

RLC 1761

Les Éditions Lamy/Wolters Kluwer France ont lancé en 2010, en partenariat avec l'Autorité de la concurrence, le *Concours Lamy de la concurrence*. Celui-ci consiste en un concours de plaidoiries en droit de la concurrence et est ouvert aux étudiants préparant un diplôme de niveau master 2 comportant des enseignements en droit de la concurrence, aux élèves des écoles de formation des barreaux ou centres de formation professionnelle d'avocats et aux avocats justifiant, à la date d'ouverture du concours, d'une pratique de moins de trois ans depuis leur première inscription au Barreau. À l'issue d'une sélection réalisée par correspondance sur la base d'un cas pratique, les plaidoiries finales se sont déroulées à l'Autorité de la concurrence le lundi 14 juin 2010 devant un jury présidé par Bruno Lasserre. Outre l'offre de stage d'une durée de six mois pour chacun des membres titulaires de l'équipe gagnante au sein du Cabinet Jeantet à Paris, ainsi que plusieurs ouvrages issus du catalogue Lamy, l'une des récompenses du Concours consistait en la publication des plaidoiries de l'équipe gagnante. La voici suivant le sujet proposé.

## Concours Lamy de la concurrence 2010 – Conclusions de l'équipe gagnante



Par Anne-Sophie COME, Mathieu COQUELET RUIZ,  
Willem DE VOS, Pierre SABBADINI <sup>(1)</sup>

Master complémentaire en droit européen de la concurrence  
et de la propriété intellectuelle, Université de Liège.

### Concours LAMY CONCURRENCE 2010 SUJET

La société LOGIC-INFO est un fabricant français de logiciels informatiques destinés aux particuliers et aux entreprises. Créée, voilà quinze ans, elle a connu une forte croissance pendant plusieurs années, grâce à l'excellente réputation de ses produits et à une capacité d'innovation sans égal, au point qu'elle est depuis longtemps la référence dans son domaine d'activité et apparaît comme un acteur incontournable du marché.

1. Elle diffuse ses produits en France et en Belgique via un réseau de distributeurs agréés, tandis qu'elle a choisi de recourir à des agents commerciaux pour l'Italie et l'Allemagne.

Certains de ses distributeurs français ayant souhaité commercialiser les produits par Internet, la société LOGIC-INFO a introduit, en janvier 2007, les stipulations suivantes dans ses contrats de distribution sélective :

« La commercialisation des produits LOGIC-INFO est réservée aux revendeurs agréés disposant d'un magasin d'une surface minimale de 30 m<sup>2</sup>. Sur décision de la société LOGIC-INFO, la commercialisation d'un nouveau logiciel peut être réservée aux points de vente physiques pendant une durée de six mois. En tout état de cause, la distribution sur Internet des produits ne peut être qu'un mode de distribution accessoire par rapport à l'activité en point de vente ».

« La commercialisation des produits LOGIC-INFO sur Internet doit s'effectuer dans des conditions garantissant le respect de l'image de marque et la qualité des services rendus aux clients.

Les produits doivent par conséquent être offerts dans un environnement correspondant à l'image de sérieux et de qualité attachée aux produits LOGIC-INFO, avec un conseil adapté aux besoins des clients. Le site Internet du distributeur devra comporter sur sa page d'accueil la mention suivante : 'les consommateurs ont la possibilité de passer en magasin afin de pouvoir être conseillés au mieux avant l'achat'.

Le distributeur honore les commandes dans les meilleurs délais ; cependant, dans le cas où une commande porte sur plus de cinq produits identiques, il lui appartient de solliciter l'accord de LOGIC-INFO ».

Au mois de juin 2007, la société LOGIC-INFO, sous la pression de certains de ses distributeurs menaçant de ne plus vendre ses logiciels, a diffusé à l'ensemble de ses distributeurs français et étrangers un document intitulé « Manuel des

&gt;

<sup>(1)</sup> Assistés par Norman NEYRINCK

bonnes pratiques » présenté comme une annexe au contrat de distribution sélective ou d'agent commercial. Il comporte notamment la clause suivante :

« Le distributeur s'engage à respecter dans la mesure du possible les prix publics conseillés, en particulier lorsque les produits sont vendus sur Internet ».

La société DYNAMIC-INFO est un revendeur agréé qui a ouvert, dès le début de l'année 2007, un site Internet particulièrement attractif, notamment d'un point de vue tarifaire. Après avoir reçu plusieurs avertissements délivrés verbalement, cette société vient d'apprendre que son contrat de distribution était résilié pour manquements graves à ses engagements contractuels.

2. Confrontés à des pratiques qu'ils jugent abusives de la part de LOGIC-INFO, plusieurs concurrents de celle-ci saisissent la DG concurrence de la Commission européenne de plaintes.

Par suite, celle-ci décide de procéder à une inspection dans les locaux de LOGIC-INFO. Dans le cadre de cette opération, des difficultés surgissent concernant la saisie de documents que l'entreprise considère comme relevant de ce qu'il est convenu d'appeler le « legal privilege » et marqués comme tels. En effet, les agents de la Commission ont saisi divers documents rédigés par le responsable juridique de l'entreprise, l'un à destination des dirigeants de l'entreprise et dans lequel il faisait part de possibles problèmes au regard des règles de concurrence et l'autre rédigé afin de demander un avis juridique à un avocat.

