

LETTRE D'INFORMATION

DISTRIBUTION - CONCURRENCE

N°25 – juin 2008

DOSSIER

La mise en cause du distributeur parallèle sur internet

A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 18 avril 2008, PMC Distribution c/ Pacific Création

Un conflit entre distribution sélective et distribution parallèle sur internet donne l'occasion à la Cour d'appel de Paris de préciser les limites de la distribution hors réseau, dans un sens favorable au promoteur d'une distribution sélective.

Le promoteur d'un réseau de distribution sélective faisait grief à un distributeur non sélectionné qui commercialisait ses produits sur un site internet de concurrence déloyale, publicité trompeuse et contrefaçon.

Le distributeur non sélectionné opposait l'illicéité du réseau de distribution sélective, la limitation excessive par le promoteur de ce réseau de la vente sur internet, et le défaut d'étanchéité du réseau.

Les juges écartent les arguments du distributeur non sélectionné :

- Un réseau de distribution sélective est valable dès lors que trois conditions sont satisfaites : « *Premièrement, la nature du produit en question doit requérir un système de distribution sélective, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit concerné 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 caractère qualitatif, qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire... ; troisièmement, les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire* ».

Ils relèvent alors qu'il a été admis par les autorités nationales et communautaires « *que la distribution sélective était un moyen légitime mis à la disposition des fabricants souhaitant construire ou maintenir l'image de luxe et de prestige attaché à leurs marques et à leurs produits* », et que « *la décision du Conseil sanctionnant des pratiques d'entente verticale dans le secteur de la parfumerie n'a pas pour effet d'interdire aux entreprises ayant participé à ces ententes de se prévaloir du règlement d'exemption de 1999* ».

- Le promoteur du réseau n'interdit pas de manière générale la commercialisation sur internet mais se borne à « *réserver à ses distributeurs qui disposent d'un point de vente physique depuis plus d'un an la distribution de ses produits par internet, sans que cette condition puisse revêtir la qualification de restriction caractérisée* ». La Cour ajoute que « *n'est pas susceptible d'être incriminé le fait pour [le promoteur du réseau] de tester dans les seuls points de vente physiques le lancement de ses nouveaux produits dans la mesure où cette restriction est limitée dans le temps à une durée maximale d'un an* ».

- Enfin il ne peut être tiré argument du fait que d'autres distributeurs non sélectionnés commercialiseraient aussi les produits, « *alors que la présente action démontre au contraire que [le promoteur du réseau] agit pour assurer l'étanchéité du réseau* ».

La position du promoteur du réseau étant ainsi confortée, les juges sanctionnent le distributeur hors réseau.



EN BREF

Test de marché – Ingénierie, conseil et contrôle des installations téléphoniques

Dans le cadre de la procédure d'engagement prévue à l'article L. 464-2 I C. com., le Conseil de la concurrence a publié le 28 mai 2008, un test de marché contenant les propositions d'engagements de la société France Telecom, pour mettre fin à une pratique de dénigrement.

Les tiers intéressés pourront présenter leurs observations jusqu'au 30 juin 2008.

Projet de loi de modernisation de l'économie

Jeudi 12 juin 2008, l'Assemblée nationale a adopté le titre II du projet de loi de modernisation de l'économie qui concerne les relations entre fournisseurs et distributeurs.

Les principales modifications apportées par les députés ont trait à la négociabilité des conditions de vente et des tarifs, à la facturation et aux délais de paiement.

Ce dernier « ne pouvait pas ignorer le caractère illicite de son approvisionnement pas plus que l'opposition [du promoteur du réseau] à la vente qu'[il] organisait sur son site. [...] Ainsi, en l'absence d'un approvisionnement licite, la revente sur le site internet des produits litigieux en connaissance du réseau de distribution sélective existant, caractérise la concurrence déloyale. [...] En outre, en ne démentant pas l'information figurant sur le conditionnement des produits livrés selon laquelle [ces articles] ne [peuvent] être vendu[s] que par des distributeurs agréés, [le distributeur hors réseau] a fait croire à sa clientèle qu'[il] était un distributeur agréé, et a commis des actes de publicité trompeuse réprimés par l'article L. 121-1 du Code de la consommation ; [...] en est de même pour la présentation des flacons des parfums sur la bande annonce du site litigieux, qui constitue une mise en avant trompeuse de ces produits, laquelle confortera l'internaute dans l'idée que l'appelante est un distributeur agréé ».

Cependant, le promoteur du réseau ne peut considérer la présentation de flacons de ses parfums comme un acte de contrefaçon dès lors qu'il n'est pas établi que ces flacons ne seraient pas authentiques ou n'auraient pas été régulièrement mis sur le marché.

ACTUALITES

Nouvelle affirmation et justification de la recevabilité de l'action du ministre de l'Economie fondée sur l'article L. 442-6 III du Code de commerce

Cour d'appel de Colmar, 1^{ère} chambre civile, section B, 12 juin 2008, RG n°05/05738, Lidl c/ ministre de l'Economie

Après les Cours d'appel de Reims et Nîmes, celle de Colmar réaffirme la recevabilité de l'action du ministre de l'Economie fondée sur l'article L. 442-6 III du Code de commerce, dans une affaire l'opposant à un distributeur ayant conclu des accords de coopération commerciale dénués, selon elle, de « *contreparties réelles ou proportionnées.* »

Dans un arrêt solidement argumenté, les juges légitiment et explicitent l'intervention du ministre en considérant qu'elle constitue « *une action principale autonome visant à la défense de l'ordre public économique et non à la restauration des droits patrimoniaux, et ne saurait [donc] constituer une atteinte à l'article 6 §1 de la CEDH* » (Convention européenne des droits de l'homme).

La Cour ajoute que le ministre peut légitimement réclamer la restitution des sommes perçues au titre de ces accords. En effet, la restitution « *n'est que la conséquence de [leur] nullité* ». Le ministre n'agit pas ici en substitution « *des fournisseurs victimes* », qui conservent « *la possibilité de défendre leurs droits et d'obtenir la réparation de leur préjudice propre* ».

Une modification fondamentale des conditions tarifaires et de paiement équivaut à une rupture totale de relation commerciale

Cour d'appel de Douai, 2^e chambre, section 2, 22 avril 2008, RG n°06/04340, Gmbh Muller Elektronik c/ SA Agrotonix

Deux sociétés spécialisées dans la production et la commercialisation d'équipements électroniques s'étaient organisées de manière informelle pour que l'une d'entre elles, (la société française) distribue sur le territoire français en son nom et pour son propre compte les produits de l'autre (la société allemande).

Après onze ans de relations d'affaires, la société allemande avait décidé de livrer directement des clients que la société française fournissait, puis avait modifié trois ans plus tard sans préavis les conditions tarifaires (exclusion des tarifs préférentiels) et de paiement (paiement préalable à toute livraison) qu'elle accordait à la société française jusque-là.

En considérant que « les ventes successives » réalisées entre les deux sociétés constituaient des « relations d'affaires suivies » au sens de l'article L. 442-6 C. com. (relation commerciale établie), la Cour soutient que la décision de modifier « fondamentalement » les conditions tarifaires et de paiement « doit être considérée comme équivalent à une rupture totale de relation commerciale, ce même si la [société française] avait dans le principe encore la possibilité de procéder à des achats pour revendre. »

Il est donc indispensable d'informer son partenaire commercial dans un délai suffisant de toute modification contractuelle substantielle envisagée sous peine d'une requalification en rupture brutale.

La caractérisation d'une situation de concurrence « directe » ou « effective » n'est pas une condition de l'action en concurrence déloyale

Cour de cassation, chambre commerciale, 12 février 2008, pourvoi n°06-17.501, Société La Fermière c/ Société Yoplait

Un fabricant de produits laitiers commercialisait sous sa marque une gamme de yaourts en grandes et moyennes surfaces (GMS) et vendait ces produits à un distributeur qui les diffusait sous sa propre marque dans le circuit de la consommation hors domicile (CHD). Le fabricant ayant conclu un accord de partenariat exclusif avec un autre distributeur pour diffuser cette gamme en GMS, le distributeur le poursuit en concurrence déloyale.

La Cour de cassation estime que le fabricant a bien commis un acte de concurrence déloyale car « la production pour le [distributeur commercialisant la gamme en GMS] concurrençait indirectement le produit commercialisé par [le distributeur] sur le circuit de la consommation hors domicile et ainsi [le fabricant] avait causé [au distributeur commercialisant en CHD] un préjudice commercial. » La Cour indique en outre que la caractérisation d'une « situation de concurrence directe ou effective » entre le fabricant et le distributeur commercialisant la gamme en CHD n'est pas une condition requise pour agir en concurrence déloyale ; la concurrence déloyale étant constituée par la seule « existence de faits générateurs d'un préjudice ».

Cette décision s'inscrit dans une jurisprudence fluctuante ; les juges exigeant une situation de concurrence tout en décidant de façon concomitante que cette règle n'est pas requise pour caractériser l'action en concurrence déloyale.

Conditions de la sanction de la violation d'une clause de non concurrence post-contractuelle en référé

Cour de cassation, 2^{ème} chambre civile, 10 janvier 2008, pourvoi n°07-13.558, Société BVD c/ Société Bureau Ouest et Simouest

Après avoir constaté la résiliation du contrat de franchise les liant avec une société de fourniture de bureau, deux sociétés s'étaient affiliées à une enseigne concurrente. Le franchiseur avait alors fait valoir devant le juge des référés la violation des clauses de non concurrence post-contractuelle les liant toutes deux et avait obtenu leur condamnation sous astreinte à déposer la nouvelle enseigne.

Cette mesure ayant été infirmée en appel, la Cour de cassation confirme l'arrêt au motif que « la clause litigieuse n'apparaissait pas avec l'évidence requise devant le juge des référés » En effet, après avoir indiqué que la licéité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle repose sur la double exigence de « l'existence d'un savoir-faire transmis » et du « caractère proportionné de l'interdiction faite au franchisé au regard des intérêts du franchiseur », la Cour constate qu'en l'espèce l'originalité du savoir-faire transmis n'était pas établie avec certitude et que la possibilité laissée au franchisé d'exercer son activité hors réseau était « purement formelle ».



Force est de constater qu'il est aujourd'hui difficile de tirer de la jurisprudence une règle claire permettant d'apprécier la validité des clauses de non-concurrence post-contractuelle, tant elle est fluctuante en la matière.

Le Conseil de la concurrence applique pour la troisième fois son programme de clémence et sanctionne une entente anticoncurrentielle dans le secteur de la production de contreplaqué

Conseil de la concurrence, 21 mai 2008, décision n°08-D-12 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production du contreplaqué

Le 21 mai 2008, le Conseil de la concurrence a sanctionné des fabricants de contreplaqué pour avoir coordonné au sein de leur organisation professionnelle une structure tarifaire commune et des hausses tarifaires.

Cette décision mérite l'attention car le Conseil a appliqué pour la troisième fois son programme de clémence et autorisé pour la deuxième fois le cumul de cette procédure avec la procédure de transaction (art. L. 464-2 II C. com.). Le Conseil conclut à l'exonération totale d'amende de l'entreprise dénonciatrice qui a signalé l'entente, y a mis fin et a coopéré de manière « *pleine et entière* » au programme de clémence entrepris, et réduit de 10% l'amende encourue pour deux sociétés qui ont accepté la notification des griefs et se sont engagées pour l'avenir à former leurs personnels et sensibiliser leurs cadres et salariés au respect des règles de concurrence.

Il convient de rappeler l'utilité de la clémence qui permet à un opérateur s'il est le premier à dénoncer une entente anticoncurrentielle, d'obtenir une exonération totale d'amende.

Les moyens de preuve déloyaux ne sont pas recevables devant le Conseil de la concurrence

Cour de cassation, chambre commerciale, 3 juin 2008, pourvois n°07-17.147 et n°07-17.196, Société Sony France c/ Ministre de l'Economie, Société Philips c/ Ministre de l'Economie

Alors qu'en 2005 le Conseil de la concurrence avait sanctionné des fournisseurs de produits électroniques grand public pour avoir mis en œuvre une entente verticale, deux d'entre eux contestaient la validité de cette décision au regard du droit processuel de la concurrence.

Selon eux, en s'appuyant sur « *l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisée par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus* », le Conseil avait utilisé un moyen de preuve déloyal justifiant l'annulation de la condamnation.

Au visa de l'article 6 § 1 de la CEDH (droit à un procès équitable), la Cour de cassation affirme la déloyauté de ce mode de preuve « *rendant irrecevable sa production à titre de preuve [devant le Conseil de la concurrence]* ».

Si le Conseil de la concurrence a affirmé en 2005 (décision n°05-D-66) que l'administration de la preuve était libre devant lui, il n'en reste pas moins que cette preuve doit être loyale.

Retrouvez la lettre d'information Distribution - Concurrence sur notre site www.fidal.fr

FIDAL – société d'avocats
Société d'exercice libéral à forme
anonyme à directoire et conseil de
surveillance

Capital : 2 658 000 Euros
RCS 775726433 Nanterre
TVA Union Européenne
FR 28 775 726 433 – APE 741 A

Siège social : 12, bd du Général Leclerc
92200 Neuilly-sur-Seine France
Tél : 01 47 38 54 00 – www.fidal.fr
Barreau des Hauts-de-Seine

© FIDAL 2008

