



FEDERATION DES ENTREPRISES
DU COMMERCE
ET DE LA DISTRIBUTION

Numéro d'identification : 0144141992-53

Fédération des entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD)

Président exécutif : Jérôme Bédier

Contacts : Nathalie Namade Vatine : vatine@fecd.eu +33144439908

Alexander Rogge : rogge@fecd.eu +3227362027

**FCD
12 rue Euler
75008 Paris
T :01 44 43 99 00**



FEDERATION DES ENTREPRISES
DU COMMERCE
ET DE LA DISTRIBUTION

Paris, le 23 septembre 2009

Projets de règlement d'exemption par catégorie et de lignes directrices

sur les restrictions verticales

Observations de la FCD

La Commission Européenne a présenté son projet de règlement communautaire d'exemption sur les restrictions verticales venant remplacer le règlement n 2790/1999 qui expire le 31 mai 2010, ainsi que son projet de lignes directrices.

La Fédération des entreprises du Commerce et de la Distribution (FCD) souhaite faire part de sa contribution dans le cadre de la consultation engagée par la Commission Européenne.

Les observations de la FCD sur le bilan de la mise en œuvre du règlement ont, d'ores et déjà, été transmises à la Commission, ainsi qu'à l'Autorité de la concurrence Française. Elles sont reprises aux points III et suivants du présent document.

I - Observations sur le projet de règlement d'exemption

Seuil de part de marché (art 3)

Aux termes de l'article 3 du projet de règlement, pour que l'exemption par catégorie puisse s'appliquer, les parts de marché du fournisseur et du distributeur ne doivent pas dépasser le seuil de 30 % alors que dans le règlement 2790/1999, seule la part de marché du fournisseur était prise en compte.

La FCD ne souhaite pas la modification du seuil de 30 % dont les effets protecteurs en termes de concurrence peuvent être reconnus.

Pour autant, l'introduction d'un double seuil de parts de marché est de nature à soulever, en pratique, de nombreuses difficultés pour les entreprises de notre secteur.

i) Difficultés liées à la définition de la part de marché

Les lignes directrices précisent que, pour l'évaluation de la part de marché aux fins du calcul du seuil de 30 %, il sera pris en compte :

- le marché aval du fournisseur, c'est-à-dire le marché sur lequel il vend les biens contractuels à l'acheteur,
- et, pour l'acheteur, le ou les marchés sur lesquels il (re)vend les biens, soit pour notre secteur, les consommateurs finaux.

La FCD souligne que, si la part de marché des fournisseurs les plus gros peut être connue grâce à des études réalisées par des organismes spécialisés, tel n'est pas le cas pour ceux des fournisseurs qui ne sont pas en quasi situation de monopole.

Or, un hypermarché peut avoir près de 100 000 références en magasin. Il apparaît donc très difficile, en pratique, de connaître la part de marché des fournisseurs avant toute contractualisation.

Par ailleurs, le distributeur concerné par le contrat de distribution ne connaît pas la part de marché du fournisseur sur le produit sur son marché aval, aussi bien au niveau local que national.

Une telle information suppose que le distributeur détermine la part de marché de ses concurrents avec ledit fournisseur. Or, le distributeur n'a pas connaissance des accords passés entre son fournisseur et les autres distributeurs.

ii) Difficultés liées à la définition du marché pertinent

Les contours de la définition du marché pertinent proposés dans les lignes directrices sont, à ce stade, difficiles à délimiter.

En tout état de cause, la FCD souligne que le marché local et/ou régional ne pourrait être le marché pris en compte.

D'une part, la politique commerciale, ainsi que les conditions d'achat sont majoritairement définies, dans notre secteur, au niveau national. Une analyse purement locale ne serait donc pas pertinente.

D'autre part, si cela était le cas, il est probable que peu d'entreprises pourraient bénéficier de l'exemption par catégorie. Un grand nombre de distributeurs bénéficie en effet de parts de marché supérieures à 30 % et beaucoup de fournisseurs détiennent, sur leur marché, d'une part également supérieure à 30 %.

iii) Difficultés liées à l'insécurité juridique

Si la notion de marché devait être définie sur la base d'un marché local, une grande majorité des accords aujourd'hui exemptés ne le serait plus demain, ce qui conduirait à une remise en cause des exemptions préalablement accordées et à une grande insécurité juridique.

