

# Les recommandations de prix en droit de la concurrence : le temps de l'approche économique est-il arrivé ?

par

EVELYNE CLERC\*

Si le temps a joué un rôle en droit de la concurrence, c'est dans le sens d'une «révolution de velours» qui s'est traduite par l'abandon de la camisole de force des interdictions au profit d'une approche plus économique des restrictions de concurrence. Cette évolution trouve son origine dans le droit antitrust américain. Elle est suivie avec un certain décalage dans le droit européen de la concurrence, et se reflète également dans le droit suisse. Mieux qu'une comparaison dogmatique des buts assignés à la concurrence par l'école de Chicago et celle de Harvard<sup>1</sup> ainsi que par l'ordo-libéralisme allemand<sup>2</sup>, le sort réservé aux prix recommandés dans les droits de concurrence américain, européen et suisse est révélateur de cette évolution.

## I. Abandon américain de l'interdiction *per se*

Leegin, un fabricant de vêtements féminins et accessoires en cuir de la marque Brighton, refusait de vendre ses produits aux détaillants qui pratiquaient des prix inférieurs aux prix recommandés. Il justifiait cette politique de prix par la volonté de ne vendre ses produits que par le biais de boutiques spécialisées, à l'exclusion des grands distributeurs. Le prix de revente minimum assurait aux détaillants une marge suffisante pour offrir aux clients un service de qualité qui faisait partie intégrante de la réputation de la marque Brighton. La boutique texane PSKS distribuait des vêtements féminins de plusieurs marques. Après sept ans de relations contractuelles fructueuses, où PSKS réalisait 40 à 50% de son bénéfice grâce à la marque Brighton, cette boutique pratiqua des rabais de prix sur toute la ligne des

---

\* Professeur à l'Université de Neuchâtel. Les opinions exprimées dans la présente contribution n'engagent que leur auteur.

1 Voir notamment KOVACIC/SHAPIRO, p. 43 ss ; KOVACIC, p. 1 ss.

2 KORAH, p. 103 s. ; GERBER.

produits Brighton, afin de rester concurrentielle par rapport à d'autres distributeurs qui ne respectaient pas non plus les prix recommandés par Leegin. Après une mise en demeure, Leegin cessa ses fournitures à PSKS qui agit en justice en invoquant, notamment, une violation de la Section 1 du Sherman Act.

Dans un arrêt de principe *Leegin*<sup>3</sup>, du 28 juin 2007, la Cour suprême américaine renversa l'interdiction *per se* des prix de revente établie depuis 1911 par la jurisprudence *Dr. Miles*<sup>4</sup>. En conséquence, l'examen des restrictions de concurrence dans les accords de distribution est désormais entièrement soumis à la *rule of reason*. Ce revirement est justifié par le bilan concurrentiel incertain des clauses de fixation d'un prix de revente (RPM – *resale price maintenance*) dans les accords de distribution. Il s'inscrit dans un courant jurisprudentiel qui a progressivement restreint les interdictions *per se* en matière d'accords de distribution et répond enfin au souci d'éviter les «erreurs de type I», à savoir la condamnation injustifiée et contre-productive de pratiques qualifiées à tort d'anti-concurrentielles.

### A. Bilan concurrentiel ambivalent des clauses de fixation d'un prix de revente

La Cour suprême a passé en revue la littérature, observant que les clauses RPM, bien qu'elles présentent certains effets anti-concurrentiels, ont le plus souvent des effets favorables pour la concurrence.

#### 1. Effets pro-concurrentiels

La littérature économique cite de nombreuses justifications pro-compétitives aux prix de revente fixes ou recommandés. En premier lieu, les clauses RPM réduisent la concurrence intra-marque sur les prix entre les détaillants. Etant assurés d'une marge de profit suffisante et ne pouvant pas se concurrencer sur les prix, les distributeurs d'une même marque sont incités à investir dans des efforts de promotion ou de qualité du service offert sur le point de vente (conseil, démonstration) afin d'attirer les clients et d'augmenter leur chiffre d'affaires. De tels efforts contribuent à leur tour à augmenter les ventes du fabricant, ce qui améliore la position et les parts de marché de celui-ci par rapport aux fabricants de produits concurrents. Or, la promotion de la concurrence inter-marques est le but premier du droit antitrust américain<sup>5</sup>, car elle est le principal facteur susceptible d'engendrer des baisses de prix pour les consommateurs ou l'innovation par l'apparition de nouveaux produits. Les clients bénéficient aussi d'une panoplie de choix plus grande, s'étalant des produits à bas prix et à services supplémentaires réduits, d'une part,

3 *Leegin Creative Leather Prods. v. PSKS, Inc.*, 127 S. Ct. 2705 (2007) (ci-après : *Leegin*).