Les inspections de la Commission demeurant pour l'heure sans suite, l'Autorité de la concurrence française décide de diligenter à son tour des enquêteurs dans les locaux de LOGIC-INFO. Or, échaudée par son expérience précédente, l'entreprise entend pouvoir disposer d'un conseil spécialisé en droit de la concurrence pour l'assister au cours des opérations, et ce avant même le début des opérations.

L'Autorité française de la concurrence et la maison d'édition juridique Wolters Kluwer ont soulevé les problématiques les plus actuelles du droit de la concurrence, lors du Concours Lamy de la concurrence 2010. Au cœur de nos plaidoiries se trouvaient les justifications qui peuvent être apportées aux restrictions verticales qu'un fournisseur établit dans les relations avec ses distributeurs. L'exercice s'est révélé particulièrement stimulant, au moment où la Commission européenne rendait public le nouveau cadre réglementaire applicable (Règl. Comm. UE n° 330/2010, 20 avr. 2010 sur les accords verticaux, JOUE 23 avr., n° L 142 ; Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 19 mai 2010, n° C 130). Les enseignements de la théorie économique, et particulièrement de l'économie comportementale, nous ont permis d'aborder ces problématiques sous un angle pragmatique.

En aval de ces thématiques, les questions de la définition du marché des logiciels, ainsi que celle de la protection des documents du juriste d'entreprise étaient abordées, au moment où la Cour de justice se prononçait sur cette dernière question (CJUE, 14 sept. 2010, aff. C-550/07 P, Akzo Nobel Ltd. c/ Commission). Nous nous proposons ici de résumer nos plaidoiries.

## I. – ÉNONCÉ

Les faits peuvent être résumés comme suit : notre client, la société Logic-Info (« L-I ») est un fabricant français de logiciels informatiques destinés aux particuliers et aux entreprises. Celui-ci s'est imposé comme acteur incontournable du marché grâce à sa grande capacité

d'innovation et à l'excellente réputation de ses produits. L-I distribue ses produits dans différents pays d'Europe, notamment en Belgique et en France par l'intermédiaire d'un réseau de distributeurs agréés.

Au mois de janvier 2007, la société L-I modifie son contrat-cadre de distribution afin de répondre aux demandes de certains distributeurs souhaitant vendre en ligne les produits de L-I. Les nouvelles dispositions du contrat autorisent la vente en ligne pour autant que les distributeurs : (i) disposent d'un point de vente physique d'une surface minimum de 30 m<sup>2</sup> ; (ii) effectuent la vente en ligne dans des conditions respectant l'image de marque des produits de L-I et insèrent sur leur page Internet la phrase suivante : « *les consommateurs ont la possibilité de passer en magasin afin de pouvoir être conseillés au mieux avant l'achat* » ; et (iii) sollicitent l'accord de L-I pour la conclusion de commandes de plus de cinq produits identiques. Le contrat-cadre de distribution prévoit également que (iv) la vente en ligne ne sera, en tout état de cause, qu'un mode de distribution accessoire par rapport à la vente « *en dur* » ; et (v) que la commercialisation d'un nouveau produit pourra être réservée au point de vente physique pendant une durée de six mois.

En juin 2007, sous la pression de certains de ses distributeurs menaçant de ne plus vendre ses logiciels, L-I a diffusé à l'ensemble de ses distributeurs un Manuel de bonnes pratiques (« *le Manuel* ») annexé au contrat de distribution sélective, comportant la clause suivante : « *Le distributeur s'engage à respecter, dans la mesure*

*du possible, les prix publics conseillés, en particulier lorsque les produits sont vendus sur Internet* ».

La société Dynamic-Info (« D-I ») est un distributeur qui a ouvert, en début d'année 2007, un site Internet particulièrement attractif, notamment d'un point de vue tarifaire. Après avoir reçu plusieurs avertissements verbaux, son contrat de distribution est résilié pour manquements graves à ses engagements contractuels.

De leur côté, les concurrents de L-I, confrontés à des pratiques qu'ils jugent abusives de la part de L-I, saisissent la Commission européenne. En cours de procédure, la Commission procède à une descente dans les locaux de L-I, et saisit divers documents rédigés par le responsable juridique de l'entreprise, l'un à destination des dirigeants de l'entreprise et dans lequel il faisait part de possibles problèmes au regard des règles de concurrence ; l'autre rédigé afin de demander un avis juridique à un avocat.

## II. – PROBLÉMATIQUES RENCONTRÉES

Nous n'évoquerons ici que les principales problématiques soulevées par le cas fictif, à l'exclusion des questions ayant trait à la procédure, au droit applicable ou encore à l'autorité compétente. Signalons seulement que nous avons plaidé la compétence de la Commission européenne et l'applicabilité du droit européen de la concurrence. Bien que l'ancien règlement n° 2790/1999 sur les relations verticales (JOCE 29 déc. 1999, n° L 336) et ses lignes directrices (JOCE 13 oct.

