui être dûs, de sorte que ses demandes à caractère salarial n'étaient pas atteintes par la prescription quinquennale ;

Qu'en statuant ainsi alors que seule la prescription quinquennale prévue par l'article L. 143-14 susvisé, devenu L. 3245-1, s'appliquait, en vertu de l'article L. 781-1 précité du code du travail recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, à l'action engagée par Mme X... devant la juridiction prud'homale, neuf ans après la fin des relations contractuelles, pour statuer sur ses demandes de nature salariale et qu'il ne résultait pas de ses constatations que Mme X... s'était trouvée dans une impossibilité d'agir suspendant cette prescription, la dénégation par la société BP France de son droit à bénéficier des dispositions de l'article L. 781-1 recodifié sous les numéros L. 7321-1 à L. 7321-4, ne l'empêchant pas de contester cette position devant la juridiction prud'homale, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile ;

Attendu que la cour de cassation est en mesure de donner au litige une solution définitive en cassant sans renvoi ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il soit besoin de statuer sur le pourvoi formé par Mme X... à l'encontre de l'arrêt du 27 juin 2006, que la cassation de ce dernier rend sans objet :

REJETTE le pourvoi de la société BP France en ce qu'il est formé contre l'arrêt du 6 décembre 2005 ;

Statuant sur le pourvoi en ce qu'il est formé contre l'arrêt du 27 juin 2006 ;

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 juin 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ;

Cass. com., 26 févr. 2008, n° 06-20.772

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt déferé, que la société Chantal Pieri, franchisée de la société Chattawak, est devenue, par contrat du 11 juin 1999, affiliée de cette

société ; qu'elle a informé la société Chattawak qu'elle voulait changer l'emplacement de son magasin ; que cette société lui a demandé de lui faire connaître le lieu, les surfaces du local et les conditions financières du changement, puis a mis fin au contrat au motif qu'un compromis de cession de droit au bail avait été signé sans son accord ; que la société Chantal Pieri l'a assignée afin que la qualité d'agent commercial lui soit reconnue, que la rupture du contrat soit déclarée à l'initiative du mandant et qu'elle soit condamnée à lui payer une indemnité de cessation de contrat ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société Chattawak reproche à l'arrêt de l'avoir condamnée au paiement de la somme de 145 000 euros à titre d'indemnité de rupture, alors, selon le moyen que le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant ; qu'agissant sous son nom, il est partie aux contrats de vente et en assume les obligations et les risques ; qu'en se prononçant, pour décider que la société Chantal Pieri n'était pas commissionnaire mais mandataire de la société Chattawak, par des motifs liés à la commercialisation des articles sous l'enseigne Chattawak et de la marque Chattawak et à des obligations découlant de l'affiliation à un réseau de vente, inopérants à établir si la société Chantal Pieri agissait en son nom ou en celui de la société Chattawak, la cour d'appel, qui n'a pas recherché si la société Chantal Pieri intervenait aux contrats de vente des articles à la clientèle en tant que vendeur ou en tant que représentant de la société Chattawak, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 134-1 du code de commerce ;

Mais attendu qu'ayant relevé que l'article 8 du contrat liant les parties précise que les marchandises et accessoires confiés à l'affilié restent la propriété de la société Chattawak et que les dispositions de l'article 11, qui ont un caractère essentiel, stipulent que l'affilié "encaissera le produit de l'ensemble des ventes au détail faites à la clientèle en versant ces montants sur un compte bancaire ouvert au nom de la société Chattawak ; ces remises de fonds interviendront au moins trois fois par semaine", tandis que le ticket de caisse versé aux débats établi par le logiciel "terminal point de vente" fourni par la société Chattawak et impérativement utilisé par l'affilié pour la gestion du magasin mentionne "Chattawak, 7 rue Sommelier-74 000 Annecy", sans aucune indication permettant d'identifier la société Chantal Pieri, l'arrêt retient que la société Chantal Pieri se trouvait contractuellement et dans les faits, tenue d'agir non seulement pour le compte, mais aussi au nom de la société Chattawak ; qu'ainsi, la cour d'appel a fait la recherche prétendument omise ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le premier moyen, pris en sa seconde branche :

Vu les articles L. 134-1 et L. 132-1 du code de commerce ;

Attendu qu'après avoir constaté que le contrat liant les parties contenait une disposition selon laquelle la société Chantal Pieri était "un commerçant indépendant propriétaire de son fonds de commerce", l'arrêt retient que cette société avait la qualité d'agent commercial de la société Chattawak ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire qui n'a pas de clientèle propre, ne peut être titulaire d'un fonds de commerce, et n'a pas la qualité de commerçant, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :
CASSE ET ANNULE, (...)

Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-12336

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Auramo France s'approvisionnait depuis 1988 auprès de la société allemande GmbH SeithFödertechnik en éléments terminaux d'appareils de manutention, fourches et pinces diverses ; que la société GMBH SeithFödertechnik qui n'était pas le seul fournisseur de la société Auramo France lui conférait des avantages importants constitués par des remises de 32 à 35 % ; que le 20 octobre 2000, la société SeithFödertechnik a notifié à la société Auramo la rupture des relations commerciales directes au 1er décembre 2000 et l'a invitée à adresser ses nouvelles commandes à la société Seith France et à négocier avec cette dernière des tarifs ainsi que le prix des études spéciales ; qu'après décembre 2000, la société Auramo France n'a plus acquis de matériel Seith ; qu'elle a assigné la société GmbH SeithFödertechnik et la société Seith France pour rupture brutale des relations commerciales et concurrence déloyale ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatrième et cinquième et branches :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-1-5 du code de commerce, ensemble l'article l'article 5 du règlement n° 44/2001 ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la société Auramo France fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la cour d'appel retient que l'article L. 442-6 du code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, troisième et sixième branches du moyen :

CASSE ET ANNULE (...)

Cass. com., 13 janv. 2009, n° 08-13971

La Cour (...)

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Delor Vincent était le concessionnaire exclusif dans le département de la Lozère de la société Renault Agriculture; que se plaignant de la brutalité de la rupture de leurs relations par cette dernière, la société Delor Vincent l'a assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Renault Agriculture a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour déclarer le tribunal de commerce de Versailles incompétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par la société Delor Vincent, l'arrêt retient que le litige qui porte sur le point de savoir si la rupture des relations contractuelles entre les parties est intervenue dans le respect des dispositions du contrat de concession, revêt une nature contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison de la clause attributive de compétence figurant dans ce contrat, le tribunal de commerce de Paris est compétent ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Delor Vincent avait assigné la société Renault agriculture exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce et que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche :

CASSE ET ANNULE (...)

Cass. soc., 25 févr. 2009, n° 07-40371

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Vu l'article L. 781-1 recodifié sous les n° L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société des pétroles Shell a confié par acte sous seing privé du 2 mai 2001 à la société AFI, représentée par ses cogérants M. et Mme X..., l'exploitation d'une station-service située au Kremlin-Bicêtre pour une durée expirant le 1er mai 2004 ; que cette exploitation se déroulait suivant un mandat pour la distribution de carburant, et suivant une

location-gérance pour les prestations de services et ventes de marchandises et produits divers sous la responsabilité de l'exploitant ; que les parties ont mis fin à leurs relations contractuelles d'un commun accord par acte du 13 août 2003 avec effet au 30 septembre 2003 ; que M. et Mme X..., revendiquant le bénéfice de l'article L. 781-1 du code du travail, ont saisi la juridiction prud'homale ;

Attendu que pour dire que le litige élevé entre la société Shell et les époux X... ne relevait pas de la compétence prud'homale et renvoyer l'affaire devant le tribunal de commerce de Paris, la cour d'appel a retenu que les dispositions de l'article L. 781-1 du code du travail ne s'appliquaient pas à une personne morale ni aux gérants de celle-ci, qu'il résultait des statuts et des pièces produites que la société AFI avait été constituée par M. et Mme X..., disposant chacun de 195 parts sociales et par M. Habib Y..., disposant de 390 parts, aux fins d'exploitation de tous fonds de commerce de station-service, qu'elle a été immatriculée le 16 juillet 2001, qu'elle a recruté plusieurs salariés pour les besoins de son activité, qu'il n'était pas démontré, au regard des documents sociaux ni même allégué que la société AFI, qui avait par ailleurs intenté une action en annulation du contrat d'exploitation devant le tribunal de commerce, n'était qu'une société fictive, et qu'il n'était nullement établi qu'en fait l'activité professionnelle n'avait été exercée que par les deux associés cogérants ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le bénéfice des dispositions de l'article L. 781-1 recodifié sous les n° L. 7321-1 à L. 7321-5 du code du travail n'est pas subordonné au caractère fictif de la société ni à la condition que l'activité professionnelle découlant de cette exploitation soit exercée par les seuls intéressés à l'exclusion de l'emploi de salariés, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 novembre 2006, 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., 19 janv. 2010, n° 09-10.980

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

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 ;

Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-66773

La Cour (...)

Donne acte à la société ChomaratFashion concept, venant aux droits de la société Chattawak, de sa reprise d'instance ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 26 février 2008, pourvoi n° C-06. 20. 772), que la société Chantal X..., franchisée de la société Chattawak, est devenue, par contrat du 11 juin 1999, affiliée de cette société ; qu'elle a informé la société Chattawak qu'elle voulait changer l'emplacement de son magasin ; que cette société lui a demandé de lui faire connaître le lieu, les surfaces du local et les conditions financières du changement, puis a mis fin au contrat au motif qu'un compromis de cession de droit au bail avait été signé sans son accord ; que la société Chantal X... l'a assignée afin que la qualité d'agent commercial lui soit reconnue, que la rupture du contrat soit déclarée à l'initiative du mandant et qu'elle soit condamnée à lui payer une indemnité de cessation de contrat ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, qui est recevable :

Vu les articles L. 132-1 et L. 134-1 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société Chattawak au paiement d'une indemnité de cessation du contrat à la société Chantal X..., après avoir constaté que les recettes des ventes étaient déposées sur un compte ouvert au nom de la société Chattawak, que les correspondances adressées à la société Chantal X... mentionnaient la dénomination de la boutique Chattawak, que les tickets de caisse comportaient le nom de Chattawak et que la société Chantal X... était tenue d'apposer la seule enseigne Chattawak, l'arrêt retient que celle-ci agissant non en son nom, comme le stipule le contrat, mais au nom de la société Chattawak, le contrat doit être requalifié en contrat d'agent commercial ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher laquelle des deux sociétés avait la qualité juridique de vendeur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

Sur le moyen, pris en sa troisième branche :

Vu les articles L. 134-1 et L. 132-1 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société Chattawak au paiement d'une indemnité de cessation de contrat à la société Chantal X..., l'arrêt retient encore qu'une clientèle, à l'évidence détachable de la marque Chattawak, était attachée à la société Chantal X... qui avait su fidéliser une clientèle en ce lieu, tandis que la société Chattawak avait pu ouvrir, dans le même temps, un nouveau magasin dans la même ville à son enseigne ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'agent commercial, simple mandataire, n'a pas de clientèle propre, la cour d'appel qui n'a pas tiré

les conséquences légales de ses constatations, a violé les textes susvisés ;

Et sur le moyen, pris en sa cinquième branche :

Vu les articles L. 134-1 et L. 132-1 du code de commerce ;

Attendu que pour condamner la société Chattawak à payer une indemnité de cessation de contrat, l'arrêt retient enfin que la cession par la société Chantal X... du droit au bail des locaux où était exploité le fonds de commerce, sur lesquels la société Chattawak ne prétend pas avoir un quelconque droit, n'est pas un élément essentiel du litige ;

Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la circonstance que la société Chantal X... ait été titulaire du bail commercial était un élément essentiel pour déterminer si celle-ci avait la qualité de commerçant qu'un agent commercial ne peut posséder, 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 (...)

Cass. com., 8 juil. 2010, n° 09-67013

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 9 avril 2009) que la société suédoise HTC a conclu le 19 novembre 1999 avec la société française Doga, un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que ce contrat contenait une clause compromissoire ; que, le 26 mars 2007, la société HTC a résilié le contrat ; que la société Doga a assigné la société HTC devant un tribunal de commerce en paiement de dommages-intérêts sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce pour rupture abusive du contrat ; que la société HTC a soulevé l'incompétence de la juridiction étatique en se prévalant de la clause compromissoire ;

Sur le premier moyen, pris en ses trois branches, ci-après annexé :

Attendu que ce grief n'est pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le second moyen, pris en ses deux branches :

Attendu que la société Doga fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son contredit et dit le tribunal de commerce de Versailles incompetent au profit de la juridiction arbitrale pour statuer sur le litige, alors, selon le moyen :

1°/ qu'après avoir relevé que la société Doga avait "introduit le présent litige sur le fondement des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° en faisant valoir que HTC avait rompu de manière brutale les relations commerciales établies", ce dont il résultait qu'était en cause l'application d'une loi de police, la cour d'appel, qui a néanmoins écarté la compétence, pourtant impérative en ce cas, des juridictions étatiques françaises revendiquée par la société Doga, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, violant ainsi l'article 3 du code civil, ensemble les principes généraux du droit international privé ;

2°/ Alors, en tout état de cause et subsidiairement, que la rupture brutale d'une relation commerciale établie, en violation des dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, constitue un délit civil, qui engage la responsabilité délictuelle de son auteur ; que même si cet agissement illicite a été commis à l'occasion d'un contrat, l'action en réparation intentée par la victime pour voir sanctionner la méconnaissance par l'autre partie d'une obligation légale est en elle-même sans lien avec le contrat, de sorte que la clause compromissoire qu'il contient est manifestement inapplicable au litige ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé le texte susvisé, ensemble l'article 1458 du code de procédure civile ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la clause compromissoire visant tout litige ou différend né du contrat ou en relation avec celui-ci n'était pas manifestement inapplicable dès lors que la demande de Doga présentait un lien avec le contrat puisqu'elle se rapportait notamment aux conditions dans lesquelles il y avait été mis fin et aux conséquences en ayant résulté pour Doga, peu important que des dispositions d'ordre public régissent le fond du litige dès lors que le recours à l'arbitrage n'est pas exclu du seul fait que des dispositions impératives, fussent-elles

constitutives d'une loi de police, sont applicables, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il appartenait à l'arbitre de se prononcer par priorité sur sa propre compétence ; que le moyen ne peut être accueilli ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi

Cass com., 4 oct. 2011, n°10-20956

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 Sodacob 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 Sodacob 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 EquipBuro 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. soc., 18 janv. 2012, n°10-23921

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un contrat de franchise a été passé le 15 octobre 1996 entre la société Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher (la société Yves Rocher) et Mme Y..., pour l'exploitation d'un institut de beauté sous l'enseigne "Yves Rocher" à Sevran (93) ; que la relation contractuelle a pris fin le 29 novembre 2002 ; que Mme Y... a saisi la juridiction prud'homale de diverses demandes en application des dispositions de l'article L. 781-1 2° devenu l'article L. 7321-2 du code du travail ;

Sur le premier moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société Yves Rocher fait grief à l'arrêt de reconnaître l'existence d'un contrat de travail entre les parties et de la condamner en conséquence à payer à Mme Y... diverses sommes à titre de rappel de salaire, indemnité conventionnelle de licenciement et dommages-intérêts en indemnisation du préjudice résultant du licenciement, outre accessoires ;

Mais attendu que l'action tendant à faire reconnaître que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail sont applicables à un rapport contractuel n'exige pas que soit établie l'existence d'un lien de subordination ;

Attendu, ensuite, que la cour d'appel, qui a statué au regard des dispositions de cet article L. 781-1 2° devenu L. 7321-2 du code du travail, a constaté que les conditions cumulatives prévues par ce texte étaient remplies ;

Attendu, enfin, que l'employeur n'a pas précisé quel aurait été le salaire de référence applicable au coefficient 270 à l'époque considérée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le second moyen, ci-après annexé :

Attendu que la société Yves Rocher fait grief à l'arrêt de juger que la rupture du contrat de travail liant les parties s'analysait en un licenciement sans cause réelle et sérieuse et de la condamner en conséquence à payer à Mme Y... une indemnité conventionnelle de licenciement et des dommages-intérêts en indemnisation du préjudice résultant du licenciement ;

Mais attendu qu'il ne ressort ni des conclusions ni de l'arrêt que la

société Yves Rocher ait soutenu que les circonstances de la rupture auraient caractérisé une rétractation du licenciement par la société Yves Rocher et une acceptation de cette rétractation par Mme Y..., en sorte que le moyen, en sa première branche, est nouveau, mélangé de fait et de droit, et, partant, irrecevable ;

Et attendu que la cour d'appel a retenu que la rupture de la relation contractuelle relevait de l'initiative prise le 16 octobre 2000 par la société Yves Rocher ; qu'en sa seconde branche, le moyen est inopérant ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 10 juill. 2012, n°11-20060

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 2 février 2011), que par contrat du 2 novembre 2005, la société TDF a confié à la société Unilog Management, aujourd'hui dénommée Logica Business Consulting (société Logica), la réalisation d'un projet informatique qui devait être achevé en août 2006 ; que par lettre du 30 janvier 2006, la société TDF a résilié unilatéralement le contrat, avec un préavis de 30 jours, et a proposé à la société Unilog de lui régler certaines de ses charges réelles ; que les négociations sur les conséquences financières de la résiliation ayant échoué, la société Logica a fait assigner la société TDF en paiement d'une certaine somme ; que cette dernière a formé une demande reconventionnelle en paiement de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Logica fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté ses demandes, alors, selon le moyen :

1°/ que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, qu'en l'espèce, les parties étaient expressément convenues dans l'article 20 du contrat conclu le 2 novembre 2005, que la résiliation du contrat pouvait intervenir à tout moment à la condition de respecter un préavis de 30 jours et de payer les prestations réalisées par le cocontractant et/ou ses sous-traitants en fonction des charges réelles réalisées, et il est constant que la société TDF ayant délibérément choisi, dans sa lettre du 30 janvier 2006, d'écarter la procédure de résiliation pour faute et décidé de procéder à la résiliation sans faute du contrat en respectant simplement un préavis de 30 jours et en proposant de régler les charges réelles engagées sur le projet, la cour d'appel ne pouvait débouter la société Logica de ses demandes en paiement à ce titre, sans violer, ensemble, l'article 20 du contrat et l'article 1134 du code civil ;

2°/ que selon l'article 20 du contrat conclu le 2 novembre 2005, les parties étaient aussi convenues d'une résiliation anticipée par une partie, en cas de manquement par l'autre partie à l'une de ses obligations, non réparé dans un délai de 30 jours suivant mise en demeure d'avoir à y remédier adressée par lettre recommandée avec accusé de réception ; qu'en l'espèce, dès lors qu'il est constant, d'une part, que la société TDF avait délibérément choisi d'écarter la

procédure de résiliation pour faute et de procéder à la résiliation en respectant simplement un préavis de 30 jours, sans mise en demeure préalable de la société Logica de remédier à ses éventuels manquements, et d'autre part, que la cour d'appel constate que la société TDF reconnaissait elle-même, dans sa lettre du 30 janvier 2006 que, répondant à sa demande de lui remettre "une proposition visant à atteindre l'objectif d'une mise en production à l'été 2006", la société Logica s'était exécutée le 24 janvier suivant mais que la société TDF avait néanmoins décidé de rompre le contrat, la cour d'appel ne pouvait juger que la résiliation unilatérale et anticipée du contrat était justifiée par les griefs invoqués par la société TDF, sans méconnaître la convention des parties et violer les articles 1134 et 1184 du code civil ;

3°/ que, seule la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls ; qu'en l'espèce, en l'état d'un contrat conclu le 2 novembre 2005, avec un objectif d'une mise en production à l'été 2006, la cour d'appel ne pouvait dire qu'était justifiée la résiliation unilatérale et anticipée par la société TDF intervenue le 30 novembre 2005, au prétexte que la phase de conception n'était pas achevée, qu'Unilog devait informer TDF des négociations sur les difficultés rencontrées avec Oracle et que des difficultés perduraient entre elles, dès lors qu'elle constatait que TDF était elle-même à l'origine des retards reprochés à son cocontractant et d'un défaut de collaboration, que, ce faisant, elle n'a pas caractérisé l'existence d'un manquement suffisamment grave imputable à l'exposante de nature à justifier la résiliation unilatérale ; que l'arrêt est entaché d'un défaut de base légale au regard des articles 1134 et 1184 du code civil

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt relève que, selon les termes de la lettre du 30 janvier 2006, la société TDF a décidé, sans ambiguïté, de mettre fin au contrat sans se placer dans le cadre d'une résiliation sans faute ;

Attendu, d'autre part, qu'il ne résulte ni de l'arrêt, ni des conclusions de la société Logica devant la cour d'appel, qu'elle ait prétendu que la société TDF avait mis fin au contrat sans respecter les stipulations contractuelles prévues en cas de résiliation pour faute ; que le moyen pris de cette circonstance est nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Et attendu, enfin, qu'ayant relevé que l'article 20 autorisait chacune des parties à résilier le contrat pour faute, ce dont il résultait que les parties avaient écarté l'appréciation judiciaire de la gravité de leur comportement, la cour d'appel n'avait pas à procéder à une recherche que ses constatations rendaient inopérante ;

D'où il suit que le moyen qui est irrecevable en sa deuxième branche et manque en fait en sa première branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi incident éventuel

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 23 oct. 2012, n°11-21978

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 16 septembre 2009), rendu sur renvoi après cassation (chambre commerciale, financière et économique, 9 octobre 2007, pourvoi 05-14.118), que la société Espace télécommunication équipement (société 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 (société SFR), six contrats de franchise ; 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 reconduites, jusqu'à ce que la société SFR refuse de procéder au renouvellement de cinq d'entre elles à leur échéance, et notifie la résiliation sans préavis de la sixième ;

Attendu que le liquidateur de la société ETE fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande indemnitaire au titre de sa perte de clientèle, alors, selon le moyen :

1°/ que le franchiseur qui rompt le contrat de franchise comportant une clause de non-concurrence doit indemniser le franchisé de la perte de sa clientèle propre ainsi subie ; qu'en relevant, pour débouter la société ETE de sa demande fondée sur la perte de sa clientèle, que la clientèle d'abonnés était exclusivement attachée aux prestations offertes par SFR quand, quelle que soit la valeur de la marque et des prestations du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait du franchisé et est créée par l'activité de ce dernier avec les moyens qu'il met en oeuvre à ses risques et périls, de sorte qu'en cas de rupture du contrat comportant une clause de non concurrence à l'initiative du franchiseur, le franchisé peut obtenir l'indemnisation de la perte de la clientèle qu'il subit ainsi, la cour d'appel a violé l'article 1371 du code civil ;

2°/ que le franchiseur qui rompt le contrat de franchise comportant une clause de non-concurrence doit indemniser le franchisé de la perte sa clientèle propre ainsi subie ; qu'en déboutant la société ETE de sa demande d'indemnisation au motif que « le non-renouvellement des contrats conclus avec la société SFR était sans incidence sur la clientèle directement attachée au fonds exploité par la société ETE et que cette dernière pouvait, de toute façon continuer à gérer et développer » sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, si la perte induite de sa clientèle principale d'abonnés que la société ETE avait elle-même créée et développée n'avait pas privé cette dernière d'une partie de sa clientèle, accessoire, d'acheteur de matériels, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1371 du code civil ;

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 ;

PAR CES MOTIFS : REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 23 oct. 2012, n°11-25175

La Cour (...)

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 Sabicinnovative 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 Sabicinnovative 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 Sabicinnovative 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. soc., 5 déc. 2012, n° 11-22168, 11-22365

La Cour (...)