En outre, un fournisseur ou un distributeur, qui aura conclu un contrat de distribution en respectant la condition du double seuil de parts de marché, n'est pas assuré que son contrat bénéficiera de l'exemption dans le temps. En effet, la part de marché du distributeur peut évoluer à tout moment à la hausse sans que le fournisseur puisse maîtriser cette évolution tenant à la croissance du distributeur ou du groupe auquel il appartient. Ceci est également vrai pour la part de marché du fournisseur, dont la part de marché peut croître selon les mêmes indications.

Dès lors qu'une partie au contrat de distribution dépasse le seuil de 30 % de part de marché, le contrat ne bénéficie plus de l'exemption par catégorie et ne sera donc plus présumé valide au regard du droit de la concurrence. Cette situation peut se produire à tout moment du fait notamment de l'évolution de la part de marché du distributeur sans que le fournisseur en ait la maîtrise et inversement.

L'accord pourra être contesté par tout opérateur qui y aurait intérêt. Des contentieux pourront en résulter dans le cadre desquels le fournisseur et le distributeur agréé devront démontrer l'efficacité économique de leur contrat en justifiant sa validité au regard de l'article 81§3 du Traité.

La FCD souhaite, en conséquence, que la Commission conserve la rédaction actuelle de l'article 3 du projet de règlement, c'est-à-dire que le seuil de 30 % de part de marché du distributeur soit supprimé.

A titre subsidiaire, si la disposition devait être maintenue, la FCD demande que les lignes directrices précisent que le marché pertinent de référence n'est pas basé sur un marché local.

II - Observations sur le titre VI des lignes directrices « Politique suivie pour l'application des règles de concurrence communautaires au cas par cas »

A titre liminaire, la FCD s'interroge sur la pertinence de l'introduction, dans les lignes directrices, des dispositions relatives aux redevances d'accès initial.

La révision du règlement d'exemption ne nous semble pas être le véhicule adéquat pour aborder ces questions qui débordent largement du cadre du débat et doivent faire l'objet d'un examen approfondi, notamment en termes d'impact économique. L'analyse des critères proposés pour apprécier si les redevances d'accès initial constituent des restrictions de concurrence ne nous semblent en particulier pas assez développés.

La FCD souligne à ce titre que le projet de lignes directrices fait peser indirectement sur ce type d'accord une présomption d'illicéité dès lors que le seuil de 30 % est dépassé, sans pour autant évaluer l'impact économique de la réforme.

Dans l'hypothèse où la définition du marché en cause aux fins du calcul du seuil de 30 % n'était pas modifiée, la probabilité pour que de nombreuses relations contractuelles ne bénéficient pas de l'exemption est forte.

Le projet de lignes directrices souligne, à juste titre, les effets positifs de ce type d'accord dans les relations contractuelles.

De nombreux rapports¹ ont également démontré, en France, l'importance et les avantages de ce type de contrats de prestations de services. Ces accords, dits généralement de « coopération commerciale », correspondent à des services réels et utiles aux fournisseurs, et ont un impact bénéfique sur le consommateur.

L'insécurité juridique liée au bénéfice ou non de l'exemption, ainsi qu'à l'absence de notification emportera nécessairement des effets pervers en termes économiques, non envisagés par les lignes directrices :

- Elle risque en premier lieu de limiter la conclusion de tels accords, au détriment notamment des TPE et PME, pour lesquelles le seuil de 30 % sera vite dépassé. Les petites entreprises ne pourront donc mettre en avant et faire promouvoir leurs produits par le biais de catalogue, tête de gondole, etc. Non seulement cela aboutit à l'effet inverse à celui recherché, qui vise la multiplicité de l'offre, mais cela risque également de fausser le jeu de la concurrence.
- Une limitation des accords de coopération commerciale aura également un impact négatif sur les prix, puisque le distributeur ne pourra répercuter au consommateur l'avantage financier généré par l'accord. De tels effets ne sont, en période de crise marquée, ni souhaitables, ni voulus par la Commission et les Etats membres. Il est en effet attesté. En France, le distributeur peut ainsi restituer au consommateur la totalité des avantages financiers consentis par le vendeur (loi du 2 août 2005). Il est attesté² que ce mécanisme a eu pour effet positif un ralentissement marqué de l'inflation des prix des produits de grande consommation et des produits alimentaires.