2000, n° C 291) étaient encore d'application, nous nous sommes utilement référés au nouveau cadre réglementaire, en ce qu'il codifie la jurisprudence antérieure.

Le cas fictif est avara en détails, et nous apprend que la relation commerciale qu'entretiennent L-I et D-I est consommée, sans plus d'informations. En s'opposant à son exclusion du réseau de distribution sélective, D-I soutient que les deux modifications apportées par L-I au contrat-cadre de distribution sont contraires au droit de la concurrence. Premièrement, parce que la clause contenue dans le Manuel dicterait aux distributeurs le respect d'un prix de revente imposé, dont l'exclusion de D-I du réseau de distribution témoigne l'effectivité. Deuxièmement, parce que L-I imposerait à ses distributeurs des restrictions injustifiées à leur droit de vendre en ligne. Dans notre défense de L-I, nous avons mis en avant la forte compétitivité et le caractère contestable du marché des logiciels (B), ainsi que le fait que les consommateurs sont demandeurs de nombreux services périphériques à la vente (conseils, aide à l'installation, suivi, réparation, etc.). L'objectif des modifications apportées par L-I était dès lors de répondre à ces demandes, et d'assurer la protection des incitations à investir dans des services complémentaires (C-D). Avant d'examiner ces points, abordons d'abord la question de la légalité des investigations et le principe de confidentialité (A).

#### A. – Les juristes d'entreprise doivent bénéficier du *legal privilege*

Le droit de l'Union européenne (« UE ») n'accorde de confidentialité (*legal privilege*) qu'aux correspondances (i) émanant d'un avocat indépendant, et (ii) établies dans le cadre de la défense d'un client (CJCE, 18 mai 1982, aff. 155/79, *AM&S c/ Commission*). De manière constante, la jurisprudence de l'UE dénie toute protection aux documents émanant d'un juriste d'entreprise au motif que celui-ci, engagé dans une relation de travail, n'est pas indépendant.

Dans le cas présent, nous soutenons que le premier document saisi, impliquant des discussions entre le juriste d'entreprise et un avocat extérieur à celle-ci, devait bénéficier de la confidentialité, dès lors que les conditions d'application établies par la jurisprudence *AM&S* précitées étaient rencontrées.

Concernant le deuxième document, impliquant des discussions entre le juriste d'entreprise et les dirigeants de celle-ci, nous soutenons que quatre arguments

justifient l'octroi de la confidentialité à cette communication. Le premier tient du bon sens. Il ne pouvait être exclu, au vu des circonstances, que ce document fasse état des échanges que le juriste d'entreprise avait entretenus précédemment avec l'avocat. Dans l'hypothèse où un document à l'adresse des dirigeants de l'entreprise reprend le contenu de la correspondance d'un avocat, celui-ci doit bénéficier, par extension, de la protection accordée au document adressé par l'avocat. En effet, si la première correspondance constitue un document préparatoire à la seconde (ou inversement), n'accorder de protection qu'à l'un des deux documents n'aurait aucun sens, dès lors que le contenu protégé se retrouverait finalement dans le document non protégé et serait ainsi découvert. Ce serait retirer d'une main ce qu'on a donné de l'autre.

Le deuxième argument critique le fait que le juriste d'entreprise ne puisse bénéficier du principe de confidentialité

Ainsi, il n'apparaît plus justifié de maintenir une distinction artificielle protégeant les travaux de l'avocat, mais non ceux du juriste d'entreprise.

au seul motif qu'il est engagé dans un rapport de subordination avec son client. L'existence d'un lien de subordination ne constitue en effet pas un critère pertinent auquel subordonner le secret de la correspondance. Une comparaison peut être utilement effectuée avec la profession de médecin qui peut s'exercer indifféremment sous statut de salarié, d'indépendant, voire sous les deux statuts, sans que ne soit remise en question la confidentialité de sa correspondance. On peut encore s'interroger sur l'applicabilité de la jurisprudence *AM&S* à la profession d'avocat salarié (Pays-Bas), ainsi qu'à la profession d'« *avocat d'entreprise* » (Espagne), dont l'introduction est proposée en France (*Commission Darrois*, Rapport sur les professions du droit, mars 2009, p. 31).

Le troisième argument critique les fondements du non-alignement de la situation du juriste sur celle de l'avocat. Il s'agit, tout d'abord, de la volonté de protéger la rédaction des avis juridiques émanant d'un avocat. Ce point de vue ne fait pas l'unanimité. Il apparaît en effet que onze États membres de l'UE, dont la Belgique, ont accordé le bénéfice de la

confidentialité aux avis juridiques émanant d'un juriste d'entreprise. Il s'agit, ensuite, du manque d'harmonisation de la profession de juriste d'entreprise au niveau européen. Ce point de vue ne peut non plus être soutenu. Quand bien même la profession de juriste d'entreprise ne serait pas harmonisée au niveau européen, la correspondance des avocats reçoit une protection uniforme dans toute l'UE, alors que cette profession n'est pas uniformisée et que d'énormes disparités peuvent être constatées entre, par exemple, la Belgique (où il faut accomplir trois ans de stage au barreau) et l'Espagne (où les étudiants sortant de l'université peuvent demander le titre d'avocat).