Vu la connexité, joint les pourvois n°s Y 11-22.168 et N 11-22.365 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, qu'un contrat de location-gérance a été conclu le 28 décembre 1998 entre la société Elf Antar France, aux droits de laquelle est venue la société Total France, elle-même devenue société Total raffinage marketing (Total), et la société ANC, relatif au fonds de commerce de la station-service de Colomars (06), pour une durée de trois ans à compter du 4 janvier 1999 ; que ce contrat a été prorogé, puis renouvelé jusqu'au 30 juin 2005 ; que le 18 septembre 2006, Mmes Nicole et Cécile X..., cogérantes de la société ANC, ont saisi la juridiction prud'homale en revendiquant le bénéfice de l'article L. 781-1 du code du travail, alors applicable, recodifié sous les articles L. 7321-1 et suivants du même code, pour obtenir le paiement par la société Total de diverses sommes à titre de rappel de salaires et d'indemnités, ainsi que leur immatriculation au régime général de la sécurité sociale ;

Sur le pourvoi n° Y 11-22.168 de la société Total :

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de rejeter son exception d'inconventionnalité, alors, selon le moyen :

1°/ que le principe de sécurité juridique impose la prévisibilité de la règle de droit et fait partie des droits protégés par la juridiction européenne au titre du droit à un procès équitable ; que le critère de presque exclusivité posé par l'article L. 7321-2 du code du travail n'est pas défini par ce texte et ne permet pas au fournisseur d'apprécier le risque de se voir imposer la mise en oeuvre des dispositions précitées ; qu'en refusant d'accueillir l'exception d'inconventionnalité soulevée par la société Total qui établissait l'imprévisibilité de la règle de droit posée par l'article L. 7321-2 du code du travail, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

2°/ que le principe de sécurité juridique impose la prévisibilité de la règle de droit et fait partie des droits protégés par la juridiction européenne au titre du droit à un procès équitable ; que le critère de presque exclusivité posé par l'article L. 7321-2 du code du travail, en l'absence de toute définition par le texte des conditions précises de son application, ne permet pas de prévoir avec un degré suffisamment raisonnable de certitude, les conséquences pouvant en résulter ; qu'en refusant d'accueillir l'exception d'inconventionnalité soulevée par la société Total, la cour d'appel a violé l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que ne constitue pas une atteinte à la sécurité juridique le fait que les juridictions apprécient dans chaque cas l'importance, prépondérante ou non, de l'activité consacrée par un distributeur de produits au service du fournisseur et que le contrôle juridictionnel constitue au contraire une garantie de sécurité pour ce

dernier, et en a déduit que les dispositions de l'article L. 7321-2 du code du travail ne sont pas contraires à l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de dire que les dispositions des articles L. 7321 et suivants du code du travail s'appliquent en leur principe aux rapports des parties et bénéficient à Mmes X..., de rejeter sa demande tendant à une compensation de créances et de dire que l'inscription au régime général était obligatoire dès le début de l'activité des intéressées, alors, selon le moyen :

1°/ que la mise en œuvre des dispositions légales applicables au gérant de succursales au bénéfice de deux personnes physiques, gérantes et associées de société, impose que soit constatée la fictivité de la société qui a initialement conclu un contrat avec le distributeur de carburant et dont les gérantes prétendent relever du champ d'application des articles L. 7321-2 du code du travail ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2 du code du travail ;

2°/ que la mise en œuvre des articles L. 7321-1 et suivants du code du travail exige la constatation d'obligations réciproques entre celui qui prétend bénéficier des articles susvisés et son fournisseur ; qu'en ne relevant pas l'existence de telles obligations entre les deux gérantes de la société ANC et la société Total, tout en accordant le bénéfice des dispositions applicables au gérant de succursale à Mmes X... , la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ;

3°/ que, subsidiairement, une même activité ne peut donner lieu à une rémunération au titre de deux statuts incompatibles pour une même période ; qu'en accordant à Mmes X... le bénéfice des dispositions applicables aux gérants de succursales après avoir constaté qu'elles en étaient les gérantes et associées, ce dont se déduisait qu'elles avaient perçu une rémunération au titre de cette gérance, la cour d'appel, qui a autorisé le principe d'une double rémunération de Mmes X... au titre d'une même période et d'une même activité, a violé les articles 1131 et 1134 du code civil ;

4°/ qu'en tout état de cause, la rémunération de gérants d'une station-service sous la forme de versement de salaires en application des articles L. 7321-1 à L. 7321-4 du code du travail doit être déterminée en tenant compte des rémunérations perçues au titre de la gérance qui a la même cause ; qu'en refusant de faire droit à la demande de la société Total, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-1 et suivant du code du travail

5°/ que, subsidiairement, la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel qu'elle était également fondée à se prévaloir de la déduction des sommes perçues de l'exploitation sur le fondement de l'enrichissement sans cause ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ que, subsidiairement, en retenant qu'un lien était caractérisé entre Mmes X..., qui consacraient toute leur activité au fonctionnement de l'établissement et

la société Total, tout en refusant de faire droit à la demande de cette dernière tendant à une compensation des créances, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1289 du code civil ;

7°/ que, subsidiairement, la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel que dans l'hypothèse où il serait jugé que Mmes X... seraient créancières de la société Total au titre de l'exploitation de la station service, il devait être constaté qu'elles avaient perçu une rémunération à ce titre, peu important que ladite rémunération ait été versée par un tiers, à savoir, la société ANC, puisque selon l'article 1236 du code civil, une obligation peut être partiellement ou intégralement exécutée par un tiers ; qu'en ne s'expliquant pas sur ce moyen duquel il résultait que Mmes X... avaient déjà perçu d'un tiers une partie de leurs créances respectives au titre de l'exploitation de la station, ce qui imposait une déduction desdites sommes de celles éventuellement dues par la société Total, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que la cour d'appel a constaté qu'au delà de la société ANC, l'activité d'exploitation de la station-service était en fait exercée par Mmes X..., de sorte que ces dernières pouvaient revendiquer l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail dès lors que les conditions cumulatives posées par ce texte étaient réunies ;

Attendu, enfin, que la compensation implique l'existence d'obligations réciproques entre les parties ; que les rémunérations perçues par Mmes X... en tant que cogérantes de la société ANC leur ayant été versées par cette société et non par la société Total, laquelle n'est ainsi aucunement créancière de Mmes X... à ce titre, la cour d'appel a exactement décidé qu'aucune compensation ne pouvait être opérée entre la créance de Mmes X... sur la société Total et les sommes perçues par elles de la société ANC ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en sa première branche :

Attendu que la société Total fait grief à l'arrêt de dire que les dispositions des articles L. 7321 et suivants du code du travail s'appliquent en leur principe aux rapports des parties et bénéficient à Mmes X..., que les dispositions de la première partie, de la troisième partie en ses livres 1er et III et de la quatrième partie de ce code leur sont notamment applicables, que la convention collective applicable est celle de l'industrie du pétrole et que le coefficient 230 s'applique à Mmes X..., alors, selon le moyen, que nul ne peut bénéficier, au titre d'une même période, des dispositions légales reconnaissant un statut de gérant de succursale et des bénéfices du statut de salarié ; que la société Total avait fait valoir dans ses conclusions d'appel que Mmes X... étaient salariées de la société ANC ; qu'en ne vérifiant pas si cette circonstance était de nature à exclure le bénéfice du statut de gérant de succursale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2 du code du travail ;

Mais attendu qu'ayant constaté que Mmes X... avaient exercé leur activité au bénéfice exclusif de la société Total, la cour d'appel en a exactement déduit

qu'elles pouvaient revendiquer l'application de l'article L. 7321-2 du code du travail dès lors que les conditions posées par ce texte étaient cumulativement réunies ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le troisième moyen, pris en ses cinq dernières branches, les quatrième et cinquième moyens :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens, qui ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Sur le pourvoi n° N 11-22.365 de Mmes X... :

Sur le premier moyen :

Attendu que Mmes X... font grief à l'arrêt de déclarer soumises à la prescription quinquennale leurs demandes en paiement de créances de nature salariale pour la période antérieure au 18 septembre 2001, alors, selon le moyen:

1°/ que toute personne a le droit de jouir de conditions de travail justes et favorables lui assurant notamment "la rémunération qui procure au minimum à tous les travailleurs...un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale... le repos, les loisirs, la limitation raisonnable de la durée du travail et les congés payés périodiques, ainsi que la rémunération des jours fériés" ; que méconnaît ce droit à des conditions de travail justes et à la perception de la rémunération y afférente la loi nationale qui édicte une prescription quinquennale de ces rémunérations à compter de leur échéance, sans considération d'une éventuelle renonciation du travailleur à les percevoir, des conventions conclues entre les parties, ni du comportement du bénéficiaire de la prestation de travail ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 6 et 7 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966 ;

2°/ que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil ; que n'est pas de nature à assurer l'effectivité de ce droit la législation nationale qui édicte une prescription quinquennale de l'action en paiement des créances afférentes à la reconnaissance d'un statut protecteur, privant ainsi de facto le bénéficiaire de ce statut de la possibilité de faire utilement valoir ces droits devant un tribunal ; que n'assure pas davantage le respect de ces droits fondamentaux l'unique réserve d'une impossibilité absolue d'agir ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé les articles 6 § 1er et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens et que nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ; qu'en appliquant au bénéfice de la société Total une prescription ayant pour effet de priver Mmes X... d'une partie substantielle des rémunérations constituant la contrepartie de l'activité déployée pour son compte, acquises à mesure de l'exécution de leur prestation de travail, la cour d'appel leur a infligé une privation d'un droit de créance disproportionnée avec

l'objectif légal de sécurité juridique et a, partant, porté une atteinte excessive et injustifiée au droit de ces travailleuses au respect de leurs biens, en violation de l'article 1er du Protocole n° 1 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

4°/ qu'en appliquant à des travailleuses n'ayant jamais été reconnues comme ses salariées par la compagnie pétrolière mais devant, pour bénéficier des dispositions légales et conventionnelles applicables dans cette entreprise, faire judiciairement reconnaître leur droit au bénéfice du statut réservé aux gérants de succursales, une prescription destinée à éteindre les créances périodiques de salariés régulièrement tenus informés de leurs droits par la délivrance, notamment, d'un bulletin de salaire mensuel, la cour d'appel a édicté entre les différents travailleurs concourant à l'activité de la compagnie pétrolière une différence de traitement injustifiée, en violation de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°/ qu'en retenant que Mmes X... avaient "la possibilité absolue d'exercer un recours effectif... en cours d'exécution du contrat de commission", ce dont il résultait que ces gérantes de station service devaient connaître l'inefficacité de l'interposition entre elles et la compagnie pétrolière, à l'initiative de cette dernière, d'une personne morale seule titulaire des droits et obligations issus des contrats de gérance, interprétation non seulement imprévisible mais directement contraire au droit positif applicable à cette date, la cour d'appel a violé derechef les textes susvisés ;

Mais attendu, d'abord, que Mmes X... n'ayant pas été dans l'impossibilité d'agir en requalification de leurs contrats, lesquels ne présentaient pas de caractère frauduleux, et ne justifiant pas d'une cause juridiquement admise de suspension du délai de prescription, c'est sans méconnaître les dispositions des instruments internationaux visés par les trois premières et la dernière branches du moyen que la cour d'appel a appliqué la règle légale prévoyant une prescription quinquennale des actions en justice relatives à des créances de nature salariale ;

Attendu, ensuite, que la prescription quinquennale s'appliquant à l'ensemble des demandes de nature salariale, la cour d'appel a à bon droit exclu toute discrimination

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

Mais sur le second moyen :

Vu l'article L. 781-1, recodifié sous les articles L. 7321-1, L. 7321-2 et L. 7321-3 du code du travail, ensemble l'article 1165 du code civil ;

Attendu que pour débouter Mmes X... de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt retient que le contrat de location-gérance du 23 juin 2002 était prévu pour trois ans, jusqu'au 30 juin 2005, qu'il n'est donc établi, ni que la relation contractuelle était à durée indéterminée, ni que la volonté d'y mettre fin soit celle de la société Total, qu'ainsi la rupture des relations entre les parties au 30 juin 2005 ne saurait être assimilée à la rupture d'un contrat à durée indéterminée ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les clauses du contrat liant le fournisseur à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être opposées au gérant agissant sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi n° Y 11-22.168 formé par la société Total raffinage marketing ;

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute Mmes X... de leurs demandes d'indemnités de rupture et de dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'arrêt rendu le 7 juin 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; 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 Versailles, autrement composée ;

Cass. com., 22 octobre 2013, n°12-19500

La Cour (...)

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Vista automobiles que sur le pourvoi incident relevé par la société JP Froment ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 10 avril 2006, la société JP Froment, concessionnaire Fiat, a conclu avec la société Vista automobiles un contrat « Atelier agréé Fiat VP » permettant à cette dernière de s'approvisionner en pièces de rechange et d'assurer la vente de véhicules neufs ; qu'invoquant une rupture brutale des relations commerciales, la société Vista automobiles a fait assigner la société JP Froment en paiement de dommages-intérêts ; que soutenant que la société Vista automobiles avait pris l'initiative de mettre fin au contrat liant les parties, la société JP Froment a conclu au rejet de ses demandes et sollicité reconventionnellement sa condamnation au paiement d'une indemnité calculée en fonction du délai de préavis contractuel ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que la société JP Froment fait grief à l'arrêt d'avoir limité à la somme de 39 196 euros la condamnation de la société Vista automobiles prononcée à son profit, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges ne peuvent porter atteinte à la force obligatoire des conventions ; qu'ils ne peuvent écarter le préavis stipulé au contrat en raison de la brièveté de la relation commerciale existant entre les parties ; que la société JP Froment sollicitait dans ses écritures d'appel l'application du délai de préavis contractuel de vingt-quatre mois fixé par l'article 7.2 du contrat « Atelier Agréé Fiat VP » conclu avec la société Vista automobiles le 10 avril 2006 ; qu'en énonçant, pour limiter la durée du préavis à six mois, durée doublée à un an au motif que le contrat portait sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, qu'« un préavis de vingt-quatre mois était trop long eu égard à la faible ancienneté des relations commerciales établies entre la SA JP Froment et

la SARL Vista automobiles (moins de vingt mois) », la cour d'appel, qui a ouvertement méconnu la loi des parties, a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que les juges ne peuvent méconnaître la loi des parties ; que l'article 7.2 du contrat stipule que « chaque partie peut résilier le présent contrat, à tout moment, en notifiant à l'autre un préavis de vingt-quatre mois, par lettre recommandée avec avis de réception, cette résiliation prenant effet le dernier jour du vingt-quatrième mois à compter de la première présentation de la lettre de résiliation » ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu par l'article 7.2 du contrat, qu'il pouvait être reproché à la société JP Froment de ne pas avoir mis en oeuvre les conditions formelles d'application de l'article 7.2, et qu'ainsi cette dernière ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il résulte des termes clairs et précis de cette stipulation que c'est à l'auteur de la résiliation d'adresser un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception propre à faire courir le délai de vingt-quatre mois et que l'arrêt relève que la résiliation du contrat avait été décidée unilatéralement par la société Vista automobiles le 1er décembre 2007, la cour d'appel, qui ne pouvait refuser de faire application du préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu à l'article 7.2 du contrat et invoqué par la société JP Froment, a méconnu la loi des parties en violation de l'article 1134 du code civil ;

3°/ que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ; que la société JP Froment faisait valoir dans ses écritures qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir mis en oeuvre l'article 7.2 du contrat prévoyant, en cas de résiliation du contrat, un délai de préavis de vingt-quatre mois suivant l'envoi, par l'auteur de la résiliation, d'un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception, dès lors qu'elle n'avait jamais eu l'intention de rompre le contrat, mais au contraire de le poursuivre ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois sollicité par la société JP Froment, que cette dernière n'avait pas mis en oeuvre les conditions formelles de résiliation prévues à l'article 7.2, et qu'ainsi elle ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il n'était qu'au pouvoir discrétionnaire de la partie résiliant le contrat, à savoir la société Vista automobiles, de respecter ces conditions formelles et donc de faire courir le délai de préavis contractuel, la cour d'appel, qui a subordonné l'application du préavis contractuel de vingt-quatre mois au respect d'une condition purement potestative par la société Vista automobiles, a violé l'article 1174 du code civil ;

Mais attendu que l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la notification de la rupture ; qu'ayant constaté la faible ancienneté des relations commerciales établies entre les sociétés JP Froment et Vista automobiles, et relevé que les travaux d'aménagement

du magasin de cette dernière n'avaient pas été engagés au profit de la société JP Froment, la cour d'appel, qui n'a pas adopté les motifs des premiers juges critiqués par les deuxième et troisième branches, a pu limiter à une durée de six mois le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Vu l'article 16 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment une certaine somme correspondant à la perte de marge subie par cette dernière pendant un an, l'arrêt retient que le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre aurait dû être de six mois, soit un an en vertu de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, qui dispose que lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen qu'elle relevait d'office, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

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

Rejette le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal,

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a confirmé le jugement du tribunal de commerce de Troyes ayant condamné la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment la somme de 39 196 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, l'arrêt rendu le 13 mars 2012, 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 Reims, autrement composée ;

Cass., com., 28 mai 2013, n°11-27256

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 14 septembre 2011), que M. X... a conclu le 15 décembre 2003 un contrat de franchise avec la société Alizés diffusion (le franchiseur) pour l'exploitation d'un centre de bronzage sous l'enseigne « Point soleil » ; que M. X... ayant cessé de payer les redevances prévues au contrat, le franchiseur s'est prévalu de la clause résolutoire et a résilié le contrat à compter du 20 août 2006 ; que par acte du 26 janvier 2006, M. X... a fait assigner le franchiseur en annulation du contrat sur le fondement du dol ; que le franchiseur, alléguant que M. X... avait poursuivi l'exploitation du centre de bronzage en utilisant l'enseigne et le savoir-faire du réseau, a demandé reconventionnellement la réparation de son préjudice ; que M. Y..., nommé administrateur judiciaire puis commissaire à l'exécution du plan de continuation de M. X..., est intervenu à l'instance ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... et M. Y... font grief à l'arrêt de rejeter leur demande en annulation du contrat alors, selon le moyen :

1°/ que le franchiseur doit, avant la signature du contrat de franchise, remettre au franchisé un document contenant notamment « une présentation de l'état général et local du marché... et les perspectives de développement de ce marché » ; que la cour d'appel, qui a retenu que le document établi par la société Alizés diffusion « ne comportait pas d'état local de marché », mais que M. X... devait s'informer par lui-même de cet état et que, dès lors, ce manquement du franchiseur à ses obligations précontractuelles d'information n'était pas susceptible de constituer un dol, a violé les articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

2°/ que le document est communiqué vingt jours minimum avant la signature du contrat et que doivent y être annexés les comptes annuels des deux derniers exercices ; que la cour d'appel, qui a souligné que le document avait été communiqué six mois avant la signature du contrat et qu'ainsi M. X... avait eu tout le temps d'en prendre connaissance et de compléter les informations manquantes, sans rechercher si, comme le faisait valoir M. X..., les comptes annuels des deux dernières années n'y étaient pas annexés et ne lui avaient été communiqués que quelques jours seulement avant la signature du contrat, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 330-3 et R. 330-2 du code de commerce ;

3°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... qui, soutenant que de nombreux franchisés de la société Alizés diffusion avaient déposé le bilan, faute de rentabilité, faisaient valoir que le document, contrairement aux prescriptions de l'article R. 330-2-5 -C du code de commerce, ne donnait aucune indication sur le nombre d'entreprises qui avaient cessé de faire partie du réseau et sur les motifs de cette disparition, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que M. X... a eu à sa disposition le document d'information précontractuelle, qu'il a disposé d'un délai supérieur aux usages pour s'informer sur les potentialités économiques du fonds et, plus généralement pour compléter d'éventuelles insuffisances dans l'information fournie et que si le document ne comportait pas d'état local du marché et s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement ;

Attendu, d'autre part, qu'ayant constaté, par motifs adoptés, que le

document d'information précontractuelle qui contenait les comptes sociaux des deux exercices précédents, avait été remis à M. X... le 18 juin 2003 et que le contrat de franchise a été conclu le 15 décembre suivant, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche demandée, a légalement justifié sa décision ;

Et attendu, enfin, qu'ayant retenu que le préambule du contrat de franchise précisait que le franchisé reconnaissait avoir eu communication de tous les documents et informations précontractuels exigés par la législation applicable, la cour d'appel a répondu aux conclusions prétendument délaissées ;

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

Et sur le second moyen :

Attendu que M. X... et M. Y..., ès qualités, font grief à l'arrêt de condamner M. X... à payer au franchiseur une certaine somme à titre de dommages-intérêts pour parasitisme économique alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions de M. X... qui soutenait qu'après avoir, au 20 août 2006, prononcé la résiliation unilatérale du contrat de franchise, la société Alizés diffusion ne l'avait pas mis en demeure de déposer l'enseigne « Point Soleil » et de ne plus utiliser ses signes distinctifs, violant ainsi l'article 455 du code de procédure civile ;

2 / que l'usurpation ne constitue un acte de parasitisme économique qu'en cas de notoriété de la marque et des signes distinctifs usurpés ; que la cour d'appel, qui n'a pas constaté que la marque « Point Soleil », son logo et ses quatre pictogrammes, utilisés par seulement quarante-huit franchisés disséminés à travers tout le territoire français, avait une quelconque notoriété, a privé sa décision de base légale au regard des articles 1382 du code civil et L. 713-5 du code de la propriété intellectuelle ;

Mais attendu d'une part, qu'ayant relevé qu'une mise en demeure avait été délivrée le 26 juillet 2006 à M. X..., la cour d'appel n'avait pas à répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes ;

Et attendu, d'autre part, qu'il ne résulte pas de l'arrêt et des conclusions des parties que M. X... ait soutenu le moyen tiré de la notoriété de la marque et des signes distinctifs usurpés ; que le moyen, mélangé de fait et de droit, est nouveau ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa seconde branche, n'est fondé pour le surplus ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com., 22 oct. 2013, n°12-19500

La Cour (...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par acte du 10 avril 2006, la société JP Froment, concessionnaire Fiat, a conclu avec la société Vista automobiles un contrat « Atelier agréé Fiat VP » permettant à cette dernière de s'approvisionner en pièces de rechange et d'assurer la vente de véhicules neufs ; qu'invoquant une rupture brutale des relations commerciales, la société Vista automobiles a

fait assigner la société JP Froment en paiement de dommages-intérêts ; que soutenant que la société Vista automobiles avait pris l'initiative de mettre fin au contrat liant les parties, la société JP Froment a conclu au rejet de ses demandes et sollicité reconventionnellement sa condamnation au paiement d'une indemnité calculée en fonction du délai de préavis contractuel ;

Sur le moyen unique du pourvoi incident, qui est préalable :

Attendu que la société JP Froment fait grief à l'arrêt d'avoir limité à la somme de 39 196 euros la condamnation de la société Vista automobiles prononcée à son profit, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges ne peuvent porter atteinte à la force obligatoire des conventions ; qu'ils ne peuvent écarter le préavis stipulé au contrat en raison de la brièveté de la relation commerciale existant entre les parties ; que la société JP Froment sollicitait dans ses écritures d'appel l'application du délai de préavis contractuel de vingt-quatre mois fixé par l'article 7.2 du contrat « Atelier Agréé Fiat VP » conclu avec la société Vista automobiles le 10 avril 2006 ; qu'en énonçant, pour limiter la durée du préavis à six mois, durée doublée à un an au motif que le contrat portait sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, qu'« un préavis de vingt-quatre mois était trop long eu égard à la faible ancienneté des relations commerciales établies entre la SA JP Froment et la SARL Vista automobiles (moins de vingt mois) », la cour d'appel, qui a ouvertement méconnu la loi des parties, a violé l'article 1134 du code civil ;

2°/ que les juges ne peuvent méconnaître la loi des parties ; que l'article 7.2 du contrat stipule que « chaque partie peut résilier le présent contrat, à tout moment, en notifiant à l'autre un préavis de vingt-quatre mois, par lettre recommandée avec avis de réception, cette résiliation prenant effet le dernier jour du vingt-quatrième mois à compter de la première présentation de la lettre de résiliation » ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu par l'article 7.2 du contrat, qu'il pouvait être reproché à la société JP Froment de ne pas avoir mis en oeuvre les conditions formelles d'application de l'article 7.2, et qu'ainsi cette dernière ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il résulte des termes clairs et précis de cette stipulation que c'est à l'auteur de la résiliation d'adresser un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception propre à faire courir le délai de vingt-quatre mois et que l'arrêt relève que la résiliation du contrat avait été décidée unilatéralement par la société Vista automobiles le 1er décembre 2007, la cour d'appel, qui ne pouvait refuser de faire application du préavis contractuel de vingt-quatre mois prévu à l'article 7.2 du contrat et invoqué par la société JP Froment, a méconnu la loi des parties en violation de l'article 1134 du code civil ;