La FCD estime que les dispositions sur les redevances d'accès initial nécessitent un débat plus centré sur ces questions, plus approfondi en terme économique et plus équilibré. En conséquence, elle souhaite que le point 2.7 (199) soit supprimé du projet de lignes directrices.

¹ Rapport Canivet 18 octobre 2004, rapport Hagelsteen 12 février 2008, Rapports parlementaires : loi du 2 août 2005, loi LME du 4/8/2008)

² rapport Hagelsteen 12 février 2008

III - La distribution sélective

A. L'absence de critères précis liés au produit

A la lecture du règlement d'exemption, seule la recherche de l'amélioration de l'efficacité économique justifie la mise en place d'une restriction verticale.

La Commission a tout de même, par ailleurs, précisé que ce type de système de distribution est particulièrement considéré pour deux types de produits :

- les produits de prestige d'une certaine valeur et/ou dotés d'une forte image de marque, d'une technicité toujours croissante ;
- les produits d'une haute technicité pour lesquels les acheteurs ont besoin ou bénéficient également de la disponibilité de services et de conseils personnalisés délivrés lors de l'achat par des personnes spécialement qualifiées.

Si la Commission estime que la distribution sélective est particulièrement adaptée à un produit luxueux ou présentant une haute technicité, elle n'en fait pas pour autant une condition rédhitoire.

C'est ainsi qu'un certain nombre de produits sont aujourd'hui distribués dans le cadre d'un accord de distribution sélective, alors que l'aspect luxueux ou de haute technicité du produit reste encore à démontrer.

Au surplus, nous pourrions également admettre que les conditions de vente en matière de services liés au produit peuvent également justifier la mise en place d'un réseau de distribution sélective.

En revanche, permettre la distribution sélective quelle que soit la nature du produit peut, à notre sens, produire dans certaines circonstances des effets anticoncurrentiels graves, même si la part de marché du fournisseur et de l'acheteur sur leurs marchés en aval respectifs n'excède pas 30 %. Si la nature du produit ne présente aucune des deux particularités visées ci-dessus, il ne faudrait pas que l'accord de distribution sélective soit utilisé à des fins d'optimisation artificielle des bénéfices. En mettant en place un tel réseau alors que le produit ne présenterait aucune particularité, le promoteur s'assurerait ainsi d'une absence de concurrence notamment en matière de prix de vente. En effet, la revente de ses produits étant placée sous son contrôle, inhérent à l'agrément, celle-ci n'est plus alors soumise à une concurrence par le prix manifestée par des politiques commerciales étrangères à la sienne.

Afin d'éviter de telles dérives, il apparaît nécessaire, d'une part, de rendre rédhitoire la nature du produit à la légitimation d'un réseau de distribution sélective et d'autre part de définir ce qu'il faut entendre par produit de prestige ou encore de haute technicité. A titre d'exemple, si nous n'avons aucune difficulté à considérer que certaines marques sont luxueuses (Christian Dior, Kenzo, Givenchy, Guerlain, Chanel, Chaumet, Boucheron), il en est autrement en ce qui concerne des marques telles que Nike, Puma, Casio, Eastpak, Quiksilver, Converse. Il ne doit pas, en effet, y avoir d'amalgame entre la notion de marque luxueuse et de marque notoire³. Si ces dernières sont en effet connues du grand public, elles ne sont pas pour autant perçues comme étant des marques luxueuses.

³ En matière de consommation, si le consommateur moyen européen s'estime légitimer à acquérir une marque notoire, telle que Casio, il admettra ne pas disposer d'un pouvoir de consommation suffisant pour acquérir une marque luxueuse, telle que Rolex.