Enfin, notre quatrième argument soutient que la différence de traitement dans la confidentialité de la correspondance est d'autant plus critiquable que le Traité de Lisbonne a ouvert la porte à la ratification, par l'UE, de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cette Convention accorde le bénéfice du secret des correspondances aux courriers interceptés dans le cadre d'activités professionnelles ou en provenance de locaux professionnels (CEDH, 25 mars 1998, aff. 23224/94, *Kopp c/ Suisse*, pt. 50, Rec. CEDH, II, p. 539).

Ainsi, il n'apparaît plus justifié de maintenir une distinction artificielle protégeant les travaux de l'avocat, mais non ceux du juriste d'entreprise. Tous deux respirent en effet le même air : ils agissent comme conseil et orientent leur client sur les choix à faire au regard de la loi. Plus qu'une différence de nature entre les deux professions, c'est un manque de cohérence qui justifie de s'écarter de la solution *AM&S*.

#### B. – La définition du marché des logiciels

L'application des règles de concurrence passe par une définition rigoureuse du marché pertinent, tant au niveau des produits, de son étendue géographique, que de ses limites temporelles.

La définition du marché pertinent a constitué une pierre d'achoppement entre les parties. Les plaignants tentèrent de réduire celui-ci à une dimension nationale, centrée sur les produits de L-I. Ce raisonnement ne pouvait être suivi car il aurait eu pour conséquence de créer une situation favorable aux fau-xpositifs. En effet, retenir une approche où tout produit réalisé par un fabricant de logiciel constituerait un marché propre placerait, à tort, le fabricant de logiciels en position dominante sur le marché de la vente de ses propres logiciels. Nous avons dès lors défendu l'existence d'un

marché mondial de la vente en gros de logiciels informatiques à destination des distributeurs professionnels (distribution physique et en ligne), tirant argument du fait que le marché des logiciels est un marché large, composé de produits caractérisés par un fort degré de substituable tant du côté de la demande (possibilité d'arbitrages), que de l'offre (multiplicité de logiciels proposant les mêmes fonctionnalités). Le commerce en ligne justifie qu'une assise internationale soit reconnue au marché pertinent. Enfin, l'obsolescence rapide des logiciels, la nature cyclique des marchés de la nouvelle économie et l'apparition régulière de produits rivaux constituent une pression concurrentielle supplémentaire de nature à étendre les frontières du marché pertinent.

### C. – Absence de prix de revente imposé

#### 1°) L'exclusion d'un seul distributeur d'un réseau international ne peut constituer la preuve d'une police des prix

D-I soutient que les conditions de distribution établies par L-I impliquent la fixation d'un prix de revente imposé, et que son exclusion témoigne de l'effectivité du contrôle des prix effectué par L-I.

Cet argumentaire ne pouvait raisonnablement être soutenu. Nous avons avancé deux arguments en défense de notre position. Tout d'abord, parce que L-I est à la tête d'un réseau de distribution qui couvre quatre pays et dont les produits sont accessibles, *via* Internet, depuis le monde entier. À ce titre, L-I entretient donc des relations économiques et commerciales complexes avec des nombreux distributeurs, répartis dans ces différents pays. Ensuite, parce que la mise à l'écart de D-I est la seule qui soit intervenue depuis l'adoption du Manuel, soit en plus de trois ans. Il paraissait ainsi difficilement concevable que l'unique exclusion survenue en trois ans, dans un réseau de distribution de taille internationale, puisse constituer la manifestation d'une police des prix.

La jurisprudence *Bayer* soutient ce point de vue, elle qui a arrêté qu'une police des prix emprunte les traits d'une « *politique systématique* [et répétitive] *de surveillance de la destination finale* [des produits], *l'application d'une politique de menaces et de sanctions à l'égard de [plusieurs] détaillants, voire la subordination des [ventes de produits] au respect du contrat de distribution* » (CJCE, 6 janv. 2004, aff. C-2/014 P et C-3/01 P, Bundesverband c/ Bayer, Rec. CJCE, I, p. 23.). Ce qui s'écarte, en

tous points, du comportement adopté par L-I.

#### 2°) Latitudes accordées dans la définition du prix de revente

En outre, les distributeurs conservaient une pleine et entière liberté quant à la fixation du prix de revente final. En adoptant son Manuel, L-I n'avait d'ailleurs d'autre volonté que d'instaurer une clause de prix conseillé. À cet égard, il convient de rappeler que le règlement d'exemption par catégorie (art. 4, a)), qui interdit la fixation d'un prix de revente, prévoit expressément la « *possibilité pour le fournisseur de recommander un prix de vente* ». C'est en ayant bien conscience des limites de cette disposition que L-I introduisit, dans le contrat de distribution, un mécanisme souple énonçant que les distributeurs « s'engagent à respecter (...) dans la mesure du possible (...) des prix publics conseillés (...) en particulier lorsque les produits sont vendus sur Internet ». Cette disposition, rédigée en termes larges, s'opposait à ce que la modification apportée au contrat-cadre de distribution soit considérée comme la fixation d'un prix de revente.