3°/ que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ; que la société JP Froment faisait valoir dans ses écritures qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir mis en oeuvre l'article 7.2 du contrat prévoyant, en cas de résiliation du contrat, un délai de préavis de vingt-quatre mois suivant l'envoi, par l'auteur de la

résiliation, d'un courrier de résiliation par lettre recommandée avec avis de réception, dès lors qu'elle n'avait jamais eu l'intention de rompre le contrat, mais au contraire de le poursuivre ; qu'en énonçant par motifs éventuellement adoptés des premiers juges, pour refuser d'appliquer le préavis contractuel de vingt-quatre mois sollicité par la société JP Froment, que cette dernière n'avait pas mis en oeuvre les conditions formelles de résiliation prévues à l'article 7.2, et qu'ainsi elle ne pouvait se prévaloir de dispositions qu'elle n'avait pas souhaité ou voulu mettre en oeuvre, alors qu'il n'était qu'au pouvoir discrétionnaire de la partie résiliant le contrat, à savoir la société Vista automobiles, de respecter ces conditions formelles et donc de faire courir le délai de préavis contractuel, la cour d'appel, qui a subordonné l'application du préavis contractuel de vingt-quatre mois au respect d'une condition purement potestative par la société Vista automobiles, a violé l'article 1174 du code civil ;

Mais attendu que l'existence d'un délai de préavis contractuel ne dispense pas la juridiction d'examiner si ce délai de préavis tient compte de la durée de la relation commerciale et d'autres circonstances au moment de la notification de la rupture ; qu'ayant constaté la faible ancienneté des relations commerciales établies entre les sociétés JP Froment et Vista automobiles, et relevé que les travaux d'aménagement du magasin de cette dernière n'avaient pas été engagés au profit de la société JP Froment, la cour d'appel, qui n'a pas adopté les motifs des premiers juges critiqués par les deuxième et troisième branches, a pu limiter à une durée de six mois le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre ; que le moyen n'est pas fondé ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi principal, pris en sa première branche :

Vu l'article 16 du code de procédure civile ;

Attendu que pour condamner la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment une certaine somme correspondant à la perte de marge subie par cette dernière pendant un an, l'arrêt retient que le préavis raisonnable auquel la société JP Froment pouvait prétendre aurait dû être de six mois, soit un an en vertu de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, qui dispose que lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur ;

Attendu qu'en statuant ainsi, sans inviter les parties à s'expliquer sur ce moyen qu'elle relevait d'office, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

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

Rejette le pourvoi incident ;

Et sur le pourvoi principal,

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a confirmé le jugement du tribunal de commerce de Troyes ayant condamné la société Vista automobiles à payer à la société JP Froment la somme de 39 196 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi, l'arrêt rendu le 13 mars 2012, 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 Reims, autrement composée ;

Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12-28160 et 12-28376

Vu la connexité, joint les pourvois n° H 12-28.160 et S 12-28.376 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société SFR a signé les 31 mai 1996, 11 janvier 2002 et 30 décembre 2005 des contrats de distribution de ses produits avec la société Electronique occitane, dont le gérant est M. X... ; qu'il a été mis fin à ce groupe de contrats, le 31 décembre 2008 ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale le 15 janvier 2009 afin de se voir reconnaître le statut de gérant de succursale régi par le code du travail, et se voir allouer par la société SFR diverses sommes, notamment des rappels de salaire de janvier 2004 à décembre 2005 et les congés payés afférents ainsi que des indemnités de rupture ;

Sur le pourvoi de la société SFR :

Sur le premier moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de dire que M. X... relevait du statut de gérant de succursale soumis au code du travail, alors, selon le moyen :

1°/ que l'activité de gérant de succursale doit, dans les faits, être exercée personnellement par celui qui revendique le bénéfice d'un tel statut, peu important les termes du contrat signé avec celui qui fournit les marchandises ou pour le compte duquel sont recueillies les commandes ; qu'en l'espèce, pour considérer que M. X... pouvait prétendre au statut de gérant de succursale, la cour d'appel a retenu qu'il résultait des termes du contrat Espace SFR entreprise du 11 janvier 2002 qu'il aurait été conclu intuitu personae avec la société Electronique occitane en tant que gérée avec M. X... et intuitu personae avec son dirigeant ; qu'en se fondant exclusivement sur les termes du contrat litigieux, sans caractériser que M. X... exerçait de manière effective et personnelle l'activité de gérant de succursale, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

2°/ que l'activité de gérant de succursale doit, dans les faits, être exercée personnellement par celui qui revendique le bénéfice d'un tel statut ; que le fait que l'entreprise dont l'intéressé est le gérant réalise un chiffre d'affaires supérieur à certain montant n'est pas de nature à apporter cette preuve ; qu'en déduisant de ce que les chiffres d'affaires réalisés par la société Electronique occitane étaient supérieurs à 541 000 euros la conclusion qu'était apportée la preuve que M. X..., son dirigeant, occupait la profession de gérant pour assurer la gestion du magasin qui assurait la distribution des services SFR, la cour d'appel qui a statué par un motif inopérant a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

3°/ que la conclusion d'un contrat de distribution ou de franchise comportant une concession d'enseigne, impose au distributeur le respect d'un certain nombre de normes inhérentes à l'existence d'un réseau de distribution

qui se doit de donner une image unifiée afin de conserver son identité propre ; que sont inhérentes à l'appartenance à un réseau de distribution les stipulations contractuelles ayant pour objet l'aménagement du point de vente, les modalités de vente et d'exploitation de celui-ci, le contrôle de l'activité du cocontractant et le tarif de ses services ; que la cour d'appel, qui a déduit des obligations liées à une concession d'enseigne, que le statut de gérant de succursale devait bénéficier à M. Giroussens, a statué par des motifs inopérants et violé l'article L. 7321-2, 2°, du code du travail ;

4°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, pour dire que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail et pouvait bénéficier du statut de gérant de succursale, la cour d'appel s'est bornée à constater que selon l'attestation de l'expert-comptable, l'activité effectuée par la société Electronique occitane avec SFR s'établissait en 2004 et 2005, respectivement à 72,70 % et 80 % de son chiffre d'affaires global et que l'importance du pourcentage concrétisait une fonction essentielle de gérant consacrée à SFR ; qu'en statuant par ce motif inopérant lorsqu'il lui appartenait de constater qu'une part essentielle du chiffre d'affaires SFR de la société Electronique occitane correspondait au recueil de commandes (ou à l'enregistrement d'abonnement) pour le compte exclusif de SFR, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

5°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, pour dire que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail et pouvait bénéficier du statut de gérant de succursale, la cour d'appel a relevé que le courant d'affaires de la société Electronique occitane avec SFR représentait les abonnements avec leurs annexes dont l'importance du pourcentage concrétisait une fonction essentielle du gérant consacré à SFR et « une exclusivité de plus des 2/3 » ; qu'en se déterminant ainsi lorsque l'activité de prise de commandes ou de prise d'abonnement requière une relation d'exclusivité totale avec l'entreprise pour le compte de laquelle les commandes sont passées, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

6°/ que les jugements doivent être motivés ; que dans ses conclusions d'appel, la société SFR contestait l'importance du pourcentage de chiffre d'affaires prétendument réalisé par la société Electronique occitane avec SFR en faisant valoir qu'il convenait de retenir le pourcentage, bien moindre, correspondant au chiffre d'affaires total de la société Electronique occitane comparé aux seules commissions versées par SFR en rémunération de l'activité de prise d'abonnements pour son compte, à l'exclusion des lignes « RMD » correspondant à de simples remboursements sans rapport avec une quelconque rémunération de prise d'abonnements ; qu'en se bornant à affirmer qu'on ne

pouvait « limiter le chiffre d'affaires aux seules commissions hors primes RM » sans s'expliquer davantage sur les raisons d'écarter ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

7°/ qu'est gérant de succursale au sens de l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail celui dont la profession consiste « essentiellement » (...) à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise (...) » ; qu'en l'espèce, la société SFR faisait valoir sans être contestée sur ce point que la société Electronique Occitane faisait souscrire à certains abonnés des contrats d'assurance pour leurs téléphones mobiles, non pas pour son compte mais pour le compte de courtier d'assurances SPB ou pour le compte de l'assureur AIG de sorte qu'elle ne recueillait pas des commandes exclusivement pour son compte ; que la cour d'appel a observé que les contrats d'assurance des téléphone mobile rentraient effectivement dans le courant d'affaires de la société Electronique occitane avec SFR ; qu'en jugeant que M. X..., remplissait les conditions prévues à l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail lorsque l'activité de prise de commandes requiert une relation d'exclusivité totale avec l'entreprise pour le compte de laquelle les commandes sont passées, la cour d'appel a violé l'article L. 7321-2.2°b) du code du travail ;

Mais attendu, d'abord, que, d'une part, la cour d'appel a constaté que le contrat mentionnait le caractère intuitu personae des relations établies et que toute opération de cession ou de nature à influencer sur le capital social devait être soumise à l'agrément de la société SFR, ce dont il résultait que même si celle-ci avait contracté avec une personne morale, c'est la personne physique de celui qui la gérant qui était prépondérante dans l'exécution de l'activité confiée, et d'autre part, que le bénéfice des dispositions de l'article L. 7321- 2 du code du travail n'est pas subordonné à la condition que l'activité professionnelle soit exercée par le seul intéressé ;

Attendu, ensuite, qu'ayant constaté que le contrat était relatif à la distribution, sous l'enseigne Espace SFR entreprise, des services d'abonnements SFR et produits associés, à raison de soixante par mois au moins, aux tarifs et conditions fixés par SFR pour la souscription des abonnements et cartes SIM selon les formulaires remis, relevant de la gamme des produits Entreprise au moins à hauteur de 70 %, les abonnements SFR devant représenter 80 % au moins du total des abonnements vendus dans la surface de vente, la cour d'appel a pu retenir que l'activité remplissait la condition de quasi-exclusivité visée à l'article L. 7321-2 2° a) du code du travail ;

Attendu, enfin, qu'appréciant souverainement l'ensemble des éléments de preuve produits, la cour d'appel, qui a constaté que le contrat imposait des critères de qualité et de disposition du local d'exploitation lequel ne pouvait être cédé, une utilisation de l'enseigne selon des critères donnés, et l'obligation d'avoir un commercial itinérant et un vendeur permanent dans le local commercial ouvert 5/7 jours et 12/12 mois avec faculté d'audit commercial chaque quadri-trimestre, a pu déduire de ses constatations que M. X... pouvait

se prévaloir du statut de gérant de succursale ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen :

Attendu que la société fait grief à l'arrêt de considérer que M. X... pouvait revendiquer l'échelon F, seuil 1, de la convention collective des télécommunications, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel s'étant fondée, pour faire droit aux demandes de M. X..., au titre des rappel de salaire, des congés-payés, de l'indemnité de préavis, des congés payés y afférents et de l'indemnité conventionnelle de licenciement, sur la qualité de gérant de succursale de ce dernier, la cassation à intervenir sur le premier moyen emportera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif visé par le présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en tout état de cause, aux termes de l'annexe 1, dit accord relatif au champ d'application de la convention des télécommunications, du 2 décembre 1998, sont exclus de ce champ « les sociétés ayant pour activité principale la distribution d'équipements et de terminaux de télécommunication auprès du grand public » ; qu'aux termes de l'extrait Kbis versé aux débats, la société Electronique occitane avait pour activité « Toutes activités concernant la communication en général notamment toutes activités de négoce installation location entretien dépannage de matériel et installation de téléphonie, péritéléphonie, radio-communication » ; que la cour d'appel a considéré en substance que son activité principale consistait à distribuer des abonnements téléphoniques ; qu'en appliquant à M. X..., le niveau F de la convention collective des télécommunications, quand celle-ci était inapplicable à la société Electronique occitane, la cour d'appel a violé l'article préliminaire de l'annexe 1, dit accord relatif au champ d'application de la convention des télécommunications, du 2 décembre 1998 ;

3°/ qu'en tout état de cause, aux termes de l'article 6.1.2 de la convention collective nationale des télécommunications, relèvent du niveau F, les emplois qui « contribuent à définir les enjeux et les objectifs de leur domaine ou secteur d'activité en pilotant des projets ou des missions prenant en compte différents paramètres (techniques, économiques et organisationnels) d'offre et de service », dans lesquels « l'activité contribue à définir les procédures et à garantir leurs applications », dont les « actions ou décisions ont un impact déterminant sur l'entité et peuvent toucher d'autres entités », les « relations consistent à échanger des informations pertinentes, d'argumenter et de convaincre dans plusieurs domaines d'activité et/ou de management », qui « requièrent une maîtrise technique du domaine d'application, des capacités élevées d'analyse, d'anticipation, d'adaptation, de prévision et d'organisation », étant précisé que « les connaissances à mettre en oeuvre acquises par la formation initiale, la formation professionnelle ou une expérience reconnue sont au moins égales au niveau I ou II de l'éducation nationale » ; qu'en accordant à M. X..., le bénéfice d'une rémunération correspondant au groupe F de la dite convention sans constater les fonctions effectuées en fait par lui relevaient du groupe F au

regard des critères énoncés par le texte conventionnel, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 6.1.2 de la convention collective nationale des télécommunications ;

Mais attendu, d'abord, que le deuxième moyen, sans portée dans sa première branche en raison du rejet du premier moyen, est irrecevable dans sa troisième branche, car nouveau et mélangé de fait et de droit ;

Attendu ensuite, que selon l'article L. 2261-2 du code du travail, la convention collective applicable est celle dont relève l'activité principale exercée par l'employeur, que le moyen qui tend en sa deuxième branche à voir exclure l'application au gérant succursaliste de la convention collective des télécommunications, au motif que la société partenaire dont il est le gérant relève d'une autre convention, est inopérant ;

D'où il suit que le moyen ne peut être accueilli ;

Sur le troisième moyen :

Attendu que la société SFR fait grief à l'arrêt de la condamner à payer à M. X... diverses sommes à titre d'indemnités de rupture, alors, selon le moyen :

1°/ que la cour d'appel s'étant fondée, pour faire droit aux demandes de M. X..., au titre de l'indemnité de préavis, des congés-payés afférents, de l'indemnité conventionnelle de licenciement et de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sur la qualité de gérant de succursale de ce dernier, la cassation à intervenir sur le premier moyen emportera par voie de conséquence la cassation du chef du dispositif visé par le présent moyen, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ qu'en cas de requalification, les conditions du contrat non liées à sa nature demeurent inchangées de sorte que le contrat de distribution conclu à durée déterminée et ultérieurement requalifié en contrat de gérant succursaliste salarié est réputé être à durée déterminée ; qu'en requalifiant les contrats de distribution, conclus à durée déterminée, en un contrat de travail à durée indéterminée, motif pris de l'absence de contrat écrit, la cour d'appel a violé l'article L. 1221-1 du code du travail ;

3°/ que la cour d'appel a constaté que les contrats liant la société SFR à la société Electronique occitane étaient conclus intuitu personae avec la personne morale « en tant que gérée par M. X..., » et intuitu personae avec ce dernier, et que M. X..., assurait la gestion du magasin qui assurait la distribution des services SFR ; qu'en jugeant néanmoins que le préavis donné par la société SFR à la société Electronique occitane ne pouvait valoir préavis à l'égard de M. X..., personnellement lorsqu'il résultait de ses constatations que ce préavis concernait aussi bien la cessation de l'activité de la société Electronique occitane que l'activité indissociable de gestion de cette société par M. X..., son gérant, la cour d'appel a violé l'article L. 1234-1 du code du travail ;

Mais attendu, d'une part, que les clauses du contrat liant la société SFR à la société chargée de la distribution des produits ne peuvent être opposées au gérant agissant sur le fondement de l'article L. 7321-2 du code du travail, et d'autre part, que la relation de travail entre la société SFR et le gérant s'étant déroulée sans contrat écrit, elle est, en vertu de l'article L. 1242-12 du code du

travail présumée être à durée indéterminée ; que le moyen sans portée dans sa première branche en raison du rejet du premier moyen, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi du gérant :

Vu les articles 1289 du code civil et L. 7321-1 à L. 7321-4 du code du travail ;

Attendu que pour dire que doivent être déduites des sommes dues par la société SFR à M. X..., celles dont il a bénéficié à titre de rémunération par la société Electrique occitane, l'arrêt énonce que le salarié ne peut bénéficier de deux salaires pour la même activité ;

Attendu cependant que la compensation implique l'existence d'obligations réciproques entre les parties ;

Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que les rapports entre le gérant de succursale et la société SFR étant indépendants de ceux qu'il entretenait avec la société Electronique occitane, il ne pouvait y avoir compensation entre les sommes qui lui étaient dues par la première et celles dont pouvaient lui être redevable la seconde, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Vu l'article 627 du code de procédure civile ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, par voie de retranchement en ce qu'il dit que doivent être déduites des sommes dues par la société SFR à M. X..., celles dont il a bénéficié à titre de rémunération par la société Electrique occitane, l'arrêt rendu le 25 septembre 2012, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

Cass. soc., 12 févr. 2014, n°12 -27089

La Cour (...)

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Rennes, 7 septembre 2012), que le 22 janvier 2001, la société Mondial pare-brise a conclu avec M. X... un contrat de franchise portant sur l'exploitation d'un centre de réparation et de remplacement de vitrages automobiles ; qu'elle a rompu le contrat à effet au 21 janvier 2011 ; que M. X... a saisi la juridiction prud'homale afin de voir requalifier la relation contractuelle en contrat de travail et d'obtenir diverses sommes à titre de dommages-intérêts ;

Attendu que la société Mondial pare-brise fait grief à l'arrêt statuant sur contredit de déclarer la juridiction prud'homale compétente, alors, selon le moyen :

1°/ que les juges du fond doivent analyser, même de façon sommaire, les éléments de preuve sur lesquels ils fondent leur décision ; qu'en visant seulement les « pièces et les éléments produits par M. X... », sans en préciser la nature ni les analyser, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ qu'est gérant de succursale la personne dont l'activité consiste essentiellement à recueillir les commandes ou à recevoir des marchandises à

traiter, manutentionner ou transporter, pour le compte d'une seule entreprise ; que la cour d'appel, qui n'a pas précisé en quoi M. X..., artisan inscrit au registre des métiers, exerçait son activité de pose de vitrage automobiles « pour le compte » de la société Mondial pare-brise, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 7321-2 du code du travail ;

Mais attendu que la cour d'appel, par une décision motivée, a retenu que M. X..., qui exploitait un centre de réparation et de vente de pare-brise, devait s'approvisionner exclusivement auprès de la société Mondial pare-brise et ne pouvait recevoir aucune commande extérieure à cette société, que cette activité s'exerçait dans un local agréé par son fournisseur et dans des conditions définies par lui, que les prix étaient fixés unilatéralement par la société Mondial pare-brise ; qu'ayant ainsi déduit de ses constatations que les conditions de l'article L. 7321-2 du code du travail étaient remplies, elle a légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 4 nov. 2014, n°12-25419

LA COUR (...) Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société X... Distri (la société X...) que sur le pourvoi provoqué relevé par la société Distribution Casino France (la société Casino) ;

Sur la recevabilité du pourvoi provoqué, contestée par la défense :

Attendu que la société Casino a formé en application de l'article 611 du code de procédure civile un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 13 juin 2012 qui ordonne la substitution de la société Carrefour proximité France (la société Carrefour) dans ses droits dans la cession du fonds de commerce de la société X..., sans l'avoir appelée en la cause ;

Mais attendu que l'arrêt n'a prononcé aucune condamnation à l'encontre de la société Casino ; qu'il s'ensuit que le pourvoi de cette société, contre un arrêt dont les dispositions n'ont pas la force de la chose jugée à son égard et contre lequel elle pouvait faire tierce opposition, n'est pas recevable ;

Sur la recevabilité de l'intervention volontaire de la société Casino, contestée par la défense :

Attendu qu'il résulte des articles 327 et 330 du code de procédure civile que les interventions volontaires sont admises devant la Cour de cassation si elles sont formées à titre accessoire, à l'appui des prétentions d'une partie, et si leur auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie ; que la société Casino justifie d'un intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir les prétentions de la société X... qui a formé un pourvoi contre l'arrêt qui dit que la cession de son fonds de commerce à la société Casino est inopposable à la société Carrefour et qui ordonne la substitution de cette société dans ses droits dans la cession de ce fonds ; que l'intervention volontaire est donc recevable ;

Sur le premier moyen, pris en sa première branche, du pourvoi principal :

Vu les articles L. 420-1 et L. 420-3 du code de commerce ;

Attendu qu'est prohibée, et partant nulle, toute clause contractuelle ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, notamment lorsqu'elle tend à limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que par contrat du 18 mai 1998, renouvelé le 22 octobre 2004, la société X... a conclu avec la société Comptoirs modernes union commerciale, aux droits de laquelle sont venues la société Prodim, puis la société Carrefour, un contrat de franchise pour l'exploitation d'un magasin d'alimentation ; qu'il était stipulé un droit de première offre et de préférence au profit du franchiseur, à égalité de prix et de conditions, en cas, notamment, de cession ou transfert des droits de propriété ou de jouissance sur le local, ou de cession ou transfert des droits de propriété ou de jouissance ou mise en location-gérance sur le fonds de commerce ; qu'après avoir notifié à la société Carrefour la résiliation du contrat de franchise pour le 18 mai 2010, la société X... l'a informée, le 14 mai 2010, du prix et des conditions de la cession de son fonds de commerce qu'elle avait consentie à la société Casino, sous la condition suspensive, notamment, de la conclusion d'un contrat de gérance-mandataire au profit de M. X... ; que la société Carrefour a fait assigner la société X... afin qu'il lui soit interdit de vendre son fonds de commerce à la société Casino et ordonné de régulariser la vente à son profit et, dans l'hypothèse où la vente serait néanmoins intervenue au profit de la société Casino, que soit ordonnée sa substitution de plein droit à cette société ; que le 3 septembre 2010, la société X... a régularisé la cession du fonds de commerce à la société Casino ;

Attendu que pour rejeter la demande de la société X... tendant à voir prononcer la nullité, en raison de son effet anticoncurrentiel, du pacte de préférence assortissant le contrat de franchise et ordonner la substitution de la société Casino dans les droits de la société Carrefour dans la cession du fonds de commerce, l'arrêt se borne à retenir que si, conformément à l'avis n° 10- A-26 du 7 décembre 2010 de l'Autorité de la concurrence, l'expression d'une préférence dans le droit des contrats commerciaux doit être strictement limitée au regard des dispositions relatives à la libre concurrence et à la sanction des pratiques anticoncurrentielles, le pacte de préférence ne peut être considéré comme une pratique anticoncurrentielle, dans la mesure où seule la liberté de choisir son cocontractant est affectée par le pacte et où il n'oblige pas les parties à conclure le contrat pour lequel la préférence est donnée, le cédant n'étant pas obligé de céder son bien et le bénéficiaire n'étant pas obligé de l'acquérir ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la stipulation, dans les contrats de franchise consentis par la société Carrefour, d'un droit de préférence à son profit, valable pendant toute la durée du contrat et un an après son échéance, n'avait pas pour effet, en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents, de restreindre

artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché du détail de la distribution à dominante alimentaire, 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 du pourvoi principal :

Déclare IRRECEVABLE le pourvoi incident ;

Reçoit la société Distribution Casino France en son intervention volontaire ;

Et sur le pourvoi principal :

CASSE et ANNULE, mais seulement en ce que, infirmant le jugement, il dit que la cession du fonds de commerce intervenue entre la société X... Distri et la société Distribution Casino France est inopposable à la société Carrefour proximité France, ordonne la substitution de la société Carrefour proximité France dans les droits de la société Distribution Casino France dans la cession du fonds de commerce et dit que l'arrêt vaut acte de cession au profit de la société Carrefour proximité France, et dit que la régularisation de l'acte de cession devra intervenir dans le mois de sa signification, l'arrêt rendu le 13 juin 2012, 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 ;

Condamne la société Carrefour proximité France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société X... Distri 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 ;

Autorité de la Concurrence

Décision n° 09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires (EXTRAITS)

L'Autorité de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 2 mai 2007, sous le numéro 07/0044 F, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce, dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ;

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 autres pièces du dossier ;
Vu les observations présentées par la société Punto Fa SL et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, la commissaire du Gouvernement, les représentants de la société Punto Fa SL et Mango France entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 20 mai 2009 ;

Adopte la décision suivante :

I. CONSTATATIONS

(...)