La FCD souhaiterait ainsi pouvoir participer à la mise en place d'un groupe de travail, chargé de définir les notions de produits luxueux ou de haute technicité. D'ores et déjà, la FCD souligne que la notion de luxe doit être rapprochée de celles de savoir-faire, de rareté, de noblesse de matière justifiant une différenciation notamment par les prix. De même, la notion de haute technicité doit pouvoir répondre à certaines conditions, telles que le brevet ou le savoir-faire. L'instauration de telles conditions irait alors dans le sens de gains d'efficacité économique, puisqu'elle induirait alors un investissement de la part des marques en recherche et développement (pour mettre au point des produits à forte technicité ou nécessitant un haut savoir-faire), afin de satisfaire les critères nécessaires à la mise en place d'un réseau de distribution sélective.

Si la nature du produit doit, en effet, pouvoir être déterminante dans la mise en œuvre du bénéfice du règlement d'exemption, les conditions d'accès au réseau doivent à notre sens être également plus transparentes.

B. Pour plus de transparence

La transparence dans la concurrence est la clé de voute d'un marché fonctionnant bien. Le manque de transparence démontre, a contrario, l'opacité d'un marché visé et constitue dès lors un indice de graves dysfonctionnements préjudiciables au jeu de la concurrence entre opérateurs et, a fortiori, du risque accru de perte des gains d'efficacité dudit système établi.

Pour lutter contre des réseaux de distribution opaques qui intrinsèquement freinent voire même stoppent le libre jeu de la concurrence, et ce dans un système de distribution sélective, qui répond déjà à des règles spécifiques visant a priori à limiter l'ouverture du marché, la FCD propose des conditions supplémentaires pour permettre une plus grande mise en concurrence des opérateurs, tout en préservant la liberté du vendeur de sélectionner ses acheteurs. Lorsqu'un distributeur souhaite commercialiser un produit, il devrait, d'une part, pouvoir savoir si celui-ci est ou non commercialisé dans le cadre d'un accord vertical et, d'autre part, le cas échéant avoir accès aux critères de sélectivité.

1. La tenue d'un registre officiel

Il n'existe p, à ce jour, de registre officiel particulier qui permettrait à tout tiers d'avoir accès à ce type d'information.

Aussi, l'unique démarche utile qui s'ouvre audit distributeur est de s'adresser directement au titulaire des droits de marque, qui peut de manière tout à fait discrétionnaire répondre ou de s'y refuser. C'est d'ailleurs, dans la pratique, cette dernière hypothèse qui malheureusement s'illustre trop souvent. Aussi, en ne répondant pas à une telle sollicitation, le titulaire des droits de marque laisse planer le doute sur l'existence d'un accord vertical alors qu'il n'y en a peut-être pas, ou bien au contraire ne souhaitant pas de manière discriminatoire donner accès à tel distributeur, il lui préfère le mutisme.

A l'inverse, certains titulaires de droits de marque se prévalent de l'organisation d'un réseau alors que celui-ci est très partiellement existant. Aussi dans une telle situation, tout en bénéficiant de l'exemption de certaines règles de concurrence, des pseudo-promoteurs de réseaux peuvent jouer de cette opacité pour adopter un comportement manifestement anticoncurrentiel.

De même, en droit français, est prohibé à l'article L442-6 I 6° du Code de commerce "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".

La tenue d'un registre officiel indiquant le produit objet d'un réseau de distribution sélective et reprenant également l'identité de chaque distributeur agréé, faciliterait également ladite non violation du réseau. En identifiant ainsi le nom de chaque revendeur agréé, le distributeur, dit indépendant, aurait ainsi la garantie qu'en achetant le produit "marqué" à tel intermédiaire, il n'est pas en violation du réseau, ou au contraire un tel registre lui permettrait de refuser les offres de distributeurs agréés peu enclins de respecter leurs obligations contractuelles.