Sur la base de ces éléments, la clause ne pouvait pas être considérée comme une restriction caractérisée de la concurrence. Combiné au fait que la part de marché de L-I était manifestement inférieure à 30 % du marché des logiciels, le contrat de distribution de L-I devait pouvoir bénéficier d'une exemption par catégorie.

#### 3°) À titre subsidiaire : un prix de revente conseillé est nécessaire à la préservation des investissements dans la vente physique

Nous avons insisté sur le fait que les conditions de distribution définies par L-I poursuivent des objectifs légitimes, avalisés par le droit de la concurrence. Premièrement, L-I est intervenu afin de s'assurer que ses détaillants accordent une attention particulière aux services périphériques à la vente, desquels les consommateurs sont particulièrement demandeurs s'agissant de logiciels. Il est constant en effet que la concurrence ne s'exerce pas uniquement sur les prix, mais porte également sur la qualité des services fournis aux consommateurs. Typiquement, dans le cas de produits complexes tels que les logiciels, « *la marge supplémentaire offerte par [la clause de prix conseillé] est de nature à permettre aux détaillants de fournir des services additionnels à la vente* » (nouvelles lignes directrices, § 225). Dans le cas des produits vendus par L-I, nous avons identifié

différents services, qui prennent la forme de services avant et après-vente : octroi de conseils relatifs aux fonctionnalités du produit, à ses caractéristiques techniques, informations relatives à la compatibilité ou aux risques de conflits du logiciel avec d'autres programmes, et autres supports directs pour l'actualisation des logiciels. Des bornes d'essais en magasin peuvent également être mises à la disposition des consommateurs. Deuxièmement, L-I a souhaité préserver les points de vente physiques du parasitisme des points de vente en ligne. Les consommateurs ont compris depuis longtemps qu'ils avaient la possibilité de se renseigner en boutique avant de faire leurs achats en ligne à un prix réduit. L-I est donc intervenu afin d'éviter que les vendeurs en ligne ne profitent des investissements réalisés par ceux des distributeurs qui ont fait le choix d'investir dans un point de vente physique, en pratiquant des prix plus bas et attirant ainsi la majeure partie de la clientèle. La prise en compte de cette préoccupation a également été avalisée par les nouvelles lignes directrices (§ 225).

### D. – L'encadrement de la vente en ligne

La deuxième modification apportée au contrat de distribution consiste en l'encadrement de la vente en ligne. Le règlement d'exemption sur les restrictions verticales s'oppose à ce qu'un fournisseur impose à ses distributeurs une interdiction totale de vendre ses produits en ligne. Ce que ne constituent pas les mécanismes contractuels instaurés par L-I qui visent, au contraire, à articuler les relations devant exister entre vente en ligne et vente physique (art. 4, c)). Nous nous proposons de passer en revue ces différentes clauses.

#### 1°) Les justifications aux restrictions posées à la vente en ligne

Tout d'abord, l'accord conclu par L-I impose aux membres du réseau de distribution sélective de disposer d'un magasin de 30 m<sup>2</sup>. La possibilité pour le fournisseur « *d'exiger de ses distributeurs, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution, qu'ils disposent d'un point de vente physique* » est en phase avec l'affaire YSL de la Commission européenne (Communiqué Comm. CE n° IP/01/713, 17 mai 2001), et a été consacrée par les nouvelles lignes directrices (§ 54). À cet égard, la fixation d'une taille minimale de 30 m<sup>2</sup> – une taille déjà fort réduite – a pour but d'éviter l'ouverture d'un point de vente physique *pro-forma*,

qui ne servirait qu'à vendre sur Internet sans investissements corrélatifs dans le service aux consommateurs.

L'accord prévoit ensuite une période d'exclusivité de six mois pour les points de vente physiques. Cette limitation temporelle imposée à la vente en ligne a pour objet d'asseoir une stratégie commerciale de lancement d'un produit dans les points de vente physiques, en plus de protéger les incitations des détaillants à innover, investir et prodiguer des services complémentaires à la vente. À titre de comparaison, une période d'exclusivité d'un an au profit des distributeurs physiques d'un nouveau produit a été validée par la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 4<sup>e</sup> ch., sect. B, 18 avr. 2008, n° 07/04360, PMC distrib. c/ SAS). De même, les nouvelles lignes directrices considèrent, dans le cas de la distribution exclusive, qu'est permise la fixation d'une période de restrictions des ventes passives de deux ans, lorsque ces restrictions sont nécessaires pour la récupération des investissements engagés en vue de la pénétration d'un nouveau marché ou le lancement d'une nouvelle marque (§ 60). Par analogie, une période d'exclusivité de six mois, dans la distribution sélective, afin de protéger les investissements réalisés en vue de la commercialisation d'un nouveau produit, ne peut pas être considérée comme disproportionnée au but poursuivi. Il est d'ailleurs utile de préciser que cette exclusivité n'est pas systématique, puisque le contrat de distribution énonce que la « *commercialisation de nouveau produit peut être réservée aux points de vente physiques* ».