D- LE GRIEF NOTIFIÉ

Sur la base de ces éléments, le grief suivant a été notifié à Punto Fa : « *Il est fait grief à Punto Fa SL d'avoir passé avec les distributeurs indépendants adhérents à son réseau Mango des accords contrevenant à l'interdiction posée par l'article L. 420-1 du code de commerce et l'article 81, paragraphe 1, CE, en ce que lesdits accords conviennent des prix de vente au consommateur des produits concernés* ».

Punto Fa a contesté le grief qui lui a été notifié et fait observer que « *le système mis en place par Punto Fa et ses distributeurs indépendants en France n'exige pas de ces derniers le respect des prix de vente au public indiqués par Punto Fa* ».

Par ailleurs, Punto Fa insiste, y compris dans ses observations orales en séance, sur l'indépendance qui caractériserait ses relations avec ses distributeurs partenaires et affirme que le « *contrat de dépôt commercial gratuit et de gestion de vente* » n'est pas un contrat d'agence.

II. DISCUSSION

(...)

B. SUR LE BIEN-FONDÉ DU GRIEF

a) La pratique décisionnelle et la jurisprudence nationales et communautaires

1. La notion d'accord de volontés entre entreprises

(...)

2. La notion d'agent commercial

Ainsi qu'il vient d'être mentionné, les contrats d'agence dans lesquels une personne physique ou morale (l'agent) est investie du pouvoir de négocier ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant en vue de la vente de biens ou services fournis par le commettant, ne relèvent généralement pas des articles L. 420-1 du code de commerce ou 81 § 1 du traité CE parce qu'ils ne sont pas conclus entre des entreprises indépendantes. Les risques supportés par l'agent dans le cadre de son activité commerciale ne doivent cependant pas être tels qu'ils remettent en cause la présomption d'absence d'autonomie de l'agent par rapport au commettant.

Les lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01) publiées par la Commission européenne le 13 octobre 2000 (ci-après les lignes directrices), que l'Autorité de la concurrence considère, à la suite du Conseil de la concurrence (ainsi que ce dernier l'a rappelé récemment dans sa décision n° 07-D-04 relative à des pratiques mises en œuvre dans le réseau de franchise Jeff de Bruges), comme un « *guide d'analyse utile* » pour l'application de l'article L. 420-1 du code de commerce, donnent, aux points 12 à 22, des éléments précis d'appréciation des risques supportés par l'agent dans ce type de contrat.

Un distributeur est considéré comme un « agent » lorsqu'il ne supporte que les risques « *qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite professionnelle ou les investissements généraux dans un local ou du personnel* » (point 15 des lignes directrices) ». La Commission européenne précise qu'un certain nombre d'obligations (limitations quant au territoire sur lequel l'agent peut vendre les biens ou services ; limitations quant aux clients auxquels l'agent peut vendre les biens ou services, prix et conditions auxquels l'agent doit vendre ou acheter les biens ou services) sont considérées comme inhérentes au contrat d'agence. Ces obligations sont liées « *à la capacité du commettant de fixer le champ d'activité de l'agent pour ce qui est des biens ou des services contractuels, ce qui est essentiel si le commettant doit assumer les risques et doit, par conséquent, être à même de déterminer la stratégie commerciale* » (point 18 des lignes directrices) ». Ainsi, le commettant est celui qui fixe la stratégie commerciale de l'entité économique unique, constituée de lui-même et de l'agent.

En revanche, le distributeur perd sa qualité d'agent lorsque, compte tenu des stipulations contractuelles, il doit assumer des risques qui vont au-delà de ceux qui sont attachés à la fonction de vente. Ces risques sont directement liés aux contrats, comme le financement des stocks ou sont liés aux investissements spécifiques du marché. « *Ces investissements sont ceux qu'exige le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant. Ces investissements sont généralement irrécouvrables* » (point 14 des lignes directrices) ». Dans ces conditions, le distributeur perd sa qualité d'agent et peut être considéré comme un acteur économique indépendant de son co-contractant. Il sera, indique la Commission, « *regardé comme un distributeur indépendant qui doit rester libre de déterminer sa stratégie commerciale de manière à pouvoir recouvrer les investissements qu'il a réalisés et qui sont liés au contrat ou qui sont spécifiques au marché* » (point 15 des lignes directrices) ».

Dans ses lignes directrices, la Commission souligne au point 16 que l'appréciation de ces risques doit être effectuée au cas par cas, en tenant compte de la « *réalité économique* ». Elle y « *considère que d'une manière générale, l'article 81, paragraphe 1, n'est pas applicable aux obligations imposées à l'agent quant aux contrats qu'il négocie et/ou conclut pour le compte du commettant lorsque l'agent n'est pas propriétaire des biens contractuels achetés ou vendus ou lorsqu'il ne fournit pas lui-même les services contractuels* ». Les lignes directrices donnent à titre d'exemples une liste non exhaustive de risques ou coûts que l'agent n'assume pas : notamment, absence

de contribution aux coûts liés à la fourniture des biens (coûts de transport), absence d'obligation de financement de la promotion des biens, non-financement des stocks (retour sans frais des invendus).

Il ressort de ces précisions que, si l'absence de propriété des biens contractuels est un élément important de l'appréciation de la qualité d'agent, il reste qu'un examen circonstancié des risques que supporte effectivement l'agent est nécessaire. En effet, les lignes directrices affirment au point 17 que « *si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou coûts précités (ceux du point 16 mentionné plus haut), l'article 81, paragraphe 1, peut s'appliquer au contrat d'agence comme à tout autre accord vertical* ». En effet, les lignes directrices invitent à distinguer, parmi les accords verticaux dans lesquels le fournisseur conserve la propriété de la marchandise jusqu'à la vente au consommateur, ceux des accords qui imposent au distributeur des risques négligeables et ceux qui lui font supporter des risques autres que négligeables. Ces risques n'ont pas à être qualifiés d'excessifs ou d'exceptionnels pour que l'article 81 § 1 CE soit applicable.

L'appréciation du caractère négligeable du risque encouru par l'agent implique de procéder à un examen minutieux de chacune des charges spécifiques liées à l'activité commerciale de l'agent.

La Commission européenne a condamné, le 10 octobre 2001, Mercedes-Benz pour avoir enfreint l'article 81, paragraphe 1, CE notamment en cloisonnant le marché de la distribution de voitures de tourisme de marque Mercedes-Benz en Allemagne avec l'appui de son réseau de distribution qui comprenait des succursales, des agents commerciaux et des commissionnaires (décision 2002/758/CE). Pour la Commission, les agents allemands devaient être considérés comme des distributeurs indépendants dans la mesure où ils devaient, selon elle, assumer une série de risques inhérents à l'exploitation d'une entreprise.

Le TPICE a procédé à l'analyse de chacun des risques retenus par la Commission dans sa décision et conclu pour chacun d'entre eux que la Commission avait exagéré l'importance du risque : « *La Commission se borne, en réalité, à énumérer des obligations imposées en application du contrat d'agence et liées à la vente des véhicules sans démontrer en quoi ces obligations constituent des risques substantiels mis à la charge de l'agent.* » « *Il s'ensuit que la qualification du statut de l'agent allemand... n'est pas infirmée par le fait que les agents allemands Mercedes-Benz sont tenus d'assumer un certain nombre d'activités et d'obligations financières en application du contrat d'agence.* » Le TPICE considère donc que des charges financières liées à l'application du contrat d'agence ne constituent pas nécessairement des risques financiers substantiels de nature à conduire à une requalification du contrat d'agence en contrat de distribution traditionnel.

En outre, se prononçant sur les distributeurs indépendants en Belgique et en Espagne, qui bénéficient d'un contrat différent de celui des agents allemands, le TPICE relève : « *Le distributeur indépendant est en mesure de déterminer ou, à tout le moins, d'influencer les conditions auxquelles les ventes sont réalisées, dès lors que c'est lui qui*

est le vendeur, qui supporte le risque principal du prix du véhicule et qui garde les véhicules en stock. C'est cette marge de négociation du distributeur qui intervient entre le producteur et le client qui expose le distributeur à un risque d'application de l'article 81 CE en ce qui concerne sa relation avec le producteur. » Ainsi, le TPICE souligne, parmi les critères d'appréciation de l'autonomie du distributeur indépendant, l'importance de la maîtrise du stock et de la détermination du prix de vente au consommateur final.

De même, le Conseil de la concurrence, dans la décision n° 06-D-18 du 28 juin 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique, a fait application de la pratique décisionnelle communautaire aux termes de laquelle l'appréciation de l'applicabilité du droit des ententes à des contrats d'agence se fait au regard des risques supportés par l'agent et de son autonomie dans la détermination de sa stratégie commerciale.

Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a examiné les contrats de concession publicitaire passés entre les régies nationales de publicité et les exploitants de salles de cinéma et qui ont pour objet la concession de l'exploitation publicitaire des écrans moyennant redevance. Le Conseil a estimé que les régies supportent dans leur relation avec les exploitants de salles des risques commerciaux et financiers non négligeables. Au nombre des risques commerciaux et financiers assumés par les régies, le Conseil de la concurrence a retenu notamment : la maîtrise et la responsabilité du service fourni aux annonceurs, la détermination du contenu des produits et de leur tarif, l'élaboration de la stratégie publicitaire, les frais liés au démarchage des annonceurs, les frais liés à la promotion et à la publicité, les frais liés au montage des bandes, à l'envoi et aux retours des bandes, le versement d'une redevance forfaitaire annuelle indépendante des recettes.

Le Conseil de la concurrence a conclu son analyse des risques supportés par les régies en ces termes : *« Il résulte de ce qui précède que les régies supportent, dans leur relation avec les exploitants en vue du démarchage des annonceurs, des risques commerciaux et financiers non négligeables et qu'elles déterminent leur stratégie commerciale de manière indépendante des exploitants. Elles ont donc une activité indépendante des exploitants de salles avec lesquels elles ne forment pas une unité économique. Le droit des ententes est donc applicable à leurs relations contractuelles ».*

Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a donc établi que les régies ont une activité économique autonome de celle des exploitants de salles et que cette activité génère un certain nombre de coûts spécifiques. Le risque financier n'est donc pas dissociable du risque commercial.

Pour conclure, le test applicable repose sur un faisceau d'indices à deux branches, conformément à l'arrêt du TPICE du 15 septembre 2005, précité : *« les agents ne sont susceptibles de perdre leur qualité d'opérateur économique indépendant que lorsqu'ils ne supportent aucun des risques résultant des contrats négociés pour le commettant et opèrent comme auxiliaires intégrés à l'entreprise du commettant ».* Par extension, ces critères permettent d'établir qu'un fournisseur et un distributeur forment une

seule unité économique et que leurs relations ne tombent pas sous le coup des dispositions poursuivant les ententes ou accords anticoncurrentiels.

Ainsi, afin de déterminer si les articles L. 420-1 du code de commerce et 81 § 1 du traité CE sont applicables aux relations entre Punto Fa et ses distributeurs partenaires, il convient de déterminer si le distributeur partenaire est en mesure (1) de décider de sa stratégie commerciale indépendamment de son fournisseur et (2) d'établir si les risques assumés par le distributeur constituent des «risques économiques sensibles» liés aux ventes de produits Mango ou aux « investissements spécifiques au marché».

C L'APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

a) La nature du contrat de dépôt commercial gratuit et de gestion de vente

(...)

b) La capacité entrepreneuriale

(...)

♦ La politique promotionnelle

Ainsi qu'il est montré aux points 28 à 31 de la présente décision, les distributeurs partenaires dépendent largement de la politique promotionnelle et publicitaire de Punto Fa. L'essentiel de cette politique est financé par le fournisseur.

Or, les actions promotionnelles et publicitaires sont un instrument déterminant de la commercialisation d'un produit. Le distributeur partenaire n'est donc pas en mesure de développer une stratégie propre de communication commerciale.

♦ La politique tarifaire

Dans les développements qui suivent, l'Autorité de la concurrence, sans qu'il soit besoin de qualifier une pratique de prix concertée ou de prix imposé, évalue la capacité du distributeur partenaire à déterminer de manière autonome son prix de vente au consommateur final.

Comme indiqué précédemment au point 32 de la présente décision, tous les contrats conclus par Punto Fa avec ses distributeurs partenaires comportent une *clause septième* intitulée « *prix de vente des marchandises et marges commerciales* » qui précise que Punto Fa et ses distributeurs partenaires « *s'accordent et conviennent expressément que le distributeur pourra gérer la vente des produits aux prix et aux conditions qu'elles estiment convenables et établis conjointement entre le distributeur et Punto Fa, afin de maintenir la commercialisation uniforme des produits dans tout le réseau des établissements du territoire national concerné en respectant les marges accordées* ».

Il ressort de cette clause que le prix de vente au consommateur final est « convenu » entre le fournisseur et le distributeur. En effet, dans la mesure où il n'y a pas de vente, au stade intermédiaire, entre Punto Fa et ses distributeurs partenaires puisque le premier conserve la propriété de la marchandise jusqu'à la vente au consommateur final, le seul prix dont il est question dans cette « *clause septième* » est bien le prix de vente au consommateur final.

Cette disposition établit également que les parties s'accordent pour respecter les marges accordées, c'est-à-dire la marge du fournisseur et celle du distributeur partenaire, calculées en pourcentage à partir du prix « convenu » ([50-60] % pour le premier, [40-50] % pour le second, hors promotions et soldes). En réalité, les cocontractants s'accordent essentiellement sur le fait que Punto Fa recevra [50-60] % du prix « convenu ». M. D. L. l'a d'ailleurs clairement expliqué : *« par exemple, si le prix prévu pour un article est de trente euros hors taxe, contractuellement seize euros doivent nous revenir et quatorze euros au distributeur. Rien n'interdit à ce dernier de diminuer sa marge du moment que nous recevons les seize euros prévus contractuellement »* (audition de M. D. L. du 28 novembre 2006 – cotes 1275 à 1279). En définitive, ce prix « convenu » est fixé de manière unilatérale par Punto Fa puisqu'il conditionne le calcul de sa marge et sa propre rémunération. C'est pourquoi, Punto Fa considère qu'il s'agit plutôt d'un prix recommandé.

Cependant, aux termes de cette stipulation contractuelle, le distributeur partenaire s'engage à respecter son propre niveau de marge fixé contractuellement à [50-60] % du prix recommandé et au maintien d'une commercialisation uniforme des produits Mango au sein du réseau. Cette obligation d'uniformité, enchâssée dans une clause relative aux prix de vente au consommateur, conduit à conclure que le contrat oblige les cocontractants, et notamment le distributeur partenaire, à une pratique de prix uniforme dans le réseau Mango, ce qui d'ailleurs peut se justifier dans la mesure où Punto Fa demeure le propriétaire de la marchandise jusqu'à la vente au consommateur final. Cette uniformité est d'ailleurs matérialisée par le pré-étiquetage des produits, réalisé en Espagne par le fournisseur et par la diffusion de catalogues où figurent les prix « convenus ».

Le contrat de *« dépôt commercial gratuit et de gestion de ventes »* oblige donc le distributeur partenaire au respect de ce que M. D. L. appelle lui-même *« la politique de prix »* définie par Punto Fa. Les distributeurs partenaires interrogés pendant l'enquête puis l'instruction ont déclaré se conformer à cette politique tarifaire.

Aux propos de MM. [H. L.] et [P. Z.] cités au paragraphe 34 de la présente décision, il convient d'ajouter ceux de M. [E. G.], distributeur partenaire à [D.], *« Nous n'avons aucune latitude pour modifier les prix. Nous n'accordons aucune remise aux clients »* (déclaration de M. [E. G.] du 7 novembre 2006 – cote 481) ou encore ceux de Mme [M. B.], ancienne distributeur partenaire, : *« si j'avais voulu accorder une ristourne, ce que je n'ai jamais fait, j'aurais néanmoins dû imputer cette ristourne sur ma marge »* (déclaration de Mme [M. B.] du 24 avril 2008 – cote 1439), ceux de M. [J. S.], ancien distributeur partenaire *« si nous décidions d'accorder une remise à un client (comme nous le faisons à notre personnel), la remise s'imputait sur notre marge »* (déclaration de M. [J. S.] du 5 mai 2008 – cote 2149) ou enfin ceux de M. [A. L.], distributeur partenaire à [O.], : *« En conclusion, les prix, soldes et promotions sont imposés... Si je veux accorder une remise commerciale, elle s'impute sur ma marge »* (déclaration de M. [A. L.] du 6 mai 2008 – cote 2309). Les

distributeurs partenaires confirment donc respecter largement la politique tarifaire de Punto Fa et se déclarent peu enclins à réduire la marge brute de [40-50] % fixée au contrat.

Le distributeur partenaire, comme le souligne M. D. L. dans sa déclaration précitée du 28 novembre 2006, peut en principe réduire unilatéralement cette marge brute de [40-50] % pour peu que la rémunération de Punto Fa en valeur absolue demeure assurée. A cet égard, Punto Fa a produit à l'appui de ses écritures un tableau qui montrerait, selon lui, que quatre distributeurs partenaires du réseau Mango pratiqueraient des réductions de prix. Ce tableau présente pour chaque établissement un différentiel entre le chiffre d'affaires qui devrait résulter de l'application des prix recommandés et le chiffre d'affaires réalisé par le point de vente. Ces écarts vont de [0-3]%, ce dernier étant exceptionnel. Punto Fa considère que ces écarts démontrent l'existence d'une pratique de réduction de prix. Il convient de constater que le panel présenté est limité à quatre magasins et que les niveaux de réduction de prix demeurent modestes. En outre, aucune information factuelle n'est apportée pour expliquer ces réductions de prix : promotions décidées par le fournisseur, remises de caisse à la clientèle, ristournes au personnel, etc.. L'argument de Punto Fa est donc loin d'être convaincant.

Sans qu'il soit besoin d'établir, à ce stade de l'analyse, si les prix de vente au consommateur final sont des prix recommandés ou imposés, force est de constater que le distributeur partenaire, quand bien même aurait-il une certaine latitude pour réduire le *prix convenu*, comme l'allègue Punto Fa, n'est pas en mesure de s'écarter sensiblement de ce prix contractuel qui est la traduction d'une « *politique de prix* » décidée par Punto Fa. En tout état de cause, l'existence de remises ponctuelles effectuées à la caisse pour quelques clients ou pour des salariés du magasin ne permet pas de conclure que le distributeur partenaire est libre de mettre en œuvre une stratégie de prix autonome.

♦ Conclusion préliminaire

Pris dans leur ensemble de façon solidaire, les éléments analysés ci-dessus (points 69 à 87) permettent de conclure que le distributeur partenaire du réseau Mango en France n'est pas en mesure de déterminer de façon autonome sa stratégie commerciale par rapport à celle de son fournisseur. En effet, le distributeur partenaire n'est pas maître de l'aménagement de son point de vente, n'est pas propriétaire de la marchandise qu'il est chargé de commercialiser, ne maîtrise ni son stock ni son réassort, ne dispose pas des moyens de promouvoir les produits qu'il vend. En outre, sa marge de manœuvre pour déterminer de façon autonome le prix de vente au consommateur final paraît pour le moins étroite. Enfin, il faut insister sur le fait que le distributeur partenaire n'assume pas le risque commercial principal de ce secteur d'activité très influencé par la mode, à savoir les invendus qui sont intégralement pris en charge par le fournisseur.

c) Les risques supportés par le distributeur partenaire

D'une façon générale, si le fournisseur et le distributeur constituent au sens du droit de la concurrence une entité économique unique, les risques commerciaux et financiers supportés par le distributeur sont nécessairement limités, ce dernier n'étant qu'un simple intermédiaire entre le fournisseur et le client final. Il convient donc au cas d'espèce d'apprécier si les risques financiers et commerciaux que supporte le distributeur partenaire dans son activité de vente de produits Mango représentent des « *risques économiques sensibles* », pour reprendre l'expression du TPICE dans son arrêt du 15 septembre 2005, précité.

Conformément aux lignes directrices, les risques liés à la réussite professionnelle du distributeur partenaire ou les investissements généraux que ce dernier doit effectuer dans un local ou du personnel de vente ne sont pas pertinents pour apprécier les risques financiers et commerciaux. A cet égard, le TPICE a relevé dans son arrêt précité : « *Il y a lieu de considérer qu'il ne ressort pas de la décision litigieuse que cette activité associée à la vente de voitures Mercedes Benz comporte en fait des risques exceptionnels même s'il est vrai que, si elle n'est pas gérée correctement et effectivement, elle peut être déficitaire et réduire, voire éliminer, les bénéfices de l'agent associés à la vente de voitures* ».

En revanche, il convient de prendre en compte les risques qui sont « *directement liés aux contrats* » et ceux qui sont « *liés aux investissements spécifiques au marché* », comme décrit plus haut.

Les distributeurs partenaires supportent un certain nombre de « *risques liés aux contrats* », c'est-à-dire ceux qui sont directement liés à la vente des produits contractuels.

Il s'agit tout d'abord du droit d'entrée qui a été estimé dans le cadre de l'instruction à [0-5] % environ du chiffre d'affaires moyen d'un établissement.

Le distributeur partenaire doit également obtenir une garantie bancaire qui correspond à la valeur du stock et qui est destinée « *à assurer la parfaite exécution par (le distributeur partenaire) de ses obligations financières pendant toute la durée du contrat* ». Cette garantie bancaire est la contrepartie du maintien de la propriété de Punto Fa sur la marchandise mise en dépôt dans le magasin du distributeur partenaire. En tout état de cause, le coût d'une garantie bancaire est globalement inférieur au coût qu'induirait pour le distributeur partenaire l'achat préalable de la marchandise avec un concours bancaire (prêt) et la propriété de la marchandise (coût des invendus). Il s'ensuit que le risque financier assumé par le distributeur partenaire au travers d'une garantie bancaire peut être considéré comme le moindre des risques. A titre d'exemple, il convient de relever l'information fournie par Mme [M. B.] qui indique dans sa déclaration du 24 avril 2008 que la garantie bancaire d'un montant de 300 000 euros lui « *coûtait 3000 euros par an* » (déclaration de Mme [M. B.] du 24 avril 2008- cote 1439). Le coût effectif de la garantie bancaire est donc minime.

En outre, le distributeur partenaire est tenu de financer le transport initial de la marchandise depuis l'Espagne. Selon les données fournies par l'enquête, cela représente environ [0-5] % du chiffre d'affaires d'un point de vente.

Il doit également assurer la marchandise contre le vol et les dégradations éventuelles, risques couverts par son assurance. Cette charge peut être considérée comme inhérente à l'activité d'un agent.

Les distributeurs partenaires supportent également certains «risques liés aux investissements spécifiques au marché». Il s'agit des investissements que requiert le type d'activité pour lequel le distributeur partenaire a contracté avec son fournisseur, à savoir la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin de marque Mango.

Pour l'essentiel, sont concernés les investissements réalisés pour l'équipement et l'agencement du magasin aux fins du respect de l'unité de présentation et d'image de l'enseigne Mango. L'instruction a révélé que le coût moyen de l'aménagement d'un magasin pouvait représenter [5-10] % du chiffre d'affaires d'un point de vente mais qu'une partie de ces dépenses d'aménagement pourrait être valorisée lors de la revente du local. Par conséquent, ces investissements constituent pour une large part des coûts récupérables en cas de cessation d'activité.