La tenue d'un registre officiel permettant d'identifier les produits objet d'accords verticaux et fixant la liste des distributeurs agréés sécuriserait davantage l'exemption ainsi permise. Si, à ce jour, ce type d'information est déjà disponible sur Internet via notamment le site des marques, il reste néanmoins très partiel et souvent jugé par les juridictions comme étant insuffisant⁴. De même, la tenue d'un tel registre permettrait d'augmenter la garantie que disposerait le consommateur, d'acheter un produit authentique.

2. Un meilleur contrôle et des voies de recours à établir

Pour qu'il y ait distribution sélective, des critères objectifs doivent être déterminés. C'est sur la base de ces critères, que le promoteur du réseau sélectionne les distributeurs qui s'engageront à ne pas vendre les produits objet du réseau, à des distributeurs non agréés. C'est bien sur la base de ces critères définis que le promoteur du réseau s'engage à vendre, de telle sorte que tout distributeur remplissant ces critères doit pouvoir être agréé afin de lui permettre à son tour de vendre les produits "marqués".

Or, dans la mesure où ces critères ne sont pas connus, le distributeur souhaitant en avoir communication pour éventuellement formuler une demande d'agrément, doit directement s'adresser auprès du promoteur du réseau. Pour des raisons identiques à celles évoquées au paragraphe I.B.1, le promoteur du réseau est très peu enclin de les communiquer, préférant apprécier lui seul si le postulant est apte ou pas à intégrer son réseau. Une telle attitude ne permet d'opérer aucun contrôle facilitant ainsi des comportements discriminatoires⁵.

Il convient de souligner que le distributeur ne dispose d'aucun recours direct contre le refus de communication des critères de sélectivité, dans la mesure où il n'existe aucune obligation en ce sens en droit français et européen.

⁴ CA Paris, 12 janvier 2005, aff. N°03/06117 - Société Vans c/ Auchan France - "*considérant que pour établir l'existence d'un réseau de distribution exclusif la Société Auchan France se prévaut uniquement de la capture d'informations diffusées par l'intermédiaire du site internet de la Société Vans qui fait apparaître pour chaque pays y mentionné les références d'une société commerciale; mais considérant que , à l'évidence, un tel document n'est pas de nature à établir l'existence alléguée d'un réseau de distribution]...[*".

⁵ cf. dossier confidentiel " Auchan - La vie en en or" . A défaut de la communication des critères de sélectivité des marques auprès desquelles la Société Auchan souhaitait être agréée, cette dernière a conçu un nouveau concept de distribution de produits d'orfèvrerie et de l'horlogerie à partir d'observations faites dans les points de vente agréés par lesdites marques. Après avoir répondu à l'ensemble des supposés critères, un refus de vente lui a été notifié au prétexte qu'elle utilisait encore (sur le ticket de caisse remis au consommateur) le nom de l'enseigne Auchan.

En droit français, lorsqu'un vendeur souhaite acheter auprès d'un fournisseur des produits afin de les distribuer, il sollicite auprès de ce dernier ses Conditions Générales de Vente (CGV) afin notamment de connaître les modalités de vente desdits produits⁶. Aussi au titre des pratiques restrictives de concurrence, la non communication des Conditions Générales de Vente est sanctionnée par une amende civile⁷. Afin de rationaliser les modalités d'agrément à un réseau de distribution sélective, il nous paraît utile de rendre obligatoire, à l'image de la communication des CGV, la communication des critères de sélectivité à tout acheteur qui en fait la demande.

Une telle attitude ne permet d'opérer aucun contrôle facilitant ainsi des comportements discriminatoires⁸, pourtant prohibé par le point 171 de la proposition de lignes directrices. Les solutions que nous soumettons à la Commission permettraient une meilleure transparence et donc un meilleur fonctionnement du marché, et de réels gains d'efficacité que la distribution sélective peut permettre pour certaines catégories de produit, sans être parasité par des opérateurs commerciaux peu scrupuleux du respect du droit de la concurrence.

La FCD rappelle à ce titre qu'une concurrence saine doit nécessairement intervenir par la mise en place de critères objectifs, et non par la seule protection de la marque.