L'accord prévoit encore que la vente en ligne doit être l'accessoire de la vente en dur. Cette clause introduite par L-I reflète l'idée que la vente en ligne doit constituer un complément à la vente physique, sous peine d'entraîner la disparition de cette dernière (Cons. conc., déc. n° 08-D-25, 29 oct. 2008, pt. 76). Ce faisant, cette clause se conforme au prescrit de la Cour d'appel de Paris, qui a validé la limitation de la vente en ligne de manière à ce que celle-ci « *n'intervienne qu'en complément d'un point de vente physique* » (CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. H, 16 oct. 2007, n° RG : 2006/17900, Bijourama/Festina). L'objectif est double : éviter le parasitisme d'un *pure player*, et assurer une vente respectueuse de l'image de marque et de sérieux du produit.

L'accord requiert également que figurent, sur le site Internet, différentes indications visant à assurer l'image de marque du produit. Cette pratique a été confirmée par les nouvelles lignes directrices, qui prévoient que « *le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site Internet, comme il*

*le ferait pour un catalogue* » (§ 54). À cet égard, il est courant que les catalogues distribués en toute-boîte contiennent les mentions telles que « *rendez-vous dans un de nos magasins* » ou autres, invitant le consommateur à se rendre dans les locaux du détaillant. Cette approche respecte les principes d'équivalence et de proportionnalité entre la vente physique et en ligne, telles qu'exigées par les lignes directrices (§ 51), et a été validée par l'Autorité de la concurrence (Cons. conc., n° 07-D-07, 8 mars 2007, Lierac, pt. 116).

Enfin, l'accord limite le nombre de produits pouvant être vendus en une fois sur Internet. Cette dernière particularité est encore conforme à la décision *Lierac* de l'Autorité de la concurrence (pt. 113), ainsi qu'aux nouvelles lignes directrices (§ 56). Une telle limitation a pour but d'éviter que ne se développe un commerce parallèle des produits et qu'un revendeur ne se fournisse sur Internet en produits réservés aux seuls membres du réseau de distribution sélectif.

En vérité,  
les distributeurs  
ne fournissent jamais  
ou rarement d'assistance  
en ligne.

### 2°) La protection contre le parasitisme, préoccupation justifiée sur le marché des logiciels, et validée par la théorie économique

Dans ses répliques, D-I défend la thèse selon laquelle les distributeurs en ligne fournissaient eux aussi des services aux consommateurs, en énumérant quantité de services prétendument offerts par les vendeurs en ligne : vidéos d'initiation, logiciels d'essai, foire aux questions, etc. La gratuité de ces informations disqualifie, selon lui, la mise en place de mécanismes tendant à privilégier la vente en dur.

Force est cependant de constater qu'il n'en est rien. C'est justement l'inverse car, dans tous les exemples fournis, les services d'assistance en ligne ne sont pas fournis par les distributeurs, mais par les fabricants de logiciel. Les illustrations peuvent être multipliées : eBay ne tournera jamais une vidéo d'initiation pour le dernier programme d'Apple qu'il propose à la vente, mais préférera mettre un lien vers une vidéo mise en ligne par Apple ; la Fnac ne réparera pas les problèmes qui pourraient surgir lors de

l'utilisation de Photoshop, c'est Adobe qui fournira une solution ; Amazon ne créera pas non plus une version d'essai d'Office, c'est Microsoft qui le fera.

En vérité, les distributeurs ne fournissent jamais ou rarement d'assistance en ligne. Ils n'effectuent aucun effort financier et c'est la raison pour laquelle il est primordial de préserver les investissements de ceux qui investissent dans de tels services, tel L-I. Que ce soit sur son site Internet, dans les locaux de ses détaillants *via* un conseil personnalisé au client ou *via* la mise à disposition de bornes d'essais. Cela permet d'ailleurs au consommateur qui se rend en magasin de se voir présenter les offres complémentaires éventuellement disponibles. Une telle configuration commerciale permet d'augmenter les quantités vendues, et de répartir les coûts fixes exposés pour la présentation du point de vente sur un plus grand nombre de produits vendus. Par ailleurs, l'argument tiré de l'absence ou, à tout le moins, de la réduction des coûts de la vente en ligne doit être modéré. Les services au consommateur mentionnés (FAQ, assistance en ligne), la création et la gestion des sites Internet, ainsi que la lutte contre le piratage sont autant de coûts que le distributeur en ligne doit supporter. En outre, la vente par correspondance impose bien souvent aux distributeurs d'offrir à leurs clients la possibilité de livrer les logiciels dans des points-relais (Amazon, < [www.amazon.fr/gp/help/customer/display.html/ref=hp\\_bc\\_nav?ie=UTF8&nodeId=200364600](http://www.amazon.fr/gp/help/customer/display.html/ref=hp_bc_nav?ie=UTF8&nodeId=200364600) >). Ces différents postes constituent autant de frais et de coûts de transaction devant *in fine* être répercutés sur le consommateur.

### 3°) Les enseignements de l'économie comportementale : le consommateur n'agit pas de manière rationnelle

Par ailleurs, quand bien même toutes les informations utiles seraient accessibles en ligne, et toutes les démarches pourraient se faire *via* Internet, il n'est pas garanti que le consommateur adapte son comportement en conséquence. Les consommateurs constituent un groupe hétérogène, et tous n'éprouvent pas les mêmes facilités ou n'accordent pas la même confiance à Internet et à la vente en ligne. Ce sentiment de méfiance est renforcé par les dangers inhérents d'Internet comme par exemple la vente de logiciels piratés (< [www.microsoft.com/belux/fr/piracy/softwarepiracy.mspx](http://www.microsoft.com/belux/fr/piracy/softwarepiracy.mspx) >) et le vol d'identité (< [www.observeurocde.org/news/fullstory.php/aid/2149/Vol\\_d%27identit%C3%A9\\_en\\_ligne.html](http://www.observeurocde.org/news/fullstory.php/aid/2149/Vol_d%27identit%C3%A9_en_ligne.html) >). Cette méfiance est confortée par les travaux de l'économie comportementale (Simon H., Models of bounded rationality : Behavioral

economics and business organization, vol. 1 et 2, The MIT Press, 1982) dont le principal enseignement est que les individus n'agissent pas de manière rationnelle. Au contraire, l'être humain adopte généralement un comportement simple et fait montre d'une certaine aversion à prendre des risques. Par ailleurs, plusieurs barrières se dressent entre lui et un comportement pleinement rationnel, telles notamment des difficultés d'accès à l'information et de compréhension de celle-ci. Ces deux barrières s'avèrent particulièrement pertinentes dans l'univers virtuel, face auquel le consommateur montre encore une réticence certaine.

## CONCLUSION

Plus qu'un problème de concurrence, c'est un problème d'instrumentalisation du droit de la concurrence qui est soulevé. Visiblement malheureux d'avoir été écarté du réseau de distribution de L-I, et profitant des plaintes déposées par des concurrents, D-I a cherché à utiliser le droit de la concurrence afin d'obtenir sa réintégration dans le réseau de L-I. Nous avons ainsi demandé à l'Autorité de la concurrence de déclarer (i) couverts par le *legal privilege* les deux documents saisis par la Commission lors de son enquête ; (ii) que le marché pertinent

sur lequel opère L-I est le marché mondial des logiciels ; (iii) que le contrat de distribution sélective, en ce qu'il comprend des clauses relatives à la vente en ligne et des clauses relatives aux prix est exempté dans son ensemble par le règlement n° 2790/99 ; (iv) qu'en tout état de cause, les conditions d'une exemption individuelle au regard de l'article 101 (3) TFUE sont satisfaites ; (v) que L-I ne détient pas de position dominante sur le marché pertinent et, *a fortiori*, n'en abuse nullement. Lors de l'audience du 14 juin 2010, l'Autorité de la concurrence rejettera la plainte de D-I pour défaut de fondement. ♦

Les plaidoiries finales se sont déroulées à l'Autorité de la concurrence le lundi 14 juin 2010 devant un Jury simulé composé de :

- Bruno Lasserre, Président de l'Autorité de la concurrence, Président du Jury
- Éric Barbier de la Serre, Avocat, Latham & Watkins
- Sylvaine Poillot-Peruzzetto, Agrégée des Facultés de droit, Professeur à l'Université des Sciences sociales de Toulouse I
- Jacqueline Riffault-Silk, Conseiller à la Cour de cassation
- Carol Xueref, Directrice des affaires juridiques et du développement de la société Essilor International SA, membre du Collège de l'Autorité de la concurrence



## CONCOURS LAMY DE LA CONCURRENCE 2011

### Audience finale le 8 juin 2011 à la Cour d'appel de Paris

La deuxième édition du Concours Lamy de la concurrence est lancée.

Les plaidoiries finales se dérouleront dans la salle de la première chambre de la Cour d'appel de Paris le 8 juin 2011 devant un Jury composé de :

- **Thierry Fossier**, Président de la chambre de la Régulation économique de la Cour d'appel de Paris, Président du Jury, édition 2011
- **Martine Béhar-Touchais**, Professeur à l'Université Paris Descartes (Paris V), Directeur du Centre de Droit des affaires et de gestion (CEDAG), Ancien membre du collège du Conseil de la concurrence
- **Johanne Peyre**, Head of Antitrust Europe, Michelin
- **Robert Saint-Esteben**, Avocat à la Cour, Bredin Prat
- **Daniel Tricot**, Agrégé des Facultés de droit, Arbitre et médiateur en affaires, Président honoraire de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

L'équipe gagnante recevra une offre de stage pour chacun de ses membres titulaires au sein du Cabinet Bredin Prat et dans l'entreprise Michelin, ainsi qu'un ouvrage de son choix issu du catalogue Lamy.

Les membres des deux équipes finalistes recevront en outre un abonnement à la *Revue Lamy de la concurrence* d'une durée d'un an et un spécimen du *Lamy Droit économique*.

Les résultats du concours et les plaidoiries finales seront publiés à la *Revue Lamy de la concurrence*.