Il s'ensuit que les risques commerciaux et financiers assumés par le distributeur partenaire de Punto Fa ne constituent pas des risques économiques sensibles.

d) Conclusion

Aux fins de l'application du droit de la concurrence, il est établi que les distributeurs partenaires de Punto Fa n'ont pas la capacité de déterminer de façon autonome leur stratégie commerciale et n'assument aucun risque économique sensible dans le cadre de leur activité commerciale, le risque majeur lié aux invendus étant pris en charge par le seul fournisseur. Dès lors, en dépit de leurs personnalités juridiques distinctes, Punto Fa et ses distributeurs partenaires forment une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et, par conséquent, leurs relations échappent à la prohibition posée par les articles L. 420-1 du code du commerce et 81 du traité CE. Le grief notifié au premier n'est donc pas fondé.

DÉCISION

Article unique : Il n'est pas établi que les pratiques de la société Punto Fa S.L. entrent dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du traité CE.

Avis n°10-A-26, 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire (EXTRAITS)

(...)

II. Le secteur français de la grande distribution alimentaire

(...)

E. LES BARRIÈRES À L'ENTRÉE DANS LE SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

(...)

3. L'ÉTANCHÉITÉ DES DIFFÉRENTS RÉSEAUX DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

(...)

b) La faible mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes

(...)

Les différentes explications de la mobilité limitée des magasins indépendants

La relative inertie des magasins indépendants semble a priori pouvoir s'expliquer de différentes manières.

Cette situation pourrait, en premier lieu, s'expliquer par l'absence de volonté et/ou de capacité des groupes intégrés à développer la franchise ou tout autre mode d'affiliation. En effet, les grands groupes de distribution intégrés ont assez peu développé la franchise sur les formats des hypermarchés et du maxi-discount. Dès lors, leur capacité à accueillir des magasins sur ces formats serait limitée. Toutefois, cette explication présente trois limites. D'une part, les groupes intégrés ont la possibilité de racheter les magasins franchisés afin de les exploiter en propre, notamment lors des départs à la retraite des dirigeants de magasins affiliés. D'autre part, plusieurs opérateurs intégrés ont indiqué que les obstacles à la création de nouveaux magasins les incitaient fortement à développer leurs réseaux de franchise, sur des formats ou dans des zones géographiques où ils étaient jusqu'alors peu présents. Enfin, la faible mobilité des magasins a également été constatée au sein des groupements coopératifs ou sur les formats où l'exploitation des magasins en franchise est importante, comme les commerces de proximité par exemple. Par conséquent, l'absence de mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents ne résulte pas d'une réticence des groupes de distribution à accueillir des magasins indépendants, mais bien de l'absence de volonté ou des difficultés que rencontrent les magasins indépendants à changer de réseau.

En deuxième lieu, l'absence de mobilité des magasins indépendants pourrait également s'expliquer par l'attachement que portent les magasins affiliés à leur enseigne. Cet attachement résulterait notamment de la satisfaction économique que les magasins indépendants retirent de leur affiliation à la tête de réseau, ces derniers n'ayant dès lors aucune envie d'en changer. Il découlerait également des valeurs communes et des liens humains développés au sein des réseaux et notamment au sein des groupements coopératifs (les journées de travail collectif régional ou national, le système de parrainage mis en place par le groupement Leclerc etc.).

En troisième lieu, tout changement d'enseigne constitue un risque commercial certain, de nature à dissuader, dans certains cas, les magasins affiliés de changer de réseau. En effet, le niveau de notoriété auprès des consommateurs diffère sensiblement selon les enseignes. Le gérant d'un

magasin n'est donc jamais tout à fait certain que sa clientèle soit disposée à rester fidèle à son magasin plutôt qu'à son enseigne. En outre, tout changement d'enseigne implique une modification du mode de gestion (modalités d'approvisionnement, système informatique, etc.), et de l'agencement du magasin, ainsi que de l'assortiment et des prix, tant à l'achat qu'à la revente, des marchandises.

Enfin, l'absence de mobilité des magasins indépendants semble principalement devoir trouver son explication dans les relations tant contractuelles que capitalistiques qu'entretiennent les groupes de distribution alimentaires avec leurs magasins affiliés. Tout d'abord, l'instruction a relevé une certaine opacité de ces relations, due notamment à la multiplication des documents contractuels formalisant la relation et au manque d'information de l'affilié sur la portée des engagements auxquels il a souscrit. Ce manque de transparence empêche le candidat à l'affiliation ou l'affilié arrivé à échéance de son contrat de mettre en concurrence les différentes enseignes et freine ainsi la mobilité des magasins affiliés entre les différents réseaux. De plus, certains dispositifs contractuels et capitalistiques mis en œuvre par les groupes de distribution dans leurs relations avec leurs affiliés, comme des durées d'engagement relativement longues, des droits d'entrée au paiement différé, des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles et des droits de priorité, ont pour objet ou effet de dissuader l'affilié de sortir du réseau. Ces différents dispositifs sont analysés ci-après (cf. infra paragraphe 113 et suivants).

(...)

IV. Analyse concurrentielle des pratiques constatées concernant les modalités de gestion du foncier commercial et recommandations

(...)

B. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE : LA SUPPRESSION DES CLAUSES DE NON-

CONCURRENCE ET DES DROITS DE PRIORITÉ PRÉSENTS DANS LES CONTRATS DE VENTE ET D'ACQUISITION DE FONCIER COMMERCIAL

Dans le secteur de la grande distribution alimentaire, la concentration excessive de certaines zones de chalandise résulte en partie de l'existence de barrières à l'entrée élevées.

Ces obstacles à l'arrivée de nouvelles enseignes sont issus, pour une part significative, des procédures administratives préalables à l'implantation d'un nouveau magasin. Sur ces différents aspects, l'Autorité de la concurrence renvoie notamment à son avis n°07-A-12 sur les législations Royer et Raffarin, où étaient constatés à la fois l'échec de ces réglementations à protéger le commerce de proximité et leur rôle dans le degré de concentration excessif des zones de chalandise. A cette occasion, le Conseil de la concurrence avait préconisé de limiter la réglementation de l'urbanisme commercial au seul droit de l'urbanisme et à ne pas y surajouter des procédures administratives supplémentaires. A l'aune des constats effectués dans cet avis, l'Autorité de la concurrence ne peut que d'autant plus réitérer cette recommandation que les incertitudes administratives spécifiques qui pèsent sur les grandes surfaces à dominante alimentaire rendent leur recherche de foncier commercial plus ardue.

Toutefois, l'instruction de cet avis a surtout permis de constater que les obstacles réglementaires à l'entrée sont aggravés par les comportements des opérateurs en place, et notamment par leur recours à des clauses de non-concurrence dans une part significative des contrats de vente et d'acquisition de foncier commercial. Dans les contrats de vente de foncier commercial, celles-ci ont pour objet d'interdire à l'acquéreur d'un terrain ou d'un local commercial d'exercer une activité alimentaire pour une durée pouvant aller jusqu'à 50 années. Plus rarement incluses dans les contrats d'achat de foncier commercial, elles ont alors pour objet d'interdire l'implantation de sociétés pouvant exercer une activité alimentaire sur les autres terrains détenus par le vendeur (le plus souvent mitoyens du terrain objet dudit contrat), la durée de ces clauses pouvant également s'étaler sur plusieurs dizaines d'années. L'instruction a également permis de relever la présence de droits de priorité au profit des groupes de distribution dans certains contrats de vente de foncier commercial, ces derniers ayant des durées pouvant aller jusqu'à 50 ans à compter de la date de signature du contrat. Ces clauses donnent un avantage concurrentiel important au bénéficiaire en lui permettant d'avoir connaissance des offres faites par des acquéreurs potentiels et d'anticiper ainsi l'arrivée d'un concurrent ou de l'empêcher en faisant jouer son droit de priorité.

Plusieurs opérateurs ont indiqué que de telles clauses avaient constitué un obstacle retardant leur entrée sur une zone de chalandise ou atténué son impact. Il a en outre été constaté que de telles clauses sont également mises en œuvre par des opérateurs susceptibles de disposer, sur leur zone de chalandise, de parts de marché élevées et qu'elles pouvaient concerner des marchés locaux déjà relativement concentrés. En outre, les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces clauses dans les contrats n'emportent pas la conviction, celles-ci

ne semblant pas nécessaires pour inciter à l'investissement dans ce secteur ou pour garantir un meilleur service au consommateur.

La suppression de ces clauses de non-concurrence, tant dans les contrats à venir que dans les contrats passés, apparaît donc nécessaire, ces dernières étant génératrices d'une limitation de la concurrence et constituant un frein à l'installation de nouvelles enseignes.

Plusieurs solutions alternatives à une interdiction totale de ces clauses ont été envisagées. Il serait théoriquement possible de n'interdire ces clauses et ces droits de priorité que dans les zones où le degré de concentration dépasse un certain seuil. Une telle condition imposerait toutefois de délimiter le marché local, d'évaluer son degré de concentration et d'ajuster les zones jugées concentrées au fur et à mesure de leur évolution (en fonction des ouvertures et des fermetures de magasin). Compte tenu de l'absence de gains d'efficacité associés à ces clauses, l'incertitude juridique qui découlerait de la délimitation des zones de chalandise et de la mesure du degré de concentration rend nettement préférable leur interdiction pure et simple. De la même façon, l'autorisation de clauses de non-concurrence limitées dans le temps pour des surfaces foncières peu susceptibles d'accueillir un nouvel opérateur constituerait un remède difficile à surveiller alors même que les effets produits par ces clauses peuvent être significatifs.

Ces recommandations sont proches de celles formulées par la *Competition Commission* britannique. Celle-ci a notamment remis en cause les clauses restrictives d'exploitation par lesquelles un groupe de distribution vendant un terrain interdisait à l'acheteur de l'exploiter pour une activité de distribution ou de le revendre à un autre groupe de distribution (« *restrictive covenant* ») et a également limité la durée de certaines exclusivités territoriales par lesquelles un distributeur était protégé de l'implantation de distributeurs concurrents sur une même zone géographique (cf. *Competition Commission, The supply of groceries in the UK market investigation, 2008*).

V. Les pratiques constatées dans les relations d'affiliation entre les commerçants affiliés et les groupes de distribution

La décision d'auto-saisine de l'Autorité de la concurrence n° 10-SOA-01 du 25 février 2010 indique: « Sur les contrats d'affiliation des magasins indépendants, la saisine examinera les différents contrats en vigueur, notamment les contrats de franchise ou d'adhésion à une coopérative de commerçants indépendants, ainsi que les autres 34 contrats liant un commerçant à une personne juridique représentant le réseau (contrat d'approvisionnement, de location-gérance, de bail, pacte d'associés, etc.). Il s'agira pour l'instruction d'apprécier la force du lien entre les têtes de réseau et les commerçants affiliés, et le degré réel d'indépendance de ces derniers. L'impact de ces relations verticales sur la mobilité inter-réseaux devra être évalué pour chacun des principaux formats de vente (hypermarchés, supermarchés, magasins de proximité, magasins spécialisés), en fonction de la nature et de l'encadrement réglementaire des liens entre les membres du réseau. Devront ainsi être pris en compte la durée des contrats liant le commerçant indépendant et son réseau, les obstacles s'opposant au changement d'enseigne d'un magasin et les barrières à l'entrée ainsi créées à l'encontre de nouveaux opérateurs. Les caractéristiques de ces relations entre le magasin indépendant et son réseau

d'affiliation devront ensuite être appréciées au regard de leurs potentiels effets concurrentiels, eux-mêmes fonction de la rareté des emplacements commerciaux sur les zones de chalandise et du poids des opérateurs liés par ces contrats sur les marchés pertinents identifiés. Les justifications pro-concurrentielles de ces clauses, en termes de transfert de savoir-faire et de réduction du risque supporté par le magasin indépendant notamment, devront également être prises en compte dans cette évaluation» (paragraphe 6).

En premier lieu, l'instruction de l'avis a permis de constater l'importance du parc de magasins indépendants affiliés à des groupes de distribution à dominante alimentaire. Selon les déclarations des principaux opérateurs, celui-ci représente en France environ 63% du total des hypermarchés, 70% du parc des supermarchés (hors magasins de maxi-discount) et 77% du parc des magasins de proximité, la part des magasins restants représentant les magasins intégrés exploités directement par les groupes de distribution.

L'instruction a en second lieu mis en évidence la variété des types organisationnels et contractuels d'affiliation. En effet, les modes d'affiliation d'un magasin indépendant à un groupe intégré sont variés. À titre d'illustration le groupe Carrefour distingue ainsi cinq modèles d'organisation de son parc de magasins : « Cas n°1 : magasins intégrés exploités directement par Carrefour ; Cas n°2 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales sans prise de participation de Carrefour), propriétaires du fonds de commerce ; Cas n°3 : magasins exploités par des franchisés (personnes physiques ou personnes morales), locataires-gérants de Carrefour ; Cas n°4 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, locataires-gérants de Carrefour ; Cas n°5 : magasins exploités par des sociétés franchisées, avec participation au capital de Carrefour, propriétaires du fonds».

Comme indiqué supra (paragraphe 72 et suivants), l'instruction a enfin été conduite à souligner la faible mobilité des magasins indépendants entre réseaux concurrents. Compte tenu des multiples obstacles à la création de nouveaux magasins, cette faible mobilité est constitutive d'une véritable barrière à l'entrée dans le secteur de la distribution alimentaire. Pour une part significative, cette inertie des magasins affiliés est due à certains dispositifs mis en place par les groupes de distribution, qui ont pour objet et/ou effet d'empêcher leurs magasins affiliés de quitter le réseau. Ces dispositifs sont d'ordre contractuel d'une part (A) et capitalistique d'autre part (B).

A. LES DISPOSITIFS CONTRACTUELS CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS

Les relations entre les affiliés et les groupes de distribution sont souvent formalisées par divers documents contractuels (contrat de franchise, contrat d'enseigne, contrat d'approvisionnement, contrat de licence de marque, contrat de location-gérance, statuts, règlement intérieur, etc.). Pour la plupart, ces relations présentent plusieurs dispositifs qui ont pour objet et/ou pour effet de dissuader l'affilié de sortir du réseau à savoir, des engagements de durée relativement longs (1), des échéances différentes entre les nombreux contrats liant le magasin et sa tête de réseau (2), des droits d'entrée à paiement différé (3), des clauses de non-

réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié (4) et enfin, des droits de priorité au profit des têtes de réseau (5).

1. LA DURÉE RELATIVEMENT LONGUE DES ENGAGEMENTS SOUSCRITS

L'instruction a permis de constater des durées d'engagement relativement longues (a) auxquelles les opérateurs ont apporté des justifications peu convaincantes (b). L'analyse juridique de ces clauses permet de s'interroger sur le caractère excessif de la plupart des durées d'engagement constatées (c).

a) Des durées d'engagement relativement longues et disparates selon les enseignes

De manière générale, ce sont les groupements coopératifs qui présentent la durée de contractualisation la plus longue avec des durées d'adhésion pouvant aller jusqu'à 30 ans.

Toutefois, l'un des grands groupements coopératifs français ne prévoit pas de durée minimale d'adhésion de ses membres : ceux-ci sont libres de se retirer du groupement à la fin de l'exercice social et moyennant le respect d'un préavis de six mois.

Les contrats de franchise employés par les groupes intégrés sont dans l'ensemble d'une durée plus courte que les contrats d'adhésion aux réseaux coopératifs. Leur durée est comprise entre 3 et 9 ans. Ils sont le plus souvent tacitement renouvelables pour une durée équivalente à la durée initiale. Les durées de préavis de résiliation sont en général comprises entre six mois et un an. Une absence d'uniformité des durées par type de format entre enseignes de groupes différents ainsi qu'entre les différentes enseignes d'un même groupe a également été constatée.

Pour s'assurer du respect de la durée des contrats par les magasins indépendants, la plupart des enseignes utilisent également des clauses pénales d'indemnisation en cas de rupture anticipée du contrat. Le montant prévu de ces indemnités correspond en général au montant des cotisations restant dû jusqu'à l'échéance du contrat ou à un certain pourcentage (pouvant atteindre 10 %) du chiffre d'affaires de l'affilié. A titre de comparaison, il convient de rappeler que selon la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution (la FCD), la moyenne des taux de marge nette des trois principaux distributeurs intégrés (Auchan, Carrefour et Casino) est de 2 % en 2009. Enfin, les ruptures anticipées de contrat donnent également lieu à des procédures contentieuses coûteuses, notamment lorsqu'est prévue une clause d'arbitrage.

b) Les justifications apportées par les opérateurs aux durées d'engagement relativement longues

Selon les opérateurs, une durée de contractualisation longue favoriserait de meilleures incitations à l'investissement et une plus grande stabilité du réseau.

L'argument de l'incitation à l'investissement

Selon la plupart des opérateurs, les contrats de longue durée sont nécessaires pour inciter les deux parties, groupe de distribution et magasin indépendant, à engager des investissements dans le magasin, en ce compris les investissements effectués à l'ouverture du magasin et ceux réalisés de façon périodique aux fins de rénovation du magasin, engagés en moyenne toutes les cinq à sept années. L'affilié, pour

réinvestir dans son magasin, aurait besoin d'une durée d'engagement suffisamment longue pour avoir le temps de rentabiliser l'investissement effectué, ce qui expliquerait que les contrats, à l'issue de la première collaboration de cinq à sept années, soient reconduits pour une durée équivalente. En outre, une relation de longue durée serait également un gage de sécurité pour les établissements bancaires prêtant leur concours à l'entrepreneur indépendant. Lors de leurs auditions, les acteurs du marché ont ainsi indiqué à plusieurs reprises que la durée d'amortissement d'un fonds de commerce (hors immobilier et foncier commercial) est comprise entre cinq et dix années selon le format et les marges nettes réalisées. Toutefois, cet amortissement comptable ne correspond pas au raisonnement suivi en droit de la concurrence, qui ne prend en compte que la spécificité des actifs, le risque de parasitisme, et, le cas échéant, l'incertitude liés à l'opération d'investissement. Or, selon les opérateurs, le risque associé à l'installation d'un magasin serait relativement faible une fois les autorisations administratives nécessaires obtenues. Le risque de parasitisme est lui également limité : les investissements réalisés par un affilié ne risquent guère de profiter à un autre affilié concurrent. En dernier lieu, la spécificité des actifs acquis par l'affilié est principalement limitée aux investissements réalisés pour agencer le magasin, chiffré par un opérateur à environ 300 euros par m². En raisonnant sur cette base et à partir des estimations de chiffre d'affaires au m² et de marge nette réunis au dossier, la durée d'amortissement de cet investissement spécifique serait alors comprise entre deux et cinq années.

Le caractère fortement asymétrique des investissements engagés par les parties doit également être pris en compte pour apprécier la durée adéquate des relations contractuelles entre tête de réseau et magasin indépendant. Hormis dans les cas où les affiliés opèrent par le biais d'une société commune avec la tête de réseau, les investissements effectués par cette dernière pour accompagner son affilié demeurent, sauf exceptions, très limités. Ainsi, selon un opérateur intégré interrogé, ce dernier peut verser de 70 000 à 120 000 euros au titre des « *produits accessoires occasionnels* » sur une période de 7 années, le plus souvent lors de la rénovation du magasin. D'autres investissements sont également effectués par les groupes de distribution, comme les « *espaces dans les plateformes, la codification des magasins et de leurs assortiments dans les systèmes, l'intégration dans les dispositifs publi-promotionnels, la mise en place des équipes de support (marchandise essentiellement), la formation des équipes magasin, la configuration des outils informatiques, et le cas échéant, l'implantation de nouveaux outils, connexion au système de fidélité, la mise à jour de tous les référentiels de l'entreprise...en résumé la gestion de l'intégration au sens large* », mais ils n'ont pu être chiffrés et sont de toute façon très peu spécifiques à un affilié donné.

Les durées de contractualisation très différenciées (de 0 à 30 ans) observées dans le secteur tendent également à relativiser la portée des justifications fondées sur les incitations à l'investissement : en effet, à aucun moment les opérateurs présentant dans les contrats qu'ils souscrivent les durées les plus longues n'ont fait valoir que les investissements réalisés par leur groupe ou les magasins affiliés étaient plus élevés que ceux entrepris par les concurrents aux durées d'engagement plus courtes. En particulier, l'exemple du groupement coopératif n'exigeant aucune durée d'engagement est à cet égard particulièrement frappant.

En outre, sur un plan plus théorique, plus la concurrence entre les opérateurs est grande et plus les incitations à l'investissement, tant des groupes de distribution que des magasins indépendants, sont fortes. En effet, des magasins indépendants à même de faire jouer la concurrence entre les réseaux de distribution inciteraient ainsi ces derniers à investir. De même, des groupes de distribution à même d'étendre la densité de leurs réseaux en accueillant des magasins exploités sous enseigne concurrente accroîtraient les incitations à investir des magasins indépendants afin de pouvoir demeurer affiliés au réseau. Enfin, des relations contractuelles de longue durée peuvent s'avérer désavantageuses pour les magasins indépendants subissant une dégradation des termes commerciaux proposés par leur tête de réseau : dans ce cas, tant la spécificité des investissements qu'ils auront consentis que la durée des engagements souscrits constitueront des freins à toute volonté de changement d'enseigne.

L'argument de la préservation de la stabilité du réseau

En second lieu, une relation contractuelle de longue durée serait également pour le groupe de distribution, un moyen d'assurer la stabilité de son réseau et de ses volumes d'achats et ainsi la compétitivité de son approvisionnement.

L'argument de la préservation du réseau et de sa compétitivité présente également des limites. Selon les opérateurs, notamment les groupements coopératifs, une moindre durée des contrats entraînerait une moins grande stabilité du réseau, un nombre important de magasins étant chaque année susceptible de le quitter pour rejoindre un groupe de distribution concurrent. Toutefois, cet argument ne tient pas compte des magasins que chaque réseau, selon ses performances, serait à même d'accueillir chaque année dès lors que la durée de leurs engagements avec les groupes concurrents serait également plus courte.

Une variante plus convaincante de cet argumentaire est que les groupes intégrés, de peur que leurs magasins indépendants ne quittent le réseau, décident de les acquérir totalement ou partiellement si la durée des contrats les liant à leurs magasins affiliés était raccourcie. Dotés de moindres capacités financières, les groupements coopératifs ne pourraient répliquer efficacement à cette stratégie. À terme, la réduction du parc de magasins indépendants conduirait à une déstabilisation des groupements coopératifs et donc à une dégradation de leur compétitivité. Toutefois, l'examen des transferts de magasins montre que les groupements intégrés ne sont pas nécessairement les opérateurs vers lesquels se tournent les magasins souhaitant changer de réseau de distribution. En outre, de telles opérations de rachat, si elles portent sur des magasins suffisamment importants, devront être notifiées au titre du contrôle des concentrations à l'Autorité de la concurrence, qui en appréciera l'impact sur la concurrence. Enfin, force est de constater que tant les groupements coopératifs que les groupes de distribution intégrés s'appuient sur des dispositifs d'ordre capitalistique (participation au capital des sociétés d'exploitation) pour prévenir le départ de certains de leurs magasins vers des enseignes concurrentes.

c) L'analyse juridique des durées d'engagement relativement longues

Dans un arrêt du 22 février 2000, la Cour de cassation a considéré que n'était pas contraire au droit coopératif la clause des statuts obligeant tout associé coopérateur à adhérer au groupement pour une durée d'au moins 30 ans dans la mesure où

cette clause avait « *pour objet de maintenir, pendant une durée raisonnable, la cohésion des coopérateurs entre eux en vue de couvrir les risques décidés en commun et d'achever l'amortissement dont le partant ou l'exclu a temporairement tiré profit* » (Cass.com., 22 février 2000, n° 97-17-020).

En revanche, dans le cadre de la décision n° 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de considérer que « *l'insertion d'une clause de longue durée dans un contrat, éventuellement prolongée par une reconduction tacite, peut à elle seule avoir des effets restrictifs de concurrence si elle n'est pas justifiée par la nécessité d'amortir des investissements ou par une contrepartie accordée au cocontractant. L'ajout de contraintes à la résiliation anticipée accentue l'effet restrictif de concurrence* ». Dans cette décision, le Conseil de la concurrence a estimé qu'une durée contractuelle initiale de quatre ans, doublée d'une clause de reconduction tacite d'une durée de quatre ans et de la limitation de la possibilité de résilier le contrat à sa date anniversaire sous réserve du respect d'un préavis de trois mois précédant la date d'expiration du contrat, avait des effets restrictifs de concurrence sur le marché de la location-entretien des machines d'affranchissement postal, dès lors qu'elle ne se justifiait pas par la nécessité d'amortir un investissement initial et que la structure du marché (90% du marché lié par des contrats d'une durée de 5 ans ou plus) était telle que ces contrats de longue durée empêchaient toute entrée effective d'un opérateur concurrent.