C. Le gain d'efficacité, seul et unique juge pour justifier l'existence d'un réseau de distribution sélective

Si la distribution sélective permet en principe au consommateur d'être garanti de l'authenticité du produit, il ne faudrait pas que l'amélioration de l'efficacité économique recherchée par les acteurs du réseau (promoteur du réseau, distributeur exclusif, distributeur agréé...) se fasse au détriment économique du consommateur, ou bien des gains pour les opérateurs en termes de coûts et de gestion logistiques.

Il est simple de constater qu'un produit à marque notoire vendu par un distributeur indépendant l'est très souvent à un prix compétitif par rapport au réseau sélectif, et ceci tout en se garantissant une marge.

S'il peut être admis que la mise en place d'un réseau sélectif engendre des coûts supplémentaires liés notamment à des besoins de théâtralisation en surface de vente, il est à noter que ces coûts ne justifient probablement pas à eux seuls ces écarts de prix. Les écarts de prix ainsi constatés sont en général de l'ordre de 30 à 50 %.

Pour exemple, la DGCCRF avait diligenté en 2002 une enquête comparant les prix d'une quinzaine de produits dits « frontières » (parapharmacie), pratiqués en pharmacie, parapharmacie et GMS.

⁶ Article L441-6 du Code de commerce - "Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produits ou tout demandeur de prestations de services qui en fait la demande pour une activité professionnelle".

⁷ Article L442-6 du Code de commerce - "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 : [...]"

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 ; [...]. Lors de cette action, le ministre chargé de l'économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie [...], de faire constater la nullité des clauses [...]. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros".

⁸ cf. dossier confidentiel "Auchan - La vie en or". A défaut de la communication des critères de sélectivité des marques auprès desquelles la Société Auchan souhaitait être agréée, cette dernière a conçu un nouveau concept de distribution de produits d'orfèvrerie et de l'horlogerie à partir d'observations faites dans les points de vente agréés par lesdites marques. Après avoir répondu à l'ensemble des supposés critères, un refus de vente lui a été notifié au prétexte qu'elle utilisait encore (sur le ticket de caisse remis au consommateur) le nom de l'enseigne Auchan.

Cette enquête a mis en évidence que tous les produits relevés sont vendus en GMS, en moyenne, à des prix de 20 à 30 % inférieurs à ceux pratiqués en pharmacie (et trois fois moins chers dans le cas des produits d'entretien pour lentilles).

La mise en œuvre d'un réseau sélectif permet à ses membres de leur assurer une garantie de marge. Cette garantie de marge est notamment permise par une politique commerciale exercée sur les prix, qui consiste notamment à interdire dans le réseau la pratique de prix soldés. Cette interdiction faite au nom de l'image de la marque permet également de garantir une marge aux membres du réseau. Cette garantie de marge se répercute ainsi mécaniquement sur les prix offerts aux consommateurs.

Aussi, nous sommes en droit de nous interroger sur l'intérêt que représente réellement pour le consommateur la distribution sélective, notamment lorsque cette dernière porte non pas sur une marque luxueuse mais uniquement sur une marque notoire.

Il nous paraît dès lors nécessaire de limiter via la promotion de plus de transparence les abus des opérateurs ayant recours à un système de distribution sélective opaque ne répondant pas aux critères énoncés dans les lignes directrices, au point 171.

IV - Partage de responsabilités dans les systèmes de réseaux parallèles

Lorsqu'un distributeur dit indépendant souhaite acquérir des produits "marqués", il doit notamment s'assurer que les droits de marque portant sur ces derniers ont bien été épuisés. Ce principe de l'épuisement des droits de marque est posé en droit français à l'article L713-4 du Code de la propriété intellectuelle⁹.

Cette disposition a pour objet d'éviter que le titulaire d'une marque puisse utiliser son droit sur sa marque pour cloisonner des marchés de l'Espace Economique et Européen¹⁰ alors que l'objet spécifique de la marque est de garantir au consommateur l'origine du produit. Ainsi, dès l'instant où le titulaire d'une marque a procédé à la mise sur le marché de l'Espace Economique Européen d'un produit marqué ou a consenti cette mise sur le marché par un tiers, son droit est épuisé. Il ne peut donc plus intervenir pour s'opposer, directement ou indirectement, à l'exportation desdits produits vers un autre pays de l'EEE, ou à la vente desdits produits à un revendeur qu'il n'aurait pas lui-même approvisionné.