### ATTENTION ! Clôture des inscriptions le 25 février 2011 à minuit

Pour de plus amples renseignements, consultez le site des Éditions Lamy [www.wkf.fr](http://www.wkf.fr) ; contact : [concoursconcurrence@lamy.fr](mailto:concoursconcurrence@lamy.fr).

### SUJET

La société EMBALLBIO est une SA de droit français dont le siège est à Grenoble. Elle se présente comme le leader européen des emballages biodégradables pour denrées alimentaires. Elle a conclu en janvier 2003 un contrat de distribution sélective avec la société DISTRIBIO, SPRL de droit belge dont le siège est à Liège. Cette dernière société assure seule la distribution pour le Benelux des emballages considérés.

Les principales clauses sont rédigées comme suit (extrait du contrat) :

#### « ARTICLE 3 – Durée

*Le présent Contrat prendra effet à sa date de signature et demeurera en vigueur pour une durée de 5 (cinq) ans renouvelable par tacite reconduction de même période avec préavis d'un an,*

#### ARTICLE 4 – Non-concurrence

*DISTRIBIO s'engage à ne pas prospecter ni vendre, directement ou indirectement, à la clientèle des « grands comptes » listée en annexe 1 qui seront livrés directement par EMBALLBIO.*

#### Article 5 – Internet

*La vente en ligne est autorisée ; néanmoins, DISTRIBIO devra soumettre son site à EMBALLBIO pour approbation avant sa mise en service. DISTRIBIO s'engage à renvoyer à EMBALLBIO toute commande en ligne émanant d'un client « Grand compte » figurant sur la liste de l'Annexe 1.*

#### ARTICLE 6 – Prix

*6.1. Pour tenir compte de la perspective d'évolution très rapide du secteur, les tarifs et les quotations des clients de DISTRIBIO seront établis d'un commun accord pour la durée du Contrat. En cas de désaccord entre les Parties, le comité défini ci-après sera chargé de résoudre ledit désaccord.*

*6.1. Un comité composé deux représentants de chaque partie se réunira au moins une fois par semestre, pour faire le point sur la mise en œuvre du présent accord.*

#### ARTICLE 8 – Indivisibilité

*Il est expressément convenu que les conditions générales de chacune des Parties sont déclarées inapplicables et ne constituent pas un document contractuel.*

*Ainsi les dispositions contenues aux présentes constituent l'intégralité de l'accord intervenu entre les Parties et aucune autre disposition écrite ou verbale ne saurait être intégrée, les présentes ne pouvant être modifiées que par voie d'avenant dûment signé par les représentants dûment habilités des Parties. »*

La loi applicable au contrat n'est pas prévue par les parties et il ne comporte pas non plus de clause attributive de compétence juridictionnelle. Néanmoins, au dos de ses factures figure la clause suivante :

« Attribution de compétence

*Tout différend entre les Parties concernant la validité, l'interprétation, l'exécution ou la cessation des présentes sera réglé préférentiellement à l'amiable.*

*À défaut d'accord amiable ou de volonté de s'entendre préalablement, le Tribunal de Commerce de Grenoble, France, a une compétence exclusive pour connaître de tout litige survenant dans la validation, l'exécution, l'interprétation ou la cessation de toutes questions soulevées relativement à la présente et ce y compris en cas de procédure de référé, d'appel en garantie et de pluralité de défendeurs »*

En septembre 2010, la société EMBALLBIO annonce à la société DISTRIBIO son souhait de mettre un terme au contrat en raison de la volonté qui est la sienne de réorganiser son réseau de distribution en Europe. Elle propose en ce sens d'indemniser la société DISTRIBIO sur une base forfaitaire de 4 mois de marge brute calculée à partir du chiffre d'affaires moyen des trois dernières années.

Un accord n'est pas trouvé, la société DISTRIBIO décide d'assigner, le plus tôt possible, la société EMBALLBIO devant le Tribunal de Commerce de Paris, où la société EMBALLBIO possède une succursale, sur le fondement de la rupture abusive et brutale de relations commerciales établies. Elle estime avoir droit, à ce titre, à une année de chiffre d'affaires.

## CALENDRIER DU CONCOURS

Vous rédigerez les écritures de la procédure (le caractère oral de la procédure devant le tribunal de commerce n'est pas pris en compte) selon le calendrier de concours suivant :

25/02/2011 : Date limite du dépôt des dossiers d'inscription contenant l'assignation ; (par dérogation au règlement général 15 pages maximum) ;

04/03/2011 : Annonce des résultats de la sélection des 8 équipes retenues ;

21/03/2011 : Date limite de dépôt des conclusions en défense ;

08/04/2011 : Annonce des résultats de la sélection des 6 équipes retenues ;

18/04/2011 : Date limite de dépôt des conclusions en réplique ;

29/04/2011 : Annonce des résultats de la sélection des 4 équipes retenues ;

16/05/2011 : Date limite de dépôt des conclusions en duplique ;

23/05/2011 : Annonce des 2 équipes finalistes ;

08/06/2011 : Plaidoiries finales