Or, comme on l'a vu, les raisons avancées par les groupes de distribution pour justifier la durée relativement longue des engagements souscrits, notamment celle relative à la durée d'amortissement des investissements, n'emportent pas la conviction (cf. paragraphe 123 et suivants). En outre, la majeure partie des enseignes pratiquent des durées d'engagement relativement longues, supérieures à 5 ans : seules cinq enseignes appartenant à des groupes intégrés et un groupe coopératif proposent des durées d'affiliation inférieures ou égales à 5 ans. De plus, l'analyse de ces clauses doit être faite en prenant en compte la relation de quasi exclusivité existant entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés. Ainsi que l'indiquaient les paragraphes 73 et suivants, malgré l'absence de clause d'approvisionnement exclusif, les magasins affiliés s'approvisionnent quasiment exclusivement auprès des centrales d'achat de leur tête de réseau. Enfin, la création de nouveaux magasins demeure entravée par de nombreux obstacles, comme l'atteste le contraste entre la relative stabilité du nombre de magasins ouverts et le potentiel de développement encore constaté sur de nombreuses zones de chalandise. Dès lors, des durées d'engagement excessivement longues entre les deux partenaires sont susceptibles de limiter la concurrence que se livrent les centrales d'achat et de référencement pour écouler leurs produits auprès des magasins indépendants. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n° 330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'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.

Eu égard à la grille d'analyse définie par le Conseil de la concurrence en la matière, aux dispositions du Règlement n°330/2010 de la Commission, à la part de marché cumulée détenue par les enseignes liant leurs affiliés par des durées d'engagement longues, et à la faible portée de leurs justifications, les clauses de durée qui excèdent cinq années soulèvent donc de légitimes préoccupations de concurrence.

2. LA MULTIPLICITÉ DES CONTRATS ET LE DÉCALAGE DE LEURS ÉCHÉANCES

L'instruction a permis de constater que les relations entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés sont la plupart du temps formalisées par plusieurs documents contractuels distincts (contrat de franchise, contrat d'adhésion au groupement coopératif, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, pactes d'associés, statuts des magasins indépendants, etc.). Lorsque de tels contrats sont d'une durée différente et que l'échéance de l'un d'eux n'entraîne pas automatiquement la rupture d'un autre – qui s'accompagne fréquemment du paiement d'indemnités ou/et de l'entrée en vigueur de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation (cf. *infra*), la durée de la relation contractuelle peut alors être artificiellement prolongée. En outre, la multiplication des documents contractuels est génératrice d'opacité et d'insécurité juridique susceptibles de dissuader le propriétaire du magasin indépendant de quitter le réseau auquel il est affilié.

Dans sa décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998, le Conseil de la concurrence a estimé que « *le jeu cumulé des clauses susvisées proposées par la société J.C. Decaux, comportant tacite reconduction des contrats avec des conditions de dénonciation rendant difficile l'exercice de ce droit par les collectivités, signatures d'avenants d'une durée égale à la durée initiale en cas de remplacement des mobiliers en cours de contrat, parfois accompagnées de clauses de tacite reconduction, et clause de préférence aux conditions du contrat initial pour les sociétés du groupe Decaux en cas d'installation de mobilier dans de nouveaux emplacements, a pour effet de prolonger artificiellement la durée de la relation contractuelle entre Decaux et les collectivités et de permettre aux sociétés de ce groupe d'éviter pendant des durées très longues atteignant parfois plusieurs dizaines d'années, toute mise en concurrence* ».

En outre, dans le cadre de la saisine relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité ayant donné lieu à la décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010, le Syndicat de l'Épicerie Française et de l'Alimentation Générale (SEFAG) dénonçait le décalage d'échéance entre les différents contrats conclus entre les filiales du groupe Carrefour et les franchisés, qui avait selon lui pour conséquence de prolonger artificiellement leur durée. Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence, ayant constaté cette difficulté, a pris acte de l'engagement du groupe Carrefour de mettre fin à cette situation en alignant sur une même date les échéances des contrats de franchise et d'approvisionnement en cours qui comporteraient des termes différents (paragraphe 33 de ladite décision).

3. LES DROITS D'ENTRÉE À PAIEMENT DIFFÉRÉ

Plusieurs enseignes prévoient un droit d'entrée dans le réseau correspondant à un pourcentage du chiffre d'affaires prévisionnel, dont le paiement est différé au jour où le contrat d'affiliation prend fin.

Les clauses prévoyant des droits d'entrée au paiement différé ne sont pas des clauses illégales *per se*. Elles peuvent néanmoins avoir pour effet de dissuader l'affilié de quitter le réseau à l'arrivée à échéance de la relation contractuelle ou en cas de manquement contractuel grave imputable à la tête de réseau. En effet, le droit d'entrée au paiement différé oblige l'affilié qui décide de quitter le réseau à payer un véritable « droit de sortie » alors qu'un étalement du paiement fractionné pendant le déroulement du contrat serait plus soutenable pour l'affilié.

À cet égard, le site www.pme.gouv.fr édité par le ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi pour venir en aide aux PME recommande de ne pas adopter de telles clauses et de limiter dans le temps l'échelonnement du paiement du droit d'entrée lorsque ce procédé est appliqué.

4. LES CLAUSES DE NON-RÉAFFILIATION ET DE NON-CONCURRENCE POST-CONTRACTUELLES

Les plupart des contrats d'affiliation analysés prévoient des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles (a) nécessaires, selon les opérateurs, à la protection du savoir-faire transmis aux affiliés (b). Il convient de procéder à l'analyse juridique de ces clauses afin de déterminer si elles remplissent les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis par le droit de la concurrence (c).

a) La variété des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées

Plusieurs enseignes incluent également dans un ou plusieurs des contrats les liant à un magasin indépendant ou à son propriétaire des clauses de non-réaffiliation ou de non-concurrence post-contractuelles. La plupart des clauses de non-réaffiliation relevées ont vocation à ne s'appliquer qu'en cas de rupture anticipée du contrat et ce, pendant une durée allant d'un à deux ans à compter de la résiliation du contrat. D'autres clauses de non-réaffiliation présentes dans les contrats analysés ont vocation à s'appliquer, que le contrat soit arrivé à échéance ou qu'il ait été résilié avant son terme. Certaines enseignes emploient des clauses plus générales de non-concurrence tantôt applicables uniquement en cas de résiliation anticipée du contrat, tantôt applicables lors de son terme prévu. Ces clauses de non-concurrence sont toutes d'une durée post-contractuelle d'un an. Enfin, plusieurs enseignes ne recourent ni à des clauses non-réaffiliation ni à des clauses de non-concurrence post contractuelles.

Par ailleurs, l'étendue géographique de ces clauses varie selon les enseignes : il peut ainsi s'agir du territoire concédé, d'un rayon de 30 km (en zone rurale), 20 km, 15 km, 10 km (en zone urbaine) ou 5 km autour du magasin. Certaines clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles ne sont en revanche pas limitées géographiquement.

b) Les justifications apportées par les opérateurs aux clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

Les opérateurs justifient la présence de telles clauses par la nécessité de protéger le savoir-faire transmis aux magasins affiliés qui ont décidé de quitter le réseau.

Dans le secteur de la distribution alimentaire, le savoir-faire que les groupes s'engagent à transmettre à leurs affiliés consisterait en général en :

- des conseils relatifs à l'organisation générale de l'activité du magasin, et plus particulièrement à la politique commerciale et à l'agencement du magasin, aux budgets d'investissement et aux comptes d'exploitation souhaitables, aux actions promotionnelles à mener, à la gestion commerciale, administrative et financière, dont la fourniture de prix de vente aux consommateurs conseillés, de plans d'assortiment et d'implantation ;
- des programmes de formation du personnel ;
- une politique de communication et de publicité autour de l'enseigne ;
- une aide à la recherche d'emplacements pour de nouveaux magasins ;
- l'organisation de réunions sur les perspectives d'évolution de l'enseigne etc.

c) L'analyse juridique des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

Dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire, il ne paraît pas exclu de pouvoir assimiler les clauses de non-réaffiliation à des clauses de non-concurrence. En outre, ces clauses doivent répondre à une exigence de nécessité et de proportionnalité dont il n'est pas certain qu'elle soit respectée par les relations entre magasins indépendants et groupes d'affiliation.

L'assimilation de la clause de non-réaffiliation à une clause de non-concurrence post-contractuelle

La jurisprudence distingue les clauses de non-réaffiliation des clauses de non-concurrence post-contractuelles, au motif que les premières imposent une restriction à la poursuite de l'activité de commerçant, et non une interdiction. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation dans un arrêt récent : « (...) *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* » (Cass.com. 28 septembre 2010, n° de pourvoi : 09-13888). La Cour de cassation a néanmoins eu à plusieurs reprises l'occasion de soumettre les clauses de non-réaffiliation aux mêmes conditions de validité que les clauses de non-concurrence post-contractuelles (Cass. com. 17 janvier 2006, n° pourvoi : 03-12382 ; Cass. civ.2ème 10 janvier 2008, n° pourvoi : 07-13558).

En effet, dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce et sa rentabilité aléatoire, la clause de non-réaffiliation pourrait valablement être assimilée à une clause de non-concurrence. Tel pourrait également être le cas si un magasin non-affilié n'était pas en mesure d'exercer une réelle pression concurrentielle sur les magasins affiliés.

De fait, dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, la distinction entre clause de non-réaffiliation et clause de non-concurrence apparaît particulièrement fragile. En effet, de plus en plus de commerces d'alimentation générale choisissent de s'affilier à une enseigne afin de bénéficier d'une politique commerciale et d'une image de marque attractives, y compris sur le marché des commerces alimentaires de proximité. Selon l'IFLS34, la quasi-totalité des

supermarchés de proximité (97,8 % des magasins et 97,9 % des surfaces de vente) de plus de 400 m² sont ainsi liés à des grands groupes français de distribution, et le rôle des groupes de distribution sur les formats de plus petite taille irait également croissant, puisque 34 % des magasins de proximité d'une surface comprise entre 120 et 400 m², soit 43,5 % de la surface commerciale totale des magasins de cette superficie, seraient déjà affiliés à une enseigne. Ainsi, plus un magasin est grand, plus l'affiliation à un réseau d'enseigne peut être nécessaire à son exploitation. Enfin, les éléments qualitatifs recueillis auprès des opérateurs eux-mêmes tendent également à confirmer cette hypothèse : à titre d'exemple, décrivant les facteurs de réussite du commerce de proximité, le directeur exécutif d'un groupe de distribution a ainsi mentionné l'étendue de l'offre, le niveau d'acceptabilité du prix, le nouveau système promotionnel mis en place, le recours aux cartes de fidélité inter-formats et inter-magasins.

Il apparaît donc que dans le secteur de la distribution alimentaire, le fait d'être affilié à un groupe de distribution constitue pour les magasins indépendants un élément indispensable à l'exercice de leur activité ou, à tout le moins, une condition nécessaire à l'exercice d'une pression concurrentielle sur les magasins affiliés. Dès lors, dans ce secteur d'activité, les clauses de non-réaffiliation pourraient valablement être assimilées à des clauses de non-concurrence.

Des clauses qui doivent être nécessaires et proportionnées aux objectifs qu'elles poursuivent

Conformément à une jurisprudence communautaire et nationale constante, le Conseil de la concurrence a admis la présence de clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation dans les contrats de franchise, sous réserve qu'elles répondent à certaines conditions de nécessité et de proportionnalité. Dans ses décisions n° 96-D-36 du 28 mai 1996 et n° 97-D-48 du 18 juin 1997, le Conseil a précisé ces conditions : « *Considérant que les clauses de non-affiliation ou de non-concurrence peuvent être considérées comme inhérentes à la franchise dans la mesure où elles permettent d'assurer la protection du savoir-faire transmis qui ne doit profiter qu'aux membres du réseau et de laisser au franchiseur le temps de réinstaller un franchisé dans la zone d'exclusivité ; que ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent ; Considérant que le règlement (CEE) n°4087/88 prévoit qu'une obligation de non-concurrence ne peut être imposée aux franchisés après l'expiration du contrat que pour une durée raisonnable qui ne peut excéder un an et seulement dans la mesure où une telle obligation est nécessaire pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau ;* »

En particulier, l'article 5.3 du règlement communautaire n° 330/2010 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 prévoit que l'exemption par catégorie ne s'applique pas aux accords verticaux qui contiennent 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, sauf si les conditions suivantes sont cumulativement remplies : a) *l'obligation concerne des biens et des services qui sont 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 du 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 ».

À cet égard, dans un arrêt du 9 juin 2009 la Cour de cassation, reprenant les exigences posées par le règlement communautaire 2790/1999 (remplacé depuis par le règlement n° 330/2010 précité) a cassé un arrêt de cour d'appel ayant déclaré valable une clause de non-concurrence post -contractuelle d'une durée d'un an et applicable dans un rayon de 30 km autour du point de vente, prévue dans un contrat de franchise conclu entre la société Distribution Casino France (le franchiseur) et la société Perrosdis (le franchisé) : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le bénéfice de l'exemption prévue à l'article 5 b) du règlement 2790/1999 en faveur des clauses de non-concurrence post-contractuelles est réservé uniquement à celles, d'une durée d'un an, qui sont limitées aux locaux et aux terrains à partir desquels celui qui l'a souscrite a opéré pendant la durée du contrat et qui sont indispensables à la protection du savoir-faire qui lui a été transféré par son cocontractant, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Cass.com. 9 juin 2009, n° 08-14301).

La validité des clauses relevées dans les contrats d'affiliation au regard des règles énoncées

Il convient d'examiner dans quelle mesure les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles prévues dans les contrats d'affiliation sont véritablement nécessaires à la protection du savoir-faire, à l'identité commune et à la réputation du réseau, puis de s'interroger sur le caractère proportionné de ces clauses au regard des objectifs poursuivis.

Sur le caractère nécessaire à la protection du savoir-faire

Au regard des contrats d'affiliation transmis aux services d'instruction et des auditions menées avec les opérateurs, le savoir-faire transmis par les enseignes à leurs affiliés et adhérents présente trois caractéristiques :

– Premièrement, une part de ce savoir-faire est observable en magasin, notamment celui relatif à l'agencement du magasin, à son assortiment et aux plans d'implantation des produits. Il n'a donc pas lieu d'être protégé par des clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation.

– Deuxièmement, une autre part de ce savoir-faire est constituée d'éléments non-observables mais communs à toutes les enseignes et indispensables à l'exercice de la profession de commerçant. Il en va notamment ainsi des compétences du commerçant indépendant en matière de gestion financière ou d'implantation des magasins. Commun à tous les magasins, ce savoir-faire n'a donc pas non plus lieu d'être protégé, d'autant que la rentabilité de son transfert est assurée par les contrats d'affiliation de longue durée passés entre les magasins indépendants et leurs têtes de réseau. Enfin, ce savoir-faire est partie intégrante de l'expérience et de la compétence professionnelle du gérant de magasin, et il n'est donc pas possible de l'empêcher d'en faire usage à l'issue du contrat.

– Troisièmement, une dernière part du savoir-faire est constituée d'éléments spécifiques à l'enseigne et difficilement observables par les concurrents, comme le savoir-faire relatif à la politique de promotion de l'enseigne. Cette composante du savoir-faire peut justifier la présence de clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles même si, dans la plupart des cas, cette composante du savoir-faire peut être parfaitement protégée par une clause de confidentialité. La

plupart des contrats d'affiliation incluent d'ailleurs de telles clauses de confidentialité qui, contrairement aux clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles qui interdisent à l'affilié d'exercer son activité pendant un certain laps de temps à l'issue du contrat, se bornent à interdire à l'affilié de réutiliser directement ou indirectement le savoir-faire transmis ou de le divulguer à un tiers, sous peine de poursuites judiciaires. En outre, il convient de remarquer que le magasin indépendant n'est bien souvent pas décisionnaire des stratégies susceptibles de s'appuyer sur ce type de savoir-faire, chaque enseigne disposant de ses propres orientations en la matière. En changeant d'enseigne, l'affilié abandonne *de facto* la majeure partie du savoir-faire, tant spécifique que général, transmis par le groupe auquel il était affilié jusqu'alors afin d'adopter celui transmis par le nouveau groupe auquel il sera affilié. Dès lors, l'éventuel transfert de savoir-faire d'une enseigne à une autre par le biais de ses magasins indépendants paraît limité.

Au final, le savoir-faire nécessitant ou pouvant effectivement faire l'objet d'une protection par le biais de clauses de non-concurrence ou de non-réaffiliation semble relativement limité. De plus, les clauses de non-réaffiliation/non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats de certaines enseignes ne sont exercées qu'en cas de rupture anticipée de la relation contractuelle, tendant à indiquer que celles-ci ne sont pas liées à la crainte d'une « fuite » du savoir-faire vers des groupes de distribution concurrents – car si tel était le cas, elles s'appliqueraient indépendamment de la circonstance, rupture ou échéance au terme prévu du contrat, conduisant à la fin du contrat.

Sur le caractère nécessaire et proportionné au regard de l'objectif de protection de l'identité commune et de la réputation du réseau.

L'insertion d'une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelle dans les pactes d'associés et dans les contrats de mise en location-gérance permet également de préserver l'identité et la réputation d'une enseigne en marquant une rupture dans l'exploitation du fonds de commerce, afin de s'assurer que l'ancien affilié n'emporte pas avec lui un élément important du fonds de commerce, en se réinstallant à son compte. De manière similaire, une clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation peut s'avérer nécessaire, lorsque l'affilié possède son fonds de commerce et les murs de son local, ou envisage de poursuivre son activité dans un autre local situé dans la même zone de chalandise, pour marquer une rupture dans l'exploitation, afin que l'affilié ne continue pas à bénéficier de la réputation et de l'image acquise auprès de ses clients grâce à son affiliation passée à une enseigne.

Toutefois, compte tenu de la rapidité avec laquelle évoluent les concepts de vente, on peut valablement s'interroger sur la nécessité de marquer une rupture dans l'exploitation d'un local ou d'un fonds de commerce avec l'instauration d'une clause de non-concurrence post-contractuelle relativement longue. De plus, étant donné la relative faiblesse de la différenciation qui existe entre les différentes enseignes d'alimentation de proximité, il ne semble dès lors pas nécessaire d'imposer aux affiliés des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles de longues durées pour préserver l'image du réseau.

Enfin, il convient de rappeler que conformément à l'article 5.3 du règlement n°330/2010 précité (cf. paragraphe 153) les clauses de non-concurrence post-contractuelles doivent, pour pouvoir bénéficier de l'exemption, à la fois être indispensables à la protection du savoir-faire et limitées aux locaux à partir desquels l'affilié a exercé ses activités pendant la durée du contrat d'une part, et limitées à une durée de un an à compter de l'expiration de l'accord, d'autre part.

Dès lors, il apparaît que la plupart des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles relevées dans les contrats d'affiliation étudiés ne remplissent pas les conditions de nécessité et de proportionnalité au regard des objectifs poursuivis, érigées par le droit de la concurrence.

5. LES DROITS DE PRIORITÉ AU PROFIT DES GROUPES DE DISTRIBUTION

La plupart des contrats analysés comprennent des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés valables pendant toute la durée de la relation et plusieurs années après (a), auxquels les opérateurs n'apportent pas de justification convaincante (b). Eu égard à la faible mobilité des magasins indépendants entre groupes de distribution, l'analyse juridique de ce type de clauses conduit à s'interroger sur leur caractère anticoncurrentiel (c).

a) La présence, dans la plupart des contrats, de droits de priorité valables pendant toute la durée du contrat et plusieurs années après l'arrivée à échéance de ce dernier

La plupart des contrats analysés prévoient des droits de priorité au profit des groupes de distribution sur la vente des magasins de leurs affiliés. Généralement, deux types de droit de priorité sont alternativement employés. Les droits de préférence donnent au réseau d'origine le privilège de la première offre d'achat. En cas de désaccord entre les parties sur les conditions de la vente, ces dernières sont fixées à dire d'expert. Les droits de préemption, quant à eux, permettent au réseau d'origine de s'aligner sur l'offre formulée par un groupe concurrent.

La durée de validité de ces clauses varie selon les enseignes. Pour certaines, le droit de priorité consenti par l'affilié à sa tête de réseau n'est valable que pendant la relation contractuelle. Toutefois, dans la plupart des cas, le droit de priorité survit au terme du contrat pour des durées pouvant aller de un à quinze ans et parfois même, pour une durée illimitée.

L'ensemble des droits de priorité recensés sont assortis d'un droit d'agrément au profit du groupe de distribution : si la tête de réseau renonce à son droit de priorité, le repreneur doit néanmoins être agréé par cette dernière pour poursuivre le contrat en cours. A défaut, le contrat est réputé résilié à l'initiative de l'affilié.

b) Les justifications apportées par les opérateurs à la présence de ces droits de priorité

Les opérateurs donnent deux justifications principales à l'insertion de droits de priorité dans les contrats d'affiliation. En premier lieu, ces clauses viseraient à assurer le maintien de leurs magasins affiliés dans le réseau, à pérenniser ainsi leur parc de magasins et par conséquent à maintenir leurs volumes d'achat et leur compétitivité. La survie de ces clauses au terme du contrat viserait à contrer le risque de contournement du dispositif par un affilié qui, souhaitant vendre son magasin à un concurrent mieux offrant, attendrait l'arrivée à échéance de son

contrat pour vendre son magasin audit concurrent. De même, la durée relativement longue des droits de priorité viserait à éviter que le dispositif ne puisse être contourné, par exemple par un opérateur intégré qui se contenterait de livrer le magasin resté indépendant afin de le racheter une fois le droit de priorité expiré.

En second lieu, les groupements coopératifs justifient la présence de telles clauses comme étant un moyen de contrer les pratiques « prédatrices » des réseaux intégrés qui, dotés de ressources financières plus importantes, seraient disposés à surenchérir pour acquérir des magasins et des emplacements commerciaux, et ainsi améliorer leur puissance d'achat et leur compétitivité.

La pertinence de ces arguments demeure toutefois très relative. En premier lieu, si ces droits de priorité visent à parfaire le dispositif censé empêcher que les magasins indépendants ne quittent un groupe de distribution pour un autre, ils s'ajoutent alors aux durées d'engagement longues et aux clauses de non-concurrence déjà constatées, censées permettre aux groupes de distribution de rentabiliser le savoir-faire et, dans certains cas, le fonds de commerce transmis.