Malgré ce principe, certaines jurisprudences récentes considèrent encore que la mise en œuvre d'un réseau de distribution sélective est constitutive d'un motif légitime faisant échec à l'épuisement des droits¹¹. Or, excepté lorsqu'il existe un risque de cloisonnement des marchés¹², la jurisprudence considère qu'il appartient au revendeur d'un produit "marqué" de justifier de sa mise sur le marché de l'EEE par le titulaire de la marque ou avec son consentement¹³.

⁹ L'article L713-4 du Code de la propriété intellectuelle dispose que: " le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la Communauté économique européenne ou dans l'Espace économique européen sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement".

¹⁰ Cette interdiction est rappelée au considérant n°10 du Règlement CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, "Le présent règlement ne doit pas exempter des accords verticaux contenant des restrictions qui ne sont pas indispensables]...[en particulier des accords verticaux contenant certains types de restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves, comme l'imposition d'un prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ou certain types de protection territoriale]...[".

¹¹ CA Paris, 24 octobre 2008, aff. N°07/07074, Société Yamaha c/ Société Maismoinscher.com .

¹² CJCE, 8 avril 2003, aff. C-244/00, Sociétés Van Doren c/ Lifestyle sports.

¹³ CJCE, 20 novembre 2001, Rec.P.18691, aff. Davidoff.

Or, dans la pratique, une telle exigence présente un contresens inacceptable. En effet, pour pouvoir justifier que tel produit a bien été mis sur le marché de l'EEE avec le consentement du titulaire de la marque, cela suppose que le distributeur indépendant révèle sa source d'approvisionnement, laissant tout le loisir au promoteur du réseau d'identifier et de tarir cette source d'approvisionnement. Une telle obligation produit des effets anticoncurrentiels graves.

Aussi, nous estimons qu'il doit revenir au promoteur du réseau, titulaire des droits de marque, de prouver, en présence d'une vente hors réseau, que le produit a été commercialisé sans son consentement, admettre le contraire constitue autant de freins à la libre concurrence ainsi qu'à la libre circulation des marchandises dans l'espace EEE.

Il en va ainsi de notre compréhension du point 55 des lignes directrices. Les membres de la FCD appellent la Commission européenne à une clarification et une application harmonisée de ce partage de responsabilité avec une charge de la preuve revenant au promoteur de réseau, seul capable de prouver sa bonne foi envers son acheteur. Il paraît inacceptable, aux yeux des distributeurs d'être attaqués in fine, dès lors que les fautifs, le cas échéant, se trouvent plus haut dans la chaîne d'approvisionnement.

V - E-commerce

La FCD accueille favorablement la clarification faite quant à la place de l'e-commerce dans le cadre d'un système de distribution sélective, notamment le fait que les vendeurs ne puissent interdire à leurs acheteurs de commercialiser leurs produits sur internet.

Néanmoins, la FCD souhaite émettre 2 remarques :

- 1- L'autorisation d'imposer des critères soulève exactement les mêmes problèmes pour les acheteurs (problème de communication et de transparence) que ceux déjà soulevés plus haut concernant les points de vente physique.
- 2- C'est avec regret que nous constatons que la Commission autorise l'éviction de fait des pure players, notamment sur les marchés mûrs, encore soumis à des systèmes de distribution sélective spécifiques. Cela n'aidera pas à obtenir des gains d'efficacité pourtant recherchés dans ce nouveau règlement et ses lignes directrices.

Cass com, 21 janvier 2004, aff. N° 02 - 11725, Décathlon c/ M.x - "attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que l'origine des produits était indéterminée, et qu'il incombait alors qu'à la partie poursuivie en contrefaçon de démontrer l'authenticité de ces produits revêtus de la marque dont il lui était reproché de faire usage sans autorisation, la Cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés".