

Condamnation des « dérogations tarifaires » accordées par un fournisseur au client final de son distributeur pour imposition des prix de revente

Autorité de la concurrence, Décision n° 24-D-09, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du matériel électrique basse tension

Faits

Les contrats-cadres annuels conclus entre les sociétés Schneider Electric et Legrand et leurs distributeurs Rexel et Sonepar contenaient la possibilité pour le fournisseur d'accorder à son distributeur des « dérogations » s'entendant comme une remise sur le prix d'achat standard, concédée par le fabricant au distributeur pour que celui-ci puisse répondre à la demande de clients.

Ces dérogations tarifaires pouvaient être ponctuelles pour une affaire, ou de longue durée pour un client donné. Elles pouvaient être demandées :

- par le client final, dans ce cas, le fabricant négocie directement un nouveau tarif avec le client final, sans que le distributeur prenne part à la discussion. Ce dernier obtient alors un avoir venant en déduction du prix d'achat standard.
- par le distributeur, lorsque celui-ci souhaite se positionner sur une affaire spécifique sans que ses prix d'achat standards le lui permettent dans ce cas, le distributeur sollicite le fabricant pour obtenir une dérogation en vue d'offrir à son client des prix compétitifs. Le distributeur communique au fabricant des informations sur l'affaire pour laquelle il souhaite obtenir une dérogation, pouvant comporter le prix de revente des produits au client final et/ou la marge qu'il souhaite obtenir sur la revente de ces produits. Le fabricant peut contacter le client final, afin de vérifier les informations communiquées par le distributeur et décider de l'opportunité d'octroyer ou non une dérogation, voire, s'il estime que les prix de revente sont trop bas, reprendre en direct les relations avec le client du distributeur.

En avril 2018, un rapport adressé au procureur de la République de Paris par le rapporteur général de l'Autorité a signalé l'existence de pratiques anticoncurrentielles, s'appuyant sur des éléments transmis par des lanceurs d'alerte et l'Agence française anticorruption. Une information judiciaire a été ouverte, suivie de perquisitions dans les locaux des entreprises concernées.

Les services d'instruction ont notifié aux parties deux ententes ayant pour objet des pratiques d'imposition des prix de revente.

Problème

Les pratiques de dérogations tarifaires constituent-elles des pratiques anticoncurrentielles illicites d'imposition des prix de revente ?

Solution

L'Autorité a infligé des amendes totalisant 470 millions d'euros, réparties entre les différentes entreprises, pour sanctionner ces ententes anticoncurrentielles.

Sur l'accord de volonté, :

Le simple alignement de distributeurs sur des prix présentés comme conseillés ou maximaux ne suffit pas à caractériser une entente verticale sur les prix, en l'absence d'une invitation des fournisseurs. [...] En revanche, [...] il ne ressort nullement des arrêts Apple de la cour d'appel de Paris et Super Bock Bebidas de la CJUE, que l'Autorité soit tenue de démontrer le caractère impératif des prix de revente ou la mise en œuvre d'une police des prix. Si de tels indices peuvent s'avérer décisifs en l'absence de preuves directes d'une entente, leur existence n'est pas impérativement requise par la jurisprudence (§ 454 à 456).

Sur les pratiques

« Si ni le système des dérogations dans son principe, ni les documents contractuels les encadrant ne constituent, en tant que tels, des accords de fixation des prix de revente, il ressort des pièces du dossier que la mise en œuvre concrète de ce système a pu se traduire par une fixation par le fournisseur des prix de vente accordés par le distributeur au client final, pratique qui a, constamment, été qualifiée de

restriction de concurrence par objet. Contrairement à ce que soutiennent les parties, l'absence de précédents français ou européens sanctionnant des accords de dérogations parfaitement identiques n'exclut pas la qualification de restriction de concurrence par objet, dès lors que ce n'est pas le système de dérogations en lui-même qui est condamnable, mais uniquement les modalités concrètes de sa mise en œuvre par les parties mises en cause. (§ 564-565)

« sur l'objectif des dérogations, de nombreux documents attestent que leur mise en œuvre avait pour finalité de maintenir des prix standards élevés en France en limitant la concurrence intra-marque et inter-marques et que les fournisseurs ont cherché à maintenir ce système, afin d'éviter une baisse trop importante des prix en France » (§567)

Analyse

La loi Macron du 6 août 2015 avait introduit dans la rigidité de la convention récapitulative de la négociation commerciale des souplesses au bénéfice des grossistes, dont le système des dérogations tarifaires aujourd'hui visé à l'article L 441-3-1 du Code de commerce.

La convention grossiste peut fixer *« Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, y compris les réductions de prix et, le cas échéant, les types de situation et les modalités selon lesquelles des conditions dérogatoires de l'opération de vente sont susceptibles d'être appliquées »*.

La présente décision de l'Autorité de la concurrence est riche d'enseignements pour exposer en quoi peuvent consister en pratique lesdites *« conditions dérogatoires »*. Ainsi, le principe selon lequel sur demande d'un client final ou du distributeur, le fournisseur accorde des conditions plus favorables au distributeur afin de lui permettre de *« décrocher »* un marché, après avoir négocié directement avec le client final, ne sont pas illicites en elles-mêmes, si leur mise en œuvre ne révèle pas en l'espèce une pratique de prix imposés.

Pour ce faire, ces *« conditions dérogatoires »* doivent établir des prix maxima de revente en deçà desquels le distributeur demeure libre de sa politique tarifaire. Mais qu'en est-il si *in fine* le distributeur applique spontanément les prix maxima sans aucune contrainte de la part du fournisseur ?

En théorie, l'imposition des prix ne serait pas qualifiée mais en pratique selon le standard de preuve retenu par l'Autorité le respect des prix spontanément par le distributeur pourrait entraîner la qualification de la pratique. En effet, en l'absence de preuves directes, comme c'était le cas en l'espèce, le standard de preuve par le faisceau d'indices en trois branches - évocation des prix par le fournisseur, police des prix mise en œuvre par le fournisseur et application significative des prix par le distributeur - qui avait été établi dans l'affaire des parfums et des jouets (CA Paris, 1^{re} ch. H, 28 janv. 2009, n° 2008/00255, Epse Joué Club : JurisData n° 2009-007882 ; CA Paris, Pôle 5, ch. 5-7, 26 janv. 2012, n° 2010/23945, p. 42 et 43), a été remis en cause par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *« Apple »*. La Cour avait ainsi jugé que *« si le mode de preuve le plus généralement utilisé du concours de volontés en matière d'entente verticale sur les prix s'articule autour de la réunion de trois indices, qualifiée de « faisceau à trois branches »[...] la preuve de ce concours de volontés peut également résulter d'autres indices, documentaires ou comportementaux, permettant d'établir, d'une part, l'invitation du fabricant, et d'autre part, l'acquiescement des distributeurs à la pratique litigieuse »* (Arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 octobre 2022, Apple, n° 20/08582, point 456, voir également CJUE Super Block Bebidas, 29 juin 2023, Super Bock, C-211/22, point 57).

Cependant, dans son arrêt *« Apple »*, la Cour d'Appel de Paris avait partiellement annulé la décision de l'Autorité de la concurrence qui avait condamné Apple et ses distributeurs pour imposition des prix de revente, considérant que : *« le faisceau d'indices sur lequel s'est fondé l'Autorité ne permet pas d'établir, sans équivoque, dans le contexte factuel, économique et juridique en cause, l'existence d'une recommandation de prix revêtant un caractère impératif, pour Apple comme pour l'ensemble de ses APR »* (§490). En l'espèce, l'Autorité a estimé que les documents et échanges émanant d'organes de gouvernance ou de représentants des parties identifiant un risque juridique d'imposition des prix de revente, contemporains des pratiques, suffisaient à établir l'existence d'une entente sur les prix. Elle a considéré que la démonstration de la mise en œuvre d'une police des prix par le fournisseur, n'était pas nécessaire.

Les parties avaient invoqué la nouvelle exception du contrat d'exécution visé par les lignes directrices sur les restrictions verticales (§ 193 des lignes directrices 2022/C 248/01) par lequel « *le fournisseur conclut un accord vertical avec un acheteur aux fins de l'exécution d'un contrat de fourniture conclu antérieurement entre le fournisseur et un client spécifique. Lorsque le fournisseur sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur n'est pas une pratique de prix de vente imposés. Dans ce cas, le prix de vente imposé dans le contrat d'exécution ne restreint pas la concurrence pour la fourniture des biens ou des services au client ni la concurrence pour la fourniture des services d'exécution. [...] En revanche, lorsque le client sélectionne l'entreprise qui fournira les services d'exécution, l'imposition d'un prix de vente par le fournisseur peut restreindre la concurrence pour la prestation des services d'exécution. Dans ce cas, l'imposition d'un prix de vente peut équivaloir à une pratique de prix de vente imposés* ».

L'Autorité n'a pas retenu cette exception estimant qu'en l'espèce « *les dérogations ne sont pas systématiquement accordées dans le cadre d'un accord conclu antérieurement entre le fournisseur et le client final* » mais également dans le cadre « *d'une affaire apportée par le distributeur* », et surtout que « *le client demeurerait libre de s'approvisionner auprès du distributeur de son choix* ».

L'élargissement du standard de preuve doit conduire les entreprises à la plus grande prudence dans leurs pratiques commerciales et tarifaires, en particulier lorsqu'une négociation tripartite s'instaure entre le fournisseur, son distributeur et le client final.

Enfin l'Autorité, applique la jurisprudence de la CJUE dans l'arrêt *Super Block Bebidas*, et procède à une analyse de l'accord au regard de sa teneur, ses objectifs, du contexte économique et juridique dans lequel il s'insère,

Un recours est à attendre dans cette décision, ainsi que les jugements qui seront adoptés dans le cadre du volet pénal de l'affaire.