En second lieu, il n'appartient pas aux réseaux de distribution de déterminer quel est le mode d'organisation optimal du secteur de la distribution (intégré ou affilié) et d'empêcher leurs membres de choisir l'un ou l'autre de ces deux modes. En l'occurrence, la concurrence que se livrent ces différents formats pour faire croître leurs réseaux doit être arbitrée par les choix des consommateurs, qui privilégient le mode d'organisation leur procurant le rapport qualité-prix le plus favorable, et non par les clauses discriminatoires insérées dans les contrats d'affiliation ou de franchise. Lorsque l'acquisition est susceptible de restreindre excessivement les choix des consommateurs, l'évaluation de ses effets demeure du seul ressort des autorités de concurrence, qui, en fonction du niveau de concurrence subsistant dans la zone de chalandise, autorisent ou non le projet d'acquisition. L'abaissement des seuils de notification pour les opérations de concentration réalisées dans le secteur du commerce de détail permet précisément une évaluation des rachats de magasins indépendants, dès lors que les montants en jeu (15 millions d'euros de chiffres d'affaires annuels) sont suffisamment conséquents pour que des contraintes de nature financière puissent empêcher certains groupes de participer à cette concurrence.

c) L'analyse juridique des droits de priorité prévus dans les contrats d'affiliation

Les autorités de concurrence françaises ont déjà eu à traiter des droits de priorité du type de ceux employés dans les contrats de franchise ou d'affiliation. Dans sa décision n° 95-D-39 du 30 mai 1995 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location d'emplacements publicitaires destinés à l'affichage de grand format, le Conseil de la concurrence avait ainsi considéré « *que la clause de préférence en fin de bail organise une asymétrie dans la négociation de location des emplacements en permettant à l'afficheur en place de limiter artificiellement son risque de voir l'emplacement lui échapper ; qu'en*

effet, par le jeu de cette clause, le loueur d'un emplacement en fin de bail connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a la garantie de pouvoir toujours conserver son espace sans avoir à surenchérir sur une offre concurrente ; qu'à l'inverse, un concurrent désirant obtenir la location d'un espace précédemment loué à une autre entreprise ne sera jamais

assuré, même s'il surenchérit, de pouvoir obtenir l'espace convoité ; que les entreprises concernées ont reconnu l'efficacité de la clause de préférence en fin de bail pour limiter la mobilité des panneaux ; qu'ainsi, cette clause, qui ne peut être regardée comme nécessaire à la protection de la qualité des produits, a pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché de l'affichage de grand format en limitant la fluidité des emplacements publicitaires entre les afficheurs au-delà même de la période de six ans fixée comme durée maximale des contrats de louage d'emplacements par la loi du 29 décembre 1979.

De même, dans son avis n° 09-A-21 du 24 juin 2009, l'Autorité a recommandé au gouvernement, s'agissant des stations-services indépendantes, « [d']interdire les clauses de préférence qui prévoient que le fournisseur dispose d'une priorité pour racheter le fonds de commerce en cas de retrait d'activité de l'indépendant » (paragraphe 240) et ce afin d'éviter la « consolidation [des réseaux intégrés] par rachat des indépendants et généralisation de la gestion en location-gérance » (paragraphe 230).

Les droits de préemption qui prévoient la possibilité pour la tête de réseau bénéficiaire de s'aligner sur les conditions du meilleur acheteur, et de conclure ainsi la vente, organisent au profit du groupe de distribution bénéficiaire une asymétrie dans la négociation du rachat de ses magasins affiliés en lui permettant de limiter artificiellement son risque de voir ces magasins être rachetés par des concurrents. En effet, par le jeu de cette clause, le groupe de distribution bénéficiaire connaît à tout moment l'identité et le montant des offres de ses concurrents et a quasiment la garantie, sauf s'il ne peut ou ne veut pas payer, de pouvoir toujours conserver ses magasins affiliés dans son réseau sans avoir à surenchérir sur une offre concurrente. A l'inverse, ce type de clauses dissuade les groupes de distribution concurrents d'entrer en négociation avec le propriétaire du magasin souhaitant vendre son magasin. En effet, leurs offres de rachat, dont l'élaboration peut s'avérer relativement coûteuse eu égard aux différentes expertises et évaluations qu'elles nécessitent, ont peu de chance d'aboutir, le groupe de distribution bénéficiaire du droit de priorité pouvant les suppléer à conditions et termes équivalents dans la conclusion du contrat de vente. L'absence d'incitation des groupes concurrents à formuler des offres d'achat diminue le pouvoir de négociation du propriétaire du magasin et accroît donc celui de la tête de réseau, qui peut ainsi assurer la pérennité de son réseau à moindre coût.

Les droits de préférence qui obligent l'affilié à proposer en priorité la vente de son magasin à sa tête de réseau soulèvent également des préoccupations de concurrence. En effet, dans ce cas de figure, le propriétaire du magasin n'a pas la possibilité de solliciter d'offre de la part de groupes concurrents avant d'avoir, au préalable, proposé son magasin à la vente à sa tête de réseau. Le fait que le magasin mis en vente ne soit pas confronté aux règles du marché et que le prix de vente de ce dernier soit dès lors fixé par une méthode de valorisation prévue au contrat ou à dire d'expert est de nature à minorer la valeur du magasin, permettant ainsi à la tête de réseau bénéficiaire du magasin de conserver dans son réseau des magasins à moindre coût.

Il apparaît que tant les droits de préemption que les droits de préférence consentis aux groupes de distribution ont pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence en limitant la possibilité de rachat de magasins indépendants par des groupes de distribution concurrents.

En outre, ces dispositifs dissuadent les groupes de distribution concurrents d'accueillir dans leur réseau un magasin affilié grevé d'un droit de priorité au profit de son ancienne tête de réseau et ce, pour un certain nombre d'années ou pour une durée illimitée.

Enfin, ces clauses constituent de véritables barrières à l'entrée car elles empêchent tout nouvel entrant d'accéder au réseau de magasins indépendants. En effet, la présence de ce type de clauses dans la plupart des contrats d'affiliation est susceptible d'engendrer une répartition territoriale des groupes de distribution artificielle : le fait que chaque opérateur ait la possibilité de se réserver les emplacements vacants de ses anciens affiliés aboutit à figer de manière immuable les implantations géographiques des groupes de distribution.

Ces dispositifs participent en conséquence à la faible mobilité des magasins entre les enseignes et aux préoccupations de concurrence que celle-ci soulève.

B. LES DISPOSITIFS CAPITALISTIQUES CONSTITUTIFS DE FREINS À LA MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS ENTRE LES GROUPES DE DISTRIBUTION ALIMENTAIRE

De plus en plus fréquemment, les groupes de distribution, tant intégrés que coopératifs, prennent des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs affiliés leur conférant une minorité de blocage.

Certains groupes intégrés de distribution, mais pas tous, ont développé une politique très active de prise de participation au sein de leurs magasins franchisés.

Ces prises de participations varient en règle générale entre 26 % et 50 % du capital de la société d'exploitation de l'affilié, conférant fréquemment aux groupes de distribution une minorité de blocage. En outre, par le jeu des clauses d'enseigne et des règles de majorité présentes dans les statuts et/ou pactes d'associés, les groupes de distribution disposent d'un véritable droit de veto concernant le changement d'enseigne du magasin. Par ailleurs, les pactes d'associés prévoient souvent un droit de priorité réciproque entre actionnaires sur les titres de la société, par lequel les actionnaires s'engagent réciproquement, en cas de vente de leurs titres, à donner la préférence aux autres actionnaires à un prix déterminable basé sur un ratio d'investissement et des règles de valorisation prévues dans le pacte. Enfin, les pactes d'associés comportent en général une clause de non-concurrence interdisant à l'affilié personne physique (à la différence des clauses de non-concurrence présentes dans les contrats de franchise qui engagent pour leur part les sociétés d'exploitation) ayant cédé l'intégralité de ses titres, d'exercer pendant plusieurs années une activité concurrente, notamment en étant actionnaire d'une société d'exploitation d'un magasin alimentaire.

Les groupements coopératifs participent également au capital des sociétés adhérentes. En effet, l'article L. 124-1, 7° du code de commerce permet aux coopératives de « *prendre des participations même majoritaires dans des sociétés directement ou indirectement associées exploitant des fonds de commerce* ». Il s'agirait là encore d'une pratique de plus en plus fréquente.

L'Autorité est amenée à analyser certaines de ces prises de participations dans le cadre du contrôle des opérations de concentration. A titre d'exemple, dans le cadre de la décision n° 10-DCC-88 du 4 août 2010 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Nico par la société Marchal, il a été relevé que les statuts de la société

d'exploitation de l'adhérent Intermarché (en l'espèce, la société Nico) conféraient à ITM Entreprises, via son action de préférence et pendant une durée de 25 ans, la possibilité de bloquer tout changement d'enseigne, de s'opposer à toute mutation d'actions et d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous enseigne concurrente. De plus, les statuts prévoyaient qu'au-delà de cette période, ITM Entreprises conservait un droit de priorité, en cas de cession, pendant une période de 5 ans. Ces éléments ont permis à l'Autorité de la concurrence de considérer qu'ITM Entreprises exerçait un contrôle conjoint sur ladite société.

Outre des prises de participations « verticales » c'est-à-dire de la tête de réseau dans la société d'exploitation de l'adhérent, l'instruction a également constaté l'existence de prises de participations « horizontales », c'est-à-dire d'un ou plusieurs adhérents dans la société d'exploitation d'un autre adhérent. Dans ce cas de figure également, certaines dispositions statutaires et des pactes d'associés permettent de garantir le maintien de la société d'exploitation et du magasin dans le réseau dudit groupement.

Le cas échéant, les prises de participations des groupes de distribution dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés peuvent faire l'objet d'une notification auprès de l'Autorité de la concurrence, au titre du contrôle des concentrations (cf. *infra*, paragraphe 198). Cependant, il est à noter qu'à la différence des participations verticales, les participations horizontales au sein des groupements coopératifs n'ont jusqu'à présent jamais donné lieu à notification au titre du contrôle des concentrations, les chiffres d'affaires pris en compte étant ceux des adhérents parties à l'opération et non celui du groupement coopératif pris dans sa globalité.

VI. Analyse concurrentielle des pratiques constatées en matière d'affiliation et recommandations

La faible mobilité des magasins affiliés entre les réseaux de distribution concurrents, pour partie due aux pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les différents groupes de distribution (A), produit des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont de l'approvisionnement que sur le marché aval de la vente de détail (B). Les pratiques constatées sont susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence mais, à ce jour, l'Autorité de la concurrence préfère formuler des recommandations qu'elle entend voir être suivies d'effets grâce à la mobilisation des opérateurs et des instances professionnelles concernés (C).

A. LES CONSTATS

Les pratiques contractuelles et capitalistiques constatées, qui ont pour objet et/ou pour effet de freiner la mobilité des magasins affiliés entre réseaux concurrents (1), produisent des effets anticoncurrentiels tant sur le marché amont que sur le marché aval du secteur de la distribution alimentaire (2).

1. SYNTHÈSE DES DIFFÉRENTS OBSTACLES À LA MOBILITÉ CONSTATÉS

L'instruction a permis de démontrer que les pratiques contractuelles et capitalistiques mises en œuvre par les groupes de distribution et exposées *supra*

limitent la mobilité des magasins entre enseignes concurrentes, déjà freinée par les aléas économiques inhérents à tout changement d'enseigne.

La durée longue des contrats et leur reconduction tacite constituent un premier obstacle à la mobilité des magasins indépendants entre les groupes de distribution. Dans certains cas, cet obstacle est renforcé par l'interdépendance de fait qui existe entre les différents contrats liant l'affilié et le groupe de distribution, par les indemnités élevées prévues en cas de rupture anticipée, et par le paiement différé du droit d'entrée par l'affilié, à savoir à la date de cessation du contrat. Enfin, les clauses d'arbitrage insérées dans certains contrats contribuent également à rendre coûteuse toute procédure de règlement des litiges entre les groupes et leurs affiliés.

Deuxièmement, même lorsqu'il a été mis fin au contrat, certains anciens affiliés demeurent liés à leur tête de réseau par des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles. En conséquence, ils ne sont pas en mesure, après leur sortie du réseau, de gérer un magasin au sein d'un réseau concurrent.

Enfin, une troisième difficulté est liée aux dispositions qui limitent les possibilités qu'auraient les affiliés de céder leur entreprise à des tiers au réseau. Les droits de priorité relevés dans les documents contractuels s'appliquent pendant une durée en général importante, pendant laquelle les groupes disposent d'un droit de préférence ou d'un droit de préemption sur la vente et/ou la location-gérance du fonds de commerce et/ou sur les parts de la société d'exploitation. La difficulté de céder un fonds de commerce à un tiers au réseau semble, par ailleurs, renforcée, pour un nombre significatif et croissant d'affiliés, par l'existence de prises de participations avec minorité de blocage de la part des différents groupes de distribution dans les fonds de commerce des affiliés, leur permettant de contrôler l'identité des repreneurs potentiels.

L'ensemble de ces pratiques génèrent de nombreux contentieux, souvent initiés par les groupes de distribution lors du départ de l'un de leur magasin affilié sous un réseau concurrent. Le plus souvent, ces conflits donnent lieu à des procédures judiciaires ou arbitrales longues et coûteuses et constituent donc un élément de dissuasion supplémentaire à l'égard des magasins indépendants souhaitant quitter leur réseau.

2. L'IMPACT DE LA FAIBLE MOBILITÉ DES MAGASINS INDÉPENDANTS SUR LE JEU CONCURRENTIEL

Les obstacles contractuels et capitalistiques au changement d'enseigne et la faible mobilité des magasins indépendants entre les réseaux de distribution qui en résulte doivent être analysés au regard de la structure du secteur de la grande distribution à dominante alimentaire. L'instruction de l'avis a démontré que de nombreuses zones de chalandise demeuraient excessivement concentrées, du fait des barrières significatives à l'implantation existant sur ce secteur. Elle a également montré qu'en dépit de l'absence de clause d'exclusivité d'approvisionnement dans les contrats les liant à leur tête de réseau et à sa centrale d'achat, les magasins indépendants tendent à s'approvisionner, pour l'essentiel de leurs besoins, auprès du groupe de distribution auquel ils sont rattachés. De ce fait, l'opérateur qui souhaiterait entrer dans une zone de chalandise ou dans un circuit de distribution où il est encore absent et faire bénéficier le consommateur d'une politique commerciale plus compétitive doit disposer d'un parc de magasins, intégrés ou affiliés : il ne peut en

pratique vendre ses marchandises à des magasins indépendants affiliés à des groupes concurrents.

Dans ce contexte sectoriel, tout obstacle à une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les réseaux est alors dommageable à l'efficacité du secteur de la grande distribution alimentaire et aux bénéfices que peut en retirer le consommateur. En effet, compte tenu des obstacles à la création de nouveaux magasins, l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché amont de l'approvisionnement ne pourrait vraisemblablement s'effectuer qu'en s'appuyant sur des magasins indépendants issus des réseaux de distribution existants. Les obstacles juridiques au changement d'enseigne rendent toutefois presque impossible la mise en œuvre d'une telle stratégie d'entrée, comme le démontrent d'ailleurs les stratégies de croissance des opérateurs existants, qui, en dépit de leurs limites, privilégient la création de magasins plutôt que l'affiliation, la franchise ou le rachat de magasins concurrents. A l'inverse, des contrats d'affiliation autorisant une réelle mobilité des magasins indépendants pourraient encourager l'entrée d'un nouvel opérateur.

En outre, les obstacles à l'entrée résultant du verrouillage des contrats d'affiliation et de franchise produisent également leurs effets au niveau des marchés locaux. Comme indiqué précédemment, de nombreuses zones de chalandise affichent un taux de concentration particulièrement élevé, notamment en raison du nombre limité de groupes de distribution présents sur ces zones (plutôt qu'en raison du nombre de magasins effectivement implantés). Une plus grande mobilité des magasins indépendants entre les enseignes pourrait donc permettre l'entrée de groupes de distribution sur des zones de chalandise où ils ne sont pas encore présents et ce d'autant plus que la densité commerciale sur certaines zones de chalandise est déjà élevée, ce qui rend d'autant plus difficile l'arrivée d'une concurrence extérieure. A l'heure actuelle, toutefois, les obstacles contractuels et capitalistiques à la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes dissuadent la mise en œuvre de telles stratégies : les opérateurs privilégient donc celle, plus coûteuse et plus lente, de la création de magasins.

Enfin, des contrats d'affiliation plus ouverts permettraient également aux magasins indépendants de mettre plus fréquemment en concurrence les groupes de distribution, et ainsi de bénéficier de meilleures prestations de leur part, qu'il s'agisse de prix d'achats plus bas, d'une meilleure qualité de l'approvisionnement ou d'une meilleure communication de l'enseigne. Cette mise en concurrence des groupes de distribution par les magasins indépendants bénéficierait au final au consommateur, qui se verrait rétrocéder une partie des avantages ainsi acquis par les magasins indépendants. Elle permettrait également au consommateur de profiter pleinement de la concurrence qui est susceptible d'exister entre les opérateurs actifs sur le marché national de la grande distribution à dominante alimentaire, souvent plus forte que celle qui peut s'exercer sur des marchés de détail locaux nettement plus concentrés que le marché national. Des contrats d'affiliation plus ouverts sont enfin d'autant plus nécessaires que du fait des obstacles à la création de nouveaux magasins, le nombre et l'importance des nouveaux magasins indépendants susceptibles de rejoindre les groupes de

distribution sont trop limités pour les contraindre à rendre leurs conditions d'affiliation plus flexibles.

B. DES PRATIQUES SUSCEPTIBLES D'ÊTRE APPRÉHENDÉES PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE MAIS AU PRIX DE DÉLAIS ET D'INCERTITUDES IMPORTANTS

En préambule, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'un avis, de qualifier les comportements sur un marché au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'elle est organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce lui permet de porter une telle appréciation. Dans cette section, il s'agit uniquement d'évoquer de façon non-exhaustive les instruments juridiques dont dispose l'Autorité de la concurrence pour contrôler et, le cas échéant, corriger, les comportements constatés en matière de contrats d'affiliation dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire.

Le droit des concentrations ne peut appréhender les pratiques consistant, pour un groupe de distribution, à prendre le contrôle de ses affiliés par le biais de contrats de distribution ou des prises de participation que dans des circonstances très particulières et sous réserve que les chiffres d'affaires des magasins impliqués respectent les seuils de notification (1). Des procédures contentieuses pourraient également être initiées à l'encontre des groupes de distribution liant leurs magasins indépendants de façon excessive. Ces procédures sont toutefois longues et incertaines. Une solution concertée avec les opérateurs présenterait de ce fait des avantages d'efficacité (2).

1. AU TITRE DU DROIT DES CONCENTRATIONS

Les paragraphes 581 et suivants des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations exposent l'application faite par les autorités de concurrence du droit commun des concentrations aux relations existant au sein de réseaux de distribution. S'il n'est pas exclu que la conclusion d'un contrat de distribution puisse conférer à une tête de réseau une influence déterminante sur l'activité d'un magasin (a), c'est essentiellement au travers des prises de participations minoritaires que le droit des concentrations a vocation à contrôler l'organisation des réseaux de distribution (b).

a) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par la conclusion d'un contrat de distribution

Les lignes directrices rappellent que la seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L.430-1 du code de commerce que dans des cas très spécifiques. En particulier, les dispositions typiques comprises dans les contrats d'enseigne et de franchise (respect de normes de commercialisation, par exemple) ne donnent pas à la tête de réseau une influence déterminante sur ses franchisés tant que ces derniers continuent de supporter les risques commerciaux inhérents à leur activité (gestion des stocks, politique de prix).

Cependant, pris conjointement avec d'autres éléments de droit ou de fait, les contrats de distribution sont susceptibles de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité de la concurrence peut ainsi

juger que des contrats de distribution s'accompagnant d'une cession d'actifs (stocks, locaux, fonds de commerce, participation au capital –cf. le point b *supra*) sont susceptibles de donner à la tête de réseau un contrôle des actifs de son affilié, mais sous réserve qu'il soit possible d'attribuer à ces actifs un chiffre d'affaires déterminé et que les seuils de notification des concentrations soient atteints. De même, les contrats de distribution limitant l'autonomie des magasins affiliés, tant dans leur politique commerciale que dans leurs possibilités de changer de réseau, peuvent octroyer à la tête de réseau une influence déterminante sur le magasin affilié.

b) Le contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents par une prise de participation minoritaire lui conférant une minorité de blocage sur les décisions stratégiques.

L'acquisition d'une participation minoritaire par la tête de réseau peut également, dans certains cas, constituer une opération de concentration, notamment lorsqu'elle s'accompagne d'une modification des statuts de l'entreprise concernée. L'Autorité de la concurrence appréciera dans ce cas dans quelle mesure certaines clauses de ces statuts sont susceptibles de conférer à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'adhérent. En particulier, si ces statuts précisent l'enseigne sous laquelle l'adhérent doit mener son activité, et ne peuvent être modifiés qu'avec l'accord de l'actionnaire minoritaire, la tête du réseau de distribution est en mesure d'empêcher l'adhérent de sortir du réseau et, jointe au contrat de distribution, la participation minoritaire confère alors à la tête de réseau une influence déterminante. Il en ira de même lorsque des stipulations des statuts fixent une durée très longue pendant laquelle l'adhérent ne peut sortir du réseau, ou empêchent *de facto* l'adhérent de sortir du réseau pendant une durée très longue. De telles dispositions peuvent être la contrepartie de participations égales à une simple minorité de blocage (34 % dans une SA, 26 % dans une SARL), voire même de la détention d'une seule action de préférence. A cet égard, les lignes directrices renvoient notamment aux décisions de l'Autorité n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009, ITM/Evolis et n° 09-DCC-064 du 17 novembre 2009 ITM/Mikery.

c) Les limites du seul recours au droit des concentrations pour appréhender les dispositifs contractuels liant les magasins indépendants et leurs têtes de réseau

A l'exception des cas où le contrat liant le magasin indépendant à sa tête de réseau s'accompagne d'une prise de participation minoritaire, la requalification de certains contrats d'affiliation en opération de concentration reste rare. Cette requalification est porteuse d'une certaine incertitude juridique préjudiciable aux opérateurs, et notamment aux magasins indépendants, et sa généralisation accroîtrait significativement les coûts des procédures de concentration, tant pour les entreprises que pour l'administration. Plus généralement, le droit des concentrations ne trouve à s'appliquer que dès lors que l'opération – quelle que soit sa forme : participation majoritaire, participation minoritaire entraînant une influence déterminante, contrat entraînant une influence déterminante – respecte les seuils de notification. Pour mémoire, la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 a abaissé les seuils de notification des concentrations portant sur les magasins du secteur du commerce de détail, de 150 à 75 millions

d'euros pour le seuil « global » et de 50 à 15 millions d'euros pour les seuils individuels. Ce faisant, le contrôle des concentrations a désormais vocation à s'appliquer aux opérations concernant des hypermarchés et des grands supermarchés, mais non à celles concernant le commerce de proximité à dominante alimentaire, ou les supermarchés de taille intermédiaire (jusqu'à 2 000 m² environ). Surtout, les prises de participation réalisées avant l'abaissement des seuils demeurent acquises. Enfin, les prises de participation de certains groupements coopératifs parviennent à échapper au contrôle des concentrations en étant effectuées non par la tête de réseau mais par certains des magasins adhérents au groupement.

2. AU TITRE DU DROIT DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Au terme de cet avis, l'Autorité de la concurrence estime que les caractéristiques des contrats de franchise et d'affiliation identifiées entraînent des effets restrictifs de concurrence sur les différents marchés de la grande distribution à dominante alimentaire. Ces pratiques pourraient donc faire l'objet d'une procédure contentieuse contradictoire, en application de l'art. 420-1 du code de commerce et de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (a). Elles pourraient également, sous plusieurs conditions, être poursuivies au titre de la prohibition des abus de dépendance économique (b).

a) En application des dispositions législatives sur les ententes verticales

Aucun des groupes de distribution, considérés comme des fournisseurs de produits via leur centrale d'achat, ne détient une part de marché supérieure à 30 %. De même, aucun des magasins ne représente plus de 30 % des ventes réalisées sur ce marché. Les seuils en-dessous desquels une exemption par catégorie pourrait être accordée, sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, ne paraissent donc pas être franchis.

En pratique, les effets restrictifs de concurrence des contrats d'affiliation décrits *supra* découlent d'une part de la généralisation des clauses entravant la mobilité des magasins indépendants à l'ensemble du secteur, d'autre part du pouvoir de marché que détiennent, sur certaines zones de chalandise, les magasins ou les groupes de distribution les mettant en oeuvre. Une analyse conduite au niveau des zones de chalandise serait naturellement source de contestations du fait de leur nombre élevé et des incertitudes qui peuvent demeurer quant à leur délimitation en termes de produits et de frontières géographiques. Les difficultés d'une telle voie d'instruction paraissent avoir été implicitement reconnues par la Commission européenne à l'occasion de la publication des nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), qui ne font pas référence aux marchés de détail de la vente ou revente de produits ou de services mais au marché « amont » sur lequel le(s) fournisseur(s) éventuellement mis en cause vend(ent) les produits contractuels à l'acheteur et au marché sur lequel le distributeur achète les produits contractuels.

En revanche, les pratiques constatées pourraient être appréhendées au travers de l'application de la théorie dite des « effets cumulatifs ». Concrètement, l'article 6 du règlement d'exemption habilite en effet la Commission ou un État membre à retirer le bénéfice de l'exemption à des accords verticaux lorsque l'accès au marché

en cause ou la concurrence sur celui-ci sont restreints de façon significative par *l'effet cumulatif* de réseaux parallèles de restrictions verticales similaires pratiquées par des fournisseurs concurrents, i.e., lorsque ces restrictions produisent des effets similaires sur le marché et lorsque les opérateurs y recourant couvrent plus de 50 % d'un marché en cause. En l'espèce, tant les groupements coopératifs que les réseaux intégrés développant la franchise pour certains formats de vente ont mis en place des systèmes contractuels contribuant à préserver leurs réseaux respectifs et à éviter autant que possible la perte de points de vente, si bien que le seuil de 50 % ainsi défini paraît bien être franchi. De la même façon, si les caractéristiques particulières des contrats liant les magasins aux groupes de distribution peuvent différer (durée d'engagement, clauses et droits post-contractuels, présence ou non de droits d'entrée différés, taux d'approvisionnement auprès de la centrale, etc.), elles paraissent néanmoins de nature à produire des effets similaires de barrière à l'entrée sur un marché. Si l'existence d'effets cumulatifs devait, le cas échéant, être démontrée, l'Autorité de la concurrence, au vu de l'article 7 du règlement d'exemption, aurait la possibilité de retirer le bénéfice de l'exemption aux contrats d'affiliation des principaux groupes de distribution alimentaire, ce qui permettrait de qualifier ces accords de pratiques anticoncurrentielles au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE.

Pour autant, d'éventuelles procédures contentieuses entraîneraient des délais importants et une plus grande insécurité juridique pour les opérateurs, compte tenu des voies d'instruction (analyse des parts de marché au niveau des zones de chalandise, évaluation de l'effet cumulatif causé par un ensemble de contrats similaires) qui pourraient devoir être empruntées. Dans ces conditions, des voies alternatives d'amélioration de la fluidité des réseaux de distribution paraissent, dans un premier temps, devoir être recherchées. Dans la mesure où, compte tenu du nombre limité de nouveaux magasins susceptibles de faire jouer la concurrence entre têtes de réseau, il n'existe que peu d'incitations pour les groupes de distribution à réduire les effets de verrouillage de leurs dispositifs contractuels et capitalistiques, des propositions de nature législative paraissent être un remède adapté aux dysfonctionnements constatés dans les relations entre groupes de distribution et magasins indépendants.

b) En application des dispositions législatives sur les abus de dépendance économique

Les pratiques constatées pourraient également, le cas échéant, participer à la qualification d'abus de dépendance économique de certains comportements. En effet, dans sa décision SEFAG n° 10-D-08 du 3 mars 2010, l'Autorité de la concurrence a indiqué que la mise en évidence d'une situation de dépendance économique de franchisés à l'égard d'un franchiseur peut résulter du jeu cumulé d'un ensemble de clauses contractuelles imposées par ce dernier, dont la finalité est de limiter la possibilité des franchisés de quitter le réseau et de restreindre leur liberté contractuelle dans des proportions dépassant les objectifs inhérents à la franchise, sans que la circonstance que ces clauses aient été volontairement souscrites puisse leur être opposée (paragraphe 163 de la décision). Au demeurant, s'agissant du cas d'espèce de la décision précitée, l'état de dépendance économique dans les relations entre Carrefour et son réseau de distribution n'a pu être mis en

évidence en raison de l'absence d'éléments sur la situation individuelle de chaque franchisé à l'égard d'une filiale du groupe Carrefour, et en l'absence d'homogénéité de la position des franchisés au sein du réseau Carrefour (paragraphe 166 et suivants de la décision).

Ainsi, il apparaît que les pratiques contractuelles et capitalistiques identifiées dans le cadre du présent avis pourraient, le cas échéant, permettre d'établir l'existence d'un état de dépendance économique entre un groupe de distribution et ses affiliés. Toutefois, pour que la qualification d'abus de dépendance puisse être retenue, il conviendrait, après avoir rapporté l'existence d'un état de dépendance économique entre le groupe de distribution et chacun de ses affiliés concernés, démontrer le comportement abusif du groupe de distribution à l'égard de ses affiliés, qui pourrait notamment consister en la mise en oeuvre d'une ou plusieurs pratiques restrictives de concurrence prévues au I de l'article L. 442-6 du code de commerce, et que celui-ci affecte l'état de la concurrence, par exemple s'il se produit sur une zone de chalandise concentrée. La démonstration d'une telle pratique anticoncurrentielle semble, à l'évidence, d'autant moins aisée qu'elle nécessiterait d'appréhender chaque cas de façon particulière. Compte tenu du caractère généralisé des dispositifs contractuels et capitalistiques constatés dans le secteur de la grande distribution à dominante alimentaire, une telle voie n'apparaît donc guère effective pour remédier aux préoccupations de concurrence décrites dans cet avis.

C. LES RECOMMANDATIONS DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

Plusieurs mesures permettraient d'améliorer la fluidité des réseaux de distribution. Celles-ci visent, d'une part, à permettre aux magasins indépendants de choisir de façon libre et éclairée le groupe de distribution auquel ils décident de s'affilier (1) et, d'autre part, à limiter la durée des engagements souscrits et à faciliter les conditions de sortie du réseau afin d'accroître la mobilité des magasins entre réseaux concurrents (2). Ces recommandations pourraient, dans un premier temps, être mises en oeuvre avec le concours des organismes professionnels du secteur. A défaut pour les opérateurs de suivre les recommandations fournies, l'intervention du législateur pourrait dès lors s'avérer nécessaire (3).

1. LA NÉCESSITÉ DE PERMETTRE AUX MAGASINS INDÉPENDANTS DE FAIRE UN CHOIX LIBRE ET ÉCLAIRÉ DU GROUPE DE DISTRIBUTION AUQUEL ILS DÉCIDENT DE S'AFFILIER

Un magasin indépendant candidat à l'affiliation doit pouvoir comparer les conditions d'affiliation proposées par les différents groupes. Un réseau proposant des durées d'engagement moins longues et/ou des conditions de sortie plus avantageuses pourrait alors être à même d'attirer un plus grand nombre de candidats. Toutefois, les représentants des magasins indépendants auditionnés lors de l'instruction ont à plusieurs reprises souligné que ces derniers mesurent mal les implications de leur engagement et notamment, les conditions de sortie de réseau contraignantes auxquelles ils sont souvent soumis.

Il apparaît donc nécessaire de rendre les conditions d'affiliation plus transparentes afin de permettre aux candidats à l'affiliation d'opérer leurs choix de manière libre et éclairée. A cet égard, il est recommandé aux opérateurs de formaliser l'ensemble

des termes de la relation avec l'affilié au sein d'un accord cadre unique (a), de communiquer cet accord cadre unique le plus en amont possible des pourparlers (b) et de renforcer l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation (c). En effet, une fois le groupe de distribution choisi, le candidat à l'affiliation entre en pourparlers avec la tête de réseau, ce qui, sur un plan tant financier qu'humain, réduit la possibilité pour le candidat de revenir ultérieurement sur ses choix quand bien même aucun contrat n'aurait encore été signé.

a) La formalisation de la relation entre le magasin affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique

La multiplication des documents contractuels pour la formalisation d'une seule et même relation contractuelle est source d'opacité et d'insécurité juridique, le risque de clauses contradictoires issues de documents différents étant accru. En conséquence, à l'instar de l'accord commercial unique visant à régir les relations entre le fournisseur et le distributeur prévu à l'article L.441-7 du code de commerce, l'Autorité de la concurrence recommande aux opérateurs de formaliser les termes de la relation entre l'affilié et sa tête de réseau au sein d'un accord cadre unique complété, le cas échéant, d'un ou plusieurs contrats d'application. L'établissement d'un tel document cadre aurait l'avantage de rendre les termes de la relation plus transparents et le cas échéant, de faciliter le travail des autorités de contrôle. En outre, cet accord cadre unique, au sein duquel devraient notamment figurer les dispositions communes aux différents « volets » de la relation telles la clause de durée, les conditions de résiliation, les conditions de résolution des litiges ou encore les clauses attributives de juridiction, limiterait la présence de clauses contradictoires et l'insécurité juridique afférente.

b) La transmission du projet d'accord cadre unique et des contrats d'application doit pouvoir se produire suffisamment en amont des pourparlers

Plusieurs représentants des magasins indépendants ont souligné la longueur du processus d'affiliation à une enseigne. En effet, entre le moment où les premiers contacts se nouent et celui où les parties signent les documents contractuels, s'écoule un certain laps de temps durant lequel les parties évaluent leur motivation et la pertinence de leur projet commun. Notamment, c'est durant cette période que le candidat à l'affiliation cherche des financements et des parrainages. Il arrive également que le candidat à l'affiliation suive pendant cette période des formations dispensées par le groupe de distribution et/ou soit salarié dudit groupe. Lorsqu'arrivent la dernière phase de négociation et celle de la signature du contrat, le candidat à l'affiliation a donc déjà considérablement investi en temps et humainement dans ce projet d'affiliation et est donc peu disposé à contester ou tenter de négocier les conditions d'affiliation qui lui sont alors transmises. En outre, à ce stade, la comparaison des conditions d'affiliation avec celles des groupes concurrents est trop tardive car le candidat ne peut que difficilement renoncer à son projet d'affiliation, sauf à renoncer aux investissements d'ores et déjà fournis et à entamer un nouveau processus d'affiliation, long et fastidieux, auprès d'un autre groupe de distribution. Dans ces conditions, il apparaît donc nécessaire que le candidat à l'affiliation ait communication, le plus en amont possible, du projet d'accord cadre unique et de ses éventuels contrats d'application.

c) Le renforcement de l'information précontractuelle à l'attention du candidat à l'affiliation

La loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite « Loi Doubin » a introduit une obligation précontractuelle d'information de l'affilié à la charge de la tête de réseau. À cet égard, l'article L. 330-3 du code de commerce dispose 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* ». Ce document doit notamment mentionner la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités (art. L. 330-3 al.3 et R. 330-1, 6° du code de commerce).

L'Autorité de la concurrence recommande à cet égard aux opérateurs que les informations données concernant la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession ne concernent pas uniquement le contrat de franchise (ou équivalent) au sens strict mais l'intégralité de la relation contractuelle qui, comme on l'a vu, peut être formalisée par divers documents (contrat de franchise, contrat d'approvisionnement, contrat de bail, contrat de location-gérance, statuts de la société d'exploitation, pacte d'associés etc.). De plus, il est recommandé aux opérateurs de faire figurer parmi les informations données à ce stade, la présence de clauses restreignant la liberté de l'affilié lors de la rupture ou de l'échéance de la relation contractuelle en ce compris, les éventuels droits de priorité au profit de la tête de réseau, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles, etc.

2. LA DURÉE DES ENGAGEMENTS DOIT ÊTRE LIMITÉE ET LES CONDITIONS DE SORTIE DU RÉSEAU FACILITÉES

Une transparence accrue des conditions d'affiliation proposées par les différents groupes de distribution devrait renforcer la mise en concurrence des réseaux de distribution par les magasins indépendants candidats à l'affiliation. Toutefois, compte tenu de l'importance du parc existant et des difficultés à ouvrir de nouveaux magasins, ces mesures pourraient n'avoir qu'un impact mesuré puisqu'elles ne peuvent produire d'effets que sur les nouveaux magasins indépendants. Il convient donc également de faciliter la mobilité des magasins indépendants d'ores et déjà affiliés à un groupe de distribution en réduisant la durée des engagements souscrits (a) d'une part et en allégeant les conditions de sortie du réseau auxquelles ils sont soumis. Cet allègement doit s'appuyer sur une harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle (b), une interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau (c), un encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles (d), un étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé (e), et un encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés (f).

a) La réduction de la durée des engagements souscrits

L'instruction a permis de mettre en lumière les durées relativement longues de certains contrats conclus entre les affiliés et leurs têtes de réseau, ces dernières pouvant aller de 3 à 30 ans et étant le plus souvent renouvelables de façon tacite pour des durées équivalentes.

Il apparaît également que les durées de contrats relevées sont bien supérieures à celles nécessaires à l'amortissement des investissements spécifiques entrepris par les parties, qui sont en outre peu risqués et pour lesquels le danger de parasitisme est limité.

Sur un secteur caractérisé par des obstacles significatifs à la création de nouveaux magasins, un degré de concentration élevé des marchés de détail, des relations de quasi-exclusivité entre les groupes de distribution et leurs magasins affiliés et où le ralliement de magasins indépendants à une enseigne représente pour cette dernière un important facteur de développement, des durées d'engagement trop longues entraînent des effets restrictifs de concurrence, tant sur le marché amont de l'approvisionnement des magasins que sur le marché aval de la revente de ces biens aux consommateurs. Un raccourcissement de la durée des contrats faciliterait la mobilité des magasins indépendants entre les enseignes, abaisserait les barrières à l'entrée et renforcerait la concurrence entre les groupes de distribution.

Toutefois, une durée suffisamment longue des engagements souscrits peut également produire une certaine efficience. Elle peut ainsi permettre à l'affilié de sécuriser les investissements effectués dans des actifs spécifiques à son groupe de distribution même si ceux-ci sont, comme on l'a vu, relativement limités. En outre, elle peut constituer une garantie à l'égard des organismes bancaires qui consentent des prêts aux affiliés nécessaires au montage des magasins. La durée des engagements souscrits par le groupe de distribution ne doit donc pas être trop courte, au risque de priver le candidat à l'affiliation d'un élément de sécurisation de son projet. Comme il a été mentionné *supra* (paragraphe 73), il existe une relation de quasi exclusivité d'approvisionnement de fait entre les magasins indépendants et les groupes de distribution auxquels ils sont affiliés. A cet égard, l'article 5, 1. a) du Règlement n°330/2010 de la Commission relatif aux restrictions verticales dispose que toute obligation de non-concurrence, en ce compris les obligations d'approvisionnement exclusif, présente dans des accords verticaux et dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans ne peut être exemptée. L'article 5, 1. *in fine* du Règlement précise en outre qu'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.

En conséquence, l'Autorité demande aux opérateurs de limiter la durée des engagements contractuels souscrits avec leurs magasins affiliés à une durée de cinq ans maximum et de modifier en ce sens les contrats en cours d'exécution. En outre, il convient d'éviter que les parties aient la possibilité de renouveler de façon tacite leur contrat à l'échéance de ce dernier, afin d'inciter les parties à entrer en pourparlers sur les termes d'un éventuel nouveau contrat.

Toutefois, à elle seule, une réduction de la durée des engagements ne suffirait pas à répondre aux préoccupations de concurrence soulevées par les dispositions contractuelles liant magasins indépendants et groupes de distribution. D'une part, la durée des engagements est fréquemment prolongée par divers dispositifs

contractuels qui survivent au terme du contrat principal. D'autre part, une réduction de la durée des engagements risque de léser les magasins indépendants si ceux souhaitant changer de réseau ne sont pas en mesure de pouvoir contracter rapidement avec un autre groupe de distribution à l'échéance de leur contrat d'affiliation.

b) L'harmonisation de la durée et du mode de résiliation des différents contrats constitutifs de la relation contractuelle

L'instruction a permis de relever que dans certains cas, les différents contrats liant le magasin affilié à sa tête de réseau peuvent ne pas avoir les mêmes durées, ni les mêmes échéances et conditions de résiliation. Outre le fait d'être générateurs d'une certaine insécurité juridique, ces décalages et divergences entre les différents contrats ont pour effet de prolonger artificiellement la durée des engagements souscrits. L'Autorité de la concurrence demande donc aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation de l'ensemble des contrats constitutifs de la relation commerciale, courants et à venir. La conclusion d'un accord cadre unique, tel que préconisé par l'Autorité (cf. *supra* paragraphe 213), devrait également permettre aux opérateurs d'unifier la durée et le mode de résiliation des engagements contractés par les parties dans le futur.

c) L'interdiction des droits de priorité au profit des têtes de réseau

La plupart des contrats analysés au cours de l'instruction prévoient un droit de priorité (droit de préférence ou droit de préemption) au profit du groupe de distribution, le plus souvent valable pendant la durée prévue du contrat ainsi que plusieurs années après son arrivée à échéance. Le souhait des groupes de distribution de sécuriser leurs investissements et d'assurer la pérennité de leur réseau n'est pas de nature à justifier la présence de telles clauses dans les contrats.

Ce type de clause organise en outre une asymétrie dans la négociation de la vente du magasin, le groupe de distribution bénéficiaire ayant la garantie de pouvoir conserver le magasin face à d'éventuelles offres concurrentes. Cette asymétrie est susceptible de dissuader les groupes de distribution concurrents de démarcher les magasins indépendants des autres enseignes et de figer ainsi les marchés de détail et le jeu concurrentiel.

Par conséquent, l'Autorité de la concurrence demande aux opérateurs de ne plus insérer dans les contrats de droits de priorité ou dispositifs assimilés au profit de la tête de réseau et de priver de toute exécution ceux afférents aux contrats en cours d'exécution, à tout le moins, dans l'hypothèse où le groupe de distribution n'est pas propriétaire des murs du magasin et ne possède aucune participation financière dans la société d'exploitation. En effet, dans cette perspective, la remise en concurrence de l'enseigne avec d'autres enseignes concurrentes est facilitée par la réelle liberté d'action dont dispose la société d'exploitation pour conclure un nouveau partenariat avec un autre groupe de distribution plus performant. Il est évident que dans l'hypothèse où le groupe de distribution est réellement partenaire du développement du magasin indépendant (prise de participation correspondant à une véritable aide financière du groupe de distribution, possession des murs ou du fonds de commerce), l'existence d'un droit de priorité ou d'un dispositif assimilé paraît justifiée.

d) L'encadrement des clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles

Selon les éléments recueillis durant l'instruction de cet avis, les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles figurant dans les contrats conclus entre les groupes de distribution et leurs affiliés peuvent, dans certains cas, être nécessaires à la protection du savoir-faire, à la préservation de l'identité commune et de la réputation du réseau mais ne sont pas toujours proportionnées à cet objectif (cf. supra paragraphes 142 et suivants). Au regard des dispositions du Règlement n° 330/2010, il pourrait être envisagé de limiter les clauses de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelles présentes dans les contrats d'affiliation, à venir ou en cours d'exécution, à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat en cause.

e) L'étalement du paiement des droits d'entrée en lieu et place de leur paiement différé

Le droit d'entrée différé permet à l'affilié de ne verser le montant des droits d'entrée qu'à l'échéance du contrat. Si elle permet à l'opérateur indépendant d'alléger ainsi la contrainte financière qui pèserait sur ses comptes durant les premières années de son activité, cette disposition comporte le risque de limiter sa liberté commerciale en le dissuadant de quitter le réseau. Conformément aux préconisations émises sur le site www.pme.gouv.fr, il est donc recommandé que de tels droits différés soient supprimés, y compris dans les contrats en cours d'exécution, et que soit substituée la possibilité d'étaler sur une durée suffisamment courte le paiement du droit d'entrée.

f) L'encadrement des prises de participations des groupes de distribution au capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés

La plupart des groupes de distribution, tant coopératifs qu'intégrés, prennent de plus en plus fréquemment des participations minoritaires dans le capital des sociétés d'exploitation de leurs magasins affiliés.

Ces prises de participations leur confèrent un pouvoir de contrôle sur la gestion des sociétés d'exploitation de leurs affiliés. En particulier, ils disposent le plus souvent d'un droit de veto leur permettant notamment de s'opposer à tout changement d'enseigne du magasin. En outre, les statuts de ces sociétés d'exploitation ou les pactes d'associés afférents contiennent fréquemment des droits de priorité au profit du groupe de distribution et des clauses de non-concurrence post-contractuelles à la charge de l'affilié. En conséquence, ces prises de participations créent un véritable frein à la mobilité des magasins indépendants entre les différentes enseignes.

Ces prises de participations constituent le plus souvent des opérations de concentration mais, dès lors qu'elles ne franchissent pas les seuils de notification applicables au commerce de détail (L. 430-2-II du code de commerce) ou qu'elles ont été effectuées avant l'entrée en vigueur de la loi de modernisation de l'économie et l'abaissement des seuils de notification appliqués au commerce de détail, elles n'ont pas vocation à être contrôlées par le droit de la concurrence. Pour autant, ces pratiques produisent un effet de verrouillage des magasins et nécessitent donc d'être encadrées. Cet encadrement des prises de participations pourrait notamment consister à interdire les clauses d'enseigne dans les statuts et pactes

d'associés des sociétés d'exploitation. En effet, ces clauses qui confèrent un droit de veto au groupe de distribution sur toute décision relative au changement d'enseigne du magasin en cause, empêchent le cas échéant l'affilié de changer de réseau à l'arrivée à terme du contrat.

3. LES MODALITÉS DE MISE EN OEUVRE DE CES RECOMMANDATIONS

La mise en œuvre de ces recommandations nécessite une intervention du législateur. C'est en effet par son intermédiaire que pourront être apportées des réponses claires et rapides aux restrictions de concurrence mises en relief lors de l'instruction de cet avis.

CONCLUSION

Au terme de son analyse, l'Autorité de la concurrence juge le niveau de concentration de certaines zones de chalandises excessivement élevé, notamment sur les formats des hypermarchés et du commerce de proximité. Pour ce dernier format, le cas de Paris, où seuls deux groupes de distribution, présents sous de nombreuses enseignes différentes, sont réellement en concurrence, nécessite d'être souligné. Cette concentration des zones de chalandise est d'autant plus préoccupante que le secteur de la grande distribution alimentaire présente d'importantes barrières à l'entrée, résultant, notamment, des réglementations encadrant l'installation de nouveaux magasins et de la relative rareté du foncier commercial.

Dans ce contexte, tout comportement susceptible d'accroître les obstacles à l'entrée renforce la concentration des zones de chalandises, atténue l'intensité de la concurrence entre magasins et dégrade la situation des consommateurs. Il en va ainsi des clauses de non-concurrence insérées dans les contrats de vente de foncier commercial. De même, les dispositifs contractuels ou capitalistiques visant à limiter la mobilité des magasins entre les groupes de distribution empêchent également l'arrivée de nouvelles enseignes sur certaines zones de chalandises ou de nouveaux groupes de distribution sur certains formats. Au final, c'est bien le consommateur qui est lésé par ces comportements, qui renforcent les barrières à l'entrée et atténuent ainsi la concurrence sur les zones de chalandise, et ce d'autant plus que les justifications apportées par les opérateurs apparaissent insuffisantes à justifier l'ampleur des restrictions ainsi mises en place. L'érection de telles barrières à l'entrée paraît d'autant plus dommageable que dans le secteur français de la grande distribution alimentaire, le parc de magasins indépendants est très important et pourrait donc représenter une voie d'entrée viable pour un nouveau concurrent. Plusieurs acteurs du secteur ont d'ailleurs indiqué que l'affiliation à leur réseau de magasins concurrents constituerait un vecteur de leur développement vers des zones géographiques ou des formats de distribution où ils sont encore peu présents, dès lors, toutefois, que seraient levés les dispositifs contractuels et capitalistiques qui entravent actuellement la mobilité des magasins indépendants entre les réseaux.

S'étant saisie d'office pour avis, l'Autorité ne peut, dans ce cadre consultatif, qualifier les pratiques constatées au regard du droit de la concurrence. Seule la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, telle qu'organisée par l'article L. 463-1 du code de commerce, lui permettrait de porter une telle appréciation. Les

recommandations suivantes, récapitulées de façon synthétique dans le tableau ci-dessous, sont cependant de nature à faciliter l'implantation de nouveaux magasins et la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes. La mise en œuvre de ces recommandations est dans les mains des opérateurs économiques concernés, notamment des groupes de distribution, qui ont le pouvoir de modifier leurs contrats dans le sens préconisé par le présent avis, sur l'application duquel l'Autorité de la concurrence exercera sa vigilance. A défaut, une intervention du législateur serait sans aucun doute nécessaire pour supprimer ces freins à la concurrence.

(...).