4 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373, 31 S. Ct. 376 (1911).

5 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, p. 15, 118 S. Ct. 275 (1997); *Leegin, supra*, p. 2715.

jusqu'aux produits de marques pratiquant des prix élevés accompagnés de services annexes très développés (conseil, marketing, etc.), d'autre part. Les clauses RPM sont particulièrement importantes pour faciliter l'entrée d'un nouveau produit, ou celle d'un produit existant sur un nouveau marché. En étant assurés d'une marge suffisante, les distributeurs seront plus disposés à investir suffisamment pour faire connaître une nouvelle marque aux consommateurs<sup>6</sup>.

En l'absence d'un prix de revente fixe, certains services susceptibles d'augmenter la concurrence inter-marques pourraient ne plus être fournis, en raison du risque de parasitisme (*free riding*) par les discounters. Les consommateurs peuvent obtenir des informations sur le produit du fabricant auprès d'un détaillant spécialisé employant un personnel qualifié et offrant un service de conseil, mais acheter ensuite ce produit auprès d'un autre détaillant qui ne fournit pas les mêmes services mais dont les prix sont plus avantageux. Faute de clause RPM, le détaillant spécialisé sera contraint de limiter ses services afin d'abaisser ses coûts, et ses prix de vente<sup>7</sup>.

La garantie d'une marge par le biais d'un prix de revente fixe est une méthode plus efficace que la stipulation, dans le contrat de distribution, des services spécifiques que le détaillant doit assurer. Elle laisse chaque distributeur libre quant au choix du type de service le mieux adapté à sa clientèle et lui permet aussi de tenter de nouvelles formes de services ou de publicité<sup>8</sup>.

Généralement, les producteurs et les consommateurs ont un intérêt commun à éviter un profit excessif des distributeurs. Un prix de revente trop élevé bénéficie au distributeur, qui accroît sa marge bénéficiaire, mais il nuit souvent au producteur dont la part de marché baisse sous l'effet de la concurrence inter-marques, les consommateurs substituant un produit d'une autre marque, moins cher, à celui du producteur<sup>9</sup>.

## 2. Effets anti-concurrentiels

La fixation d'un prix de revente par le fabricant réduit la concurrence intra-marque entre distributeurs, c.-à-d. entre les distributeurs d'une même marque. En encourageant les détaillants à substituer une concurrence sur les services à la concurrence sur les prix, la clause RPM augmente les coûts de distribution générés par des services supplémentaires offerts à des consommateurs qui ne les souhaitent pas nécessairement. Il en résulte un obstacle à l'apparition d'autres formes de distribution offrant une concurrence sur les prix, qui sont souhaitées par les consommateurs dits infra-marginaux<sup>10</sup>.

6 *Leegin, supra*, p. 2715-16; POSNER (2001), p. 172 s.

7 *Leegin, supra*, p. 2715-16; XODIS, p. 145-147.

8 *Leegin, supra*, p. 2716; MATHEWSON/WINTER, p. 74 s.

9 *Leegin, supra*, p. 2718.

10 *Leegin, supra*, dissenting opinion, p. 2727; OCDE, Note de référence, p. 13.

Un prix de revente fixe peut faciliter un cartel (horizontal) de prix entre producteurs de produits concurrents : toute déviation au niveau du prix de vente au détail fixe fait présumer une tentative de tricherie par un des producteurs. Si le prix de revente reste fixe, l'incitation du producteur à dévier du prix de gros convenu dans le cartel disparaît en grande partie, car le rabais qu'il consentirait au distributeur augmenterait le profit de celui-ci ; faute de possibilité de répercussion sous la forme d'une baisse du prix de détail, ni la quantité vendue, ni le profit du producteur ne sont susceptibles d'augmenter. Le détaillant pourrait toutefois utiliser la marge supplémentaire ainsi obtenue pour promouvoir plus activement le produit du producteur déviant, ou le faire par d'autres manières que le prix<sup>11</sup>. Le risque qu'un prix de revente renforce un cartel de producteurs existe surtout sur des marchés concentrés<sup>12</sup>.

Un prix de revente fixe ou recommandé peut aussi faciliter un cartel de prix entre détaillants. En convainquant les producteurs de prévoir une clause RPM, les distributeurs limitent les contacts nécessaires à leur niveau pour l'établissement du cartel, et en conséquence le risque de détection<sup>13</sup>. Un tel danger au niveau de la distribution est limité lorsque les barrières à l'entrée sur le marché sont basses. En revanche, dans un marché de la distribution oligopolistique et où les barrières à l'accès sont plus importantes, un lien entre la fixation d'un prix de revente et une collusion oligopolistique est possible<sup>14</sup>.

Selon l'opinion dissidente dans l'affaire *Leegin*, une étude du *Department of Justice* démontre que, dans les Etats américains où les clauses RPM avaient été légalisées (jusqu'en 1975), les prix étaient 19 à 27% plus élevés que dans ceux où ces clauses étaient illégales<sup>15</sup>.

Enfin, la fixation de prix de revente peut s'inscrire dans une stratégie d'entrave poursuivie par un fournisseur ou par un distributeur disposant d'un important pouvoir de marché, visant à exclure les concurrents. Ainsi, un détaillant dominant ou plusieurs détaillants en situation d'oligopole peuvent contraindre un fournisseur à introduire des clauses RPM dans ses contrats de distribution afin rendre plus difficile l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents, comme les hard discounters. De même, un producteur dominant peut utiliser une stratégie de prix de revente afin d'inciter les distributeurs à ne pas vendre les produits de ses concurrents, augmentant ainsi les barrières à l'entrée pour ces derniers<sup>16</sup>.

---

11 *Leegin, supra*, p. 2716-17 ; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, p. 208 s.

12 XOUDIS, p. 174.

13 *Leegin, supra*, p. 2717 ; VAN DEN BERGH/CAMESASCA, p. 208 s.

14 VAN DEN BERGH/CAMESASCA, p. 209 ; XOUDIS, p. 175.

15 *Leegin, supra*, dissenting opinion, p. 2727-28.

16 *Leegin, supra*, p. 2717 ; AREEDA/HOVENKAMP, § 47.

## B. Evolution jurisprudentielle favorable aux accords de distribution

L'affaire *Leegin* s'inscrit dans l'avancée de la pensée économique qui a conduit les Etats-Unis à une réforme jurisprudentielle de l'analyse des restrictions verticales. L'évolution a suivi deux chemins. D'une part, la Cour suprême a progressivement abandonné l'approche juridique formaliste au profit d'une analyse des effets économiques démontrables des restrictions verticales. D'autre part, elle a interprété toujours plus strictement la notion d'entente, en qualifiant plusieurs formes de restrictions comme des mesures unilatérales du fournisseur, échappant *ipso facto* à la Section 1 du Sherman Act.

### 1. Prise en compte des effets économiques des restrictions verticales

En 1977, la Cour suprême a posé dans l'affaire *Sylvania* le principe selon lequel les restrictions de concurrence autres que celles concernant le prix ont pour vertu essentielle de promouvoir la concurrence inter-marques, celle-ci devant être privilégiée par rapport aux atteintes à la concurrence intra-marque. En conséquence, la Cour suprême abandonna l'approche *per se* au profit la *rule of reason* dans l'analyse des restrictions verticales autres que celles liées au prix<sup>17</sup>. En affirmant la primauté de la concurrence inter-marques, la jurisprudence américaine a déplacé l'œil de l'analyse antitrust de l'atteinte à la liberté d'action du distributeur vers l'atteinte à la concurrence<sup>18</sup>.

La Cour suprême s'est encore plus éloignée de la jurisprudence *Dr. Miles* en jugeant en 1997, dans l'affaire *Khan*, que les prix de revente maximum ne peuvent plus être interdits *per se*, mais doivent être évalués selon la *rule of reason*<sup>19</sup>. L'abandon du dernier bastion de l'ancienne approche, tenu par les clauses de prix de revente fixes, n'était alors plus qu'une question de temps, tant il est vrai que les justifications des restrictions verticales autres que celles concernant le prix (restrictions territoriales, sélection qualitative ou quantitative des fournisseurs) valent aussi pour les clauses RPM<sup>20</sup>. Le coup de grâce donné par l'arrêt *Leegin* était annoncé.

### 2. Interprétation stricte de la notion d'entente

Tant pour les accords horizontaux que verticaux, il est nécessaire d'établir un concours de volonté des parties, à savoir l'impossibilité que chaque entreprise ait pu agir indépendamment<sup>21</sup>. En l'absence de preuves directes d'une concertation, seules

17 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 97 S. Ct. 2548 (1977; ci-après : *Sylvania*), p. 2560.

18 *Sylvania*, *supra*, p. 2562; *Leegin*, *supra*, p. 2714; DAVID, p. 395.

19 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 118 S. Ct. 275 (1997).

20 *Leegin*, *supra*, p. 2715.

21 WERDEN, p. 752.

des preuves indirectes peuvent établir une entente entre le fournisseur et ses distributeurs. Le concours de volonté peut alors théoriquement être déduit soit d'un acquiescement tacite du distributeur, soit de l'acceptation des mesures de contrainte imposées par le fournisseur et visant à faire respecter le prix de revente «recommandé»<sup>22</sup>.

Déjà huit ans après la jurisprudence *Dr. Miles*, la Cour suprême en limitait la portée en interprétant strictement la notion d'entente<sup>23</sup>. Dans l'affaire *Colgate*, la Cour suprême indiquait en 1919 qu'un producteur peut indiquer «unilatéralement» un prix de revente recommandé et refuser de contracter avec un distributeur qui ne suit pas ce prix, ou résilier un contrat de distribution existant, tant qu'il n'y a pas d'entente<sup>24</sup>. Une recommandation de prix constitue une pratique unilatérale, soustraite comme telle au droit des ententes, puisque les distributeurs ne sont pas privés de leur indépendance quant au prix à pratiquer. Dans l'affaire *Monsanto*, la Cour suprême a exigé la démonstration que la demande du fabricant de respecter un prix recommandé et le respect de ce prix par le distributeur ne puissent résulter de décisions unilatérales indépendantes, mais soient basées sur une volonté commune<sup>25</sup>. Dans son arrêt *Business Electronics*, la Cour a encore réduit la portée de la jurisprudence *Dr. Miles* en excluant les cas ambigus. Si une pratique peut être unilatérale, il n'y a pas entente. L'interdiction *per se* est limitée aux seuls accords prévoyant un prix ou un niveau de prix, et ne s'étend pas aux accords stipulant l'exclusion du réseau des distributeurs qui ne respectent pas le prix<sup>26</sup>. Seule l'acceptation résultant d'une coercition permet de conclure à l'existence d'un concours de volonté, en établissant que la volonté du distributeur (de suivre le prix recommandé) a pour seule explication un accord avec le fournisseur<sup>27</sup>. Cette jurisprudence permet largement aux fournisseurs de pratiquer des «*suggested retail prices*» et nécessite par sa complexité l'assistance d'un avocat à toute discussion sur les prix entre producteur et distributeur.

### C. Prévalence du risque de «faux positif» sur la sécurité juridique

Au vu des effets économiques ambivalents des clauses RPM, dépendant essentiellement des circonstances de chaque cas d'espèce, le maintien de l'interdiction *per se* ne se justifiait plus. Une telle règle est réservée par la jurisprudence aux restrictions

22 DAVID, p. 401.

23 VAN DEN BERGH/CAMESASCA, p. 220.

24 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465 (1919), p. 307.

25 *Monsanto Co. v. Spray-Rite Service Corp.*, 465 U.S. 752, 104 S. Ct. 1464 (1984), p. 764.

26 *Business Electronics Corp. v. Sharp Electronics Corp.*, 485 U.S. 717, 108 S. Ct. 1515 (1988), p. 726-727, 735-736.

27 DAVID, p. 401-404.

qui ont « toujours ou presque toujours un effet anti-concurrentiel »<sup>28</sup>. Les seuls avantages résultant de la sécurité juridique et de la simplicité administrative ne constituent pas des arguments suffisants pour s'opposer au passage à une évaluation selon la *rule of reason*. Les « faux positifs », à savoir l'interdiction *a priori* de clauses de prix de revente fixe qualifiées à tort d'anti-concurrentielles, sont contre-productifs en ce qu'ils empêchent les effets pro-concurrentiels de comportements que le droit antitrust devrait au contraire encourager<sup>29</sup>.

#### D. Passage à la règle de raison

Si la Cour suprême a abandonné l'interdiction *per se* des prix de revente fixes, elle n'a pas opté pour la règle inverse d'une légalité *per se*, préconisée par certains auteurs liés à l'école de Chicago<sup>30</sup>. Elle a choisi une solution médiane en passant à l'analyse au cas par cas, tout en soulignant que les clauses RPM présentent effectivement certains dangers pour l'efficacité économique<sup>31</sup>. La Cour suggère dans l'arrêt *Leegin* certains facteurs à prendre en compte par les autorités de concurrence lors de l'analyse des effets sur la concurrence de la fixation des prix de revente.

Le premier facteur à considérer est celui du nombre de producteurs incluant une clause RPM dans leurs contrats de distribution et de leur part de marché cumulée. Lorsqu'un faible nombre de producteurs, ne détenant pas un pouvoir de marché significatif, adoptent une pratique de prix de revente, la probabilité d'un cartel de producteurs est faible, en raison de la pression concurrentielle des autres producteurs. Si une part importante du marché en cause est couverte par des accords de distribution incluant un prix de revente, les consommateurs sont privés du choix entre des produits à bas prix et d'autres accompagnés d'un haut niveau de services<sup>32</sup>. En deuxième lieu, il faut considérer la source de la clause RPM. Si cette restriction de concurrence trouve son origine dans une demande des distributeurs, la probabilité augmente que la restriction facilite un cartel de distributeur ou renforce un distributeur en position dominante<sup>33</sup>. Le troisième facteur cité en exemple par la Cour suprême est celui du pouvoir de marché éventuellement détenu par le producteur ou le distributeur. Faute de pouvoir de marché, une stratégie d'exclusion des concurrents, mise en œuvre par le biais d'un prix de

---

28 *Leegin, supra*, p. 2713: « restraints that would always or almost always tend to restrict competition and decrease output ».

29 *Leegin, supra*, p. 2718; EASTERBROOK, p. 158.

30 POSNER (1981), p. 6, 9, 23-26.

31 *Leegin, supra*, p. 2719. Dans le même sens, ELHAUGE analyse l'arrêt *Leegin* comme une consécration de la pensée antitrust de l'école de Harvard par la Cour suprême, alors que WRIGHT y voit au contraire l'influence grandissante de l'école de Chicago!

32 *Leegin, supra*, p. 2719.

33 *Leegin, supra*, p. 2719 s.; et *supra* I A 2.

revente élevé, a peu de chance de succès, car les autres fabricants trouveront facilement des canaux de distribution alternatifs, tandis que les distributeurs pourront aisément se fournir en produits concurrents<sup>34</sup>.

## II. Modernisation européenne

### A. L'approche plus économique

La révision des règles du droit de la concurrence européen opérée à la fin des années 1990 a accordé une place centrale à l'analyse économique et au bien-être des consommateurs :

« La protection de la concurrence est l'objectif premier de la politique de concurrence communautaire, car elle améliore le bien-être des consommateurs et permet une allocation efficace des ressources. Lorsqu'elle applique les règles de concurrence communautaires, la Commission adopte une approche économique fondée sur l'examen des effets produits sur le marché. Les accords verticaux doivent donc être analysés dans leur contexte juridique et économique »<sup>35</sup>.

La jurisprudence a concrétisé cette nouvelle approche plus économique en insistant particulièrement sur l'objectif de bien-être du consommateur :

« L'objectif assigné à l'article 81, paragraphe 1, CE, qui constitue une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur, est d'éviter que des entreprises, en restreignant la concurrence entre elles ou avec des tiers, réduisent le bien-être du consommateur final des produits en cause »<sup>36</sup>.

Toutefois, l'intégration des marchés reste un objectif qui, bien que subsidiaire, différencie le droit européen de la concurrence du droit antitrust américain :

« L'intégration des marchés constitue un objectif supplémentaire de la politique communautaire de concurrence. En effet, l'intégration des marchés renforce la concurrence dans la Communauté. Il ne faut pas laisser les entreprises recréer des obstacles de nature privée entre les Etats membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés »<sup>37</sup>.

L'objectif d'intégration conduit le droit européen de la concurrence à intervenir plus agressivement que le droit américain envers les accords comportant des restric-

---

34 *Leegin, supra*, p. 2719 s. ; et *supra* I A 2.

35 Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2000 C 291/1, pt 7.

36 Aff. *GlaxoSmithKline*, T-168/01, Rec. 2006 p. II-2969, pts 118 s.

37 Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2000 C 291/1, pt 7.

tions à la concurrence intra-marque<sup>38</sup>. Par ailleurs, l'influence persistante de l'ordolibéralisme de l'école allemande de Freiburg a conduit le droit européen de la concurrence à accorder historiquement une protection particulière à la liberté d'action des opérateurs économiques, vue essentiellement comme une protection de la liberté d'accès au marché des distributeurs. Dans cette école de pensée, la liberté d'action des fournisseurs occupe une place plus marginale. Il en découle un certain biais consistant à traiter le bien-être du consommateur comme un corollaire de la liberté d'action des opérateurs économiques<sup>39</sup>.

Cette différence dans les objectifs explique le sort partiellement divergent réservé aux prix de revente fixes ou recommandés dans l'Union européenne par rapport au droit antitrust américain. La pratique communautaire a toutefois évolué, tant en ce qui concerne l'effet restrictif des clauses RPM qu'en ce qui concerne la notion même d'accord dont la définition a été quelque peu rétrécie.

## B. Analyse concurrentielle des prix de revente

### 1. Prix de revente fixe ou minimal

La réforme de 1999 en matière d'accords de distribution a accordé une liberté beaucoup plus grande aux fournisseurs dans l'organisation de leur réseau, en particulier en matière de restrictions territoriales (à l'exception de l'interdiction des ventes passives) et d'achat exclusif. Les clauses prévoyant un prix de revente fixe ou minimal que le distributeur doit appliquer constituent des restrictions caractérisées (*hardcore*) qui excluent l'accord de distribution du bénéfice de l'exemption par catégorie conférée par le Règlement 2790/1999<sup>40</sup>. Ce type de restriction peut aussi prendre une forme indirecte, comme la fixation de la marge du distributeur ou celle du niveau maximal des réductions que peut accorder un distributeur à partir d'un prix prédéfini<sup>41</sup>. La probabilité d'une exemption individuelle basée sur l'article 81 paragraphe 3 du traité CE<sup>42</sup> est faible, voire nulle<sup>43</sup>. L'interdiction des prix de revente imposés est expliquée par trois types d'effets négatifs sur la concurrence : l'élimination totale de la concurrence intra-marque par les prix, la transparence accrue sur les prix qui facilite la collusion horizontale entre fabricants ou entre

38 VAN DEN BERGH/CAMESASCA, p. 235-242; ROUSSEVA, p. 607.

39 DAVID, p. 393; ROUSSEVA, p. 608-610.

40 Art. 4 pt a) du Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22.12.1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO 1999 L 336/21.

41 Pt 47 *i.f.* des Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, JO 2000 C 291/1.

42 Traité instituant la Communauté européenne, version consolidée publiée au JO 2006 C 321 E/1.

43 Pt 46 des Lignes directrices, *supra*.

distributeurs (du moins sur des marchés concentrés), et l'affaiblissement indirect de la concurrence inter-marques par la réduction de la pression à la baisse sur le prix du produit<sup>44</sup>.

La qualification *hardcore* des prix de revente fixes ou minimum est assimilable au régime de l'interdiction *per se* qui a été abandonné aux Etats-Unis depuis l'arrêt *Leegin* de juin 2007 au profit d'une analyse au cas par cas. Cette approche différente des deux côtés de l'Atlantique subsistera au moins jusqu'à l'expiration de l'actuel règlement d'exemption par catégorie le 31 mai 2010<sup>45</sup>. Il est difficile de faire aujourd'hui un pronostic quant au maintien ou à la suppression de cette divergence, car celle-ci ne résulte pas uniquement d'une différence de degré dans l'approche – plus ou moins – économique du droit de la concurrence. L'analyse de la Commission européenne et de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) est aussi associée à l'objectif d'intégration des marchés, qui s'oppose en principe à l'imposition de prix différenciés selon les Etats membres en l'absence de toute possibilité d'arbitrage<sup>46</sup>. Le nouveau traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007<sup>47</sup>, semble avoir renforcé au moins quant à la forme le lien entre la concurrence et l'objectif d'intégration du marché intérieur. En effet, si la mention de la concurrence non faussée est éliminée des objectifs de l'Union tels qu'énumérés à l'article 3 du nouveau traité sur l'Union européenne, elle est en revanche réaffirmée à la fois comme une compétence exclusive de l'Union dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>48</sup> et comme une composante inhérente du marché intérieur dans un Protocole annexé aux traités<sup>49</sup>.

## 2. Prix de revente recommandés ou maximaux

La simple communication par le fournisseur au détaillant d'une liste de prix recommandés ou de prix maximaux n'est pas considérée en soi comme une restriction de concurrence par le Règlement d'exemption<sup>50</sup>. Le droit de la concurrence européen semble compatible sur ce point avec la jurisprudence antitrust américaine dans les affaires *Khan* (prix maximal)<sup>51</sup> et *Colgate* (prix recommandé)<sup>52</sup>.

Toutefois, des mesures de pression (p. ex. des menaces, intimidations, avertissements, sanctions, retards ou suspensions de livraisons, ou encore la résiliation de l'accord en cas de non respect d'un niveau de prix) ou des mesures d'incitation

44 Pt 112 des Lignes directrices, *supra*.

45 Art. 13 du Règlement 2790/1999, *supra*.

46 XOUDIS, p. 222.

47 Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, JO 2007 C 306/1.

48 Art. 3 pt b TFUE, version consolidée publiée au JO 2008 C 115/1.

49 Protocole sur le marché intérieur et la concurrence, annexé au Traité de Lisbonne.

50 Art. 4 pt a) du Règlement 2790/1999, *supra*; pt 47 *i.f.* des Lignes directrices, *supra*.

51 *State Oil Co. v. Khan*, 522 U.S. 3, 118 S. Ct. 275 (1997), *cf. supra*.

52 *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300, 39 S. Ct. 465 (1919), *cf. supra*.

(p. ex. l'octroi de ristournes, le remboursement des coûts promotionnels, l'impression du prix de vente recommandé sur le produit) exercées par une des parties peuvent transformer *de facto* des prix recommandés ou maximaux en prix imposés<sup>53</sup>. Des mesures de détection peuvent accompagner ces moyens indirects de fixation des prix, pour en accroître l'efficacité, comme la mise en place d'un système de surveillance des prix, l'obligation pour les membres du réseau de dénoncer les distributeurs qui s'écartent du prix « conseillé » ou la clause du « client le plus favorisé »<sup>54</sup>. Dans ce cadre, une divergence persiste entre les pratiques antitrust européenne et américaine, en ce qui concerne la notion d'entente, ou plus précisément le standard de preuve exigé. La jurisprudence européenne semble admettre que la frontière entre un prix « conseillé » et un prix imposé est franchie par l'exercice d'une mesure de contrainte du fournisseur<sup>55</sup>.

Par ailleurs, une clause prévoyant un prix de revente maximum ou recommandé peut être soumise à une analyse au cas par cas au titre de l'article 81 CE dans deux hypothèses. En premier lieu, si le fournisseur dispose d'un fort pouvoir de marché, le prix maximal ou recommandé risque de fonctionner comme un point de convergence pour les distributeurs qui estiment difficile de s'en écarter. L'infraction à l'article 81 CE serait consommée par le fait que les distributeurs s'alignent sur ce niveau de prix, ce qui amènerait *de facto* à la fixation d'un prix uniforme<sup>56</sup>. En second lieu, des prix conseillés ou maximaux peuvent, en augmentant la transparence, faciliter une entente entre des fournisseurs détenant plus de 30% du marché en cause dans un oligopole étroit<sup>57</sup>.

### C. Notion d'accord

L'accord selon l'article 81 CE nécessite une concordance des volontés des parties. La jurisprudence européenne a évolué vers une approche plus restrictive de la notion d'accord, sans toutefois aller aussi loin que la jurisprudence américaine.

Pendant longtemps, les autorités européennes de concurrence ont considéré qu'une invitation ou instruction adressée par un fournisseur à ses distributeurs n'était pas un acte unilatéral, mais un accord lorsqu'elle s'insérait dans un ensemble de relations commerciales continues régies par un accord général préétabli. De l'appartenance à un réseau de distribution découlait la présomption que le distributeur accepte nécessairement toutes les instructions du fournisseur et, par conséquent, le caractère collusoire de celles-ci<sup>58</sup>. Les distributeurs et le fournisseur s'en-

53 Art. 4 pt a) du Règlement 2790/1999, *supra*; pt 47 *i.f.* des Lignes directrices, *supra*.

54 Pt 47 *i.f.* des Lignes directrices, *supra*.

55 Voir *infra*.

56 Pt 227 des Lignes directrices, *supra*.

57 Pt 228 Lignes directrices, *supra*.

58 Aff. *AEG*, 107/82, Rec. 1983 p. 3151; DAVID, p. 405; XOUDIS, p. 203 s.

tendent pour écarter les détaillants qui refusent de suivre la politique commerciale du réseau, y compris en matière de prix<sup>59</sup>. Cette définition extensive s'expliquait par la volonté de soumettre le plus largement possible les accords verticaux à l'article 81 CE, en vue de réaliser l'objectif d'intégration des marchés en luttant contre les entraves aux importations parallèles sous la forme de ventes passives, ainsi que pour préserver la liberté de décision des entreprises<sup>60</sup>.

Le juge communautaire a abandonné cette définition extensive dans l'affaire *Bayer*, qui concernait une politique de contingentement unilatéral des livraisons mise en œuvre par le fabricant Bayer envers ses grossistes espagnols. La jurisprudence exige désormais que l'acquiescement des distributeurs soit établi: «Le seul fait qu'il existe concomitamment un accord, neutre en soi, et une mesure restrictive de la concurrence imposée de manière unilatérale n'équivaut pas à un accord interdit»<sup>61</sup>. L'affaire *Bayer* exigeait dès lors que soit démontrée d'une part la volonté du fabricant d'interdire les exportations parallèles (p. ex. par le biais d'une interdiction de réexporter prévue dans le contrat ou sur les factures de livraison, par des mesures de contrôle systématiques de la destination finale des produits ou par des menaces ou sanctions contre les distributeurs pratiquant des exportations parallèles) et, d'autre part, un acquiescement exprès ou tacite des distributeurs (celui-ci faisant défaut lorsqu'ont lieu des tentatives de contourner le contingentement). Dans ce cadre, l'instauration d'un système de contrôles a posteriori et de sanctions par le fournisseur, s'il ne prouve pas l'existence de l'accord, constitue néanmoins un indice de l'existence d'un tel accord<sup>62</sup>.

Dans l'affaire *JCB*, le fournisseur fixait ses propres prix «sortie d'usine», ponctuellement négociables, et établissait des barèmes indicatifs de prix de vente au détail. Le Tribunal de première instance a considéré que les listes de prix de vente conseillées pouvaient être fortement incitatives mais qu'elles ne présentaient néanmoins pas de caractère obligatoire. Rien n'indiquait en effet que les efforts de JCB pour influencer les revendeurs et les décourager de consentir des prix de vente jugés trop bas aient été accompagnés de mesures de contrainte<sup>63</sup>.

Si une évolution contractuelle est prévisible dans le cadre d'un accord de distribution, il n'en résulte pas que toute invitation adressée par le fabricant à ses distributeurs constitue un accord. L'autorité de concurrence doit démontrer l'existence d'un concours de volonté des parties dans chaque cas d'espèce. Ainsi, il n'est pas possible de présumer l'acceptation des distributeurs quant à la mutation d'un prix de revente conseillé en un prix imposé sans renverser la charge de la preuve de l'infraction aux règles de concurrence et violer le principe de la présomption

---

59 Aff. *Metro*, 26/76, Rec. 1977 p. 1875.

60 DAVID, p. 405; XOUDIS, p. 204.

61 Aff. *Bayer*, C-2/01 P et C-3/01 P, Rec. 2004 p. I-23, pts 98-103 et 141.

62 Aff. *Bayer*, *supra*, pt 83.

63 Aff. *JCB*, T-67/01, Rec. 2004 p. II-49, pts 128-133.

d'innocence. La volonté des parties peut résulter tant des clauses du contrat de distribution (des clauses apparemment neutres du contrat pouvant même être interprétées comme autorisant des invitations du fabricant contraires à l'article 81 CE) que du comportement des parties, et notamment de l'existence éventuelle d'un acquiescement tacite des distributeurs ou de mesures de contraintes du fabricant<sup>64</sup>.

### III. Les recommandations de prix dans le droit suisse de la concurrence

#### A. Approche eurocompatible?

La dernière révision de la loi sur les cartels<sup>65</sup>, en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 2004, a ajouté au droit suisse de la concurrence un objectif additionnel d'intégration économique de la Suisse dans l'espace économique européen. Cet objectif s'est traduit par l'introduction d'une présomption de suppression de la concurrence efficace en cas de prix de revente fixe ou minimum ou lors d'interdiction des ventes passives dans les accords de distribution<sup>66</sup>. Il est aussi reflété par l'ajout d'une phrase à l'article 3 alinéa 2 de la loi sur les cartels, qui vise désormais expressément aussi les obstacles aux importations parallèles fondés sur des droits de propriété intellectuelle, pour autant que l'état de fait des articles 5 (entente) ou 7 LCart (abus de position dominante) soit rempli. La volonté des parlementaires est moins claire s'agissant de la nouvelle mention de l'article 27 alinéa 1 de la Constitution fédérale relatif au droit individuel à la liberté économique, dans le préambule de la loi. Alors qu'une partie du Parlement souhaitait renforcer ainsi un objectif de protection de la liberté d'action des opérateurs économiques selon l'ordo-libéralisme allemand, une autre partie y voyait une affirmation plus générale de la liberté économique de toutes les parties au contrat.

La Commission de la concurrence a révisé, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2008, sa Communication sur les accords verticaux à la lumière du nouvel article 5 alinéa 4 LCart<sup>67</sup>. Cette Communication s'inspire du Règlement européen 2790/1999 et manifeste une volonté claire d'eurocompatibilité<sup>68</sup>, mais elle traduit aussi certaines conditions spécifiques à la Suisse, en particulier en matière de recommandations de prix.

---

64 Aff. *Volkswagen II*, C-74/04 P, Rec. 2006 p. I-6585, pts 34-46.

65 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart; RS 251).

66 Art. 5 al. 4 LCart.

67 Communication concernant l'appréciation des accords verticaux, décision de la Commission de la concurrence du 2 juillet 2007, FF 2007 7149.

68 Pt XI du préambule de la Communication, *supra*.

## B. Sort des recommandations de prix

Le chiffre 10(1)(a) de la Communication rappelle d'abord que les recommandations de prix qui constituent *de facto* des prix imposés tombent dans le champ de la présomption de suppression de concurrence efficace de l'article 5 alinéa 4 LCart. Selon une interprétation eurocompatible, la disposition vise les prix recommandés ayant fait l'objet de pression ou d'incitation par le fournisseur pour en obtenir le respect.

Le deuxième paragraphe du chiffre 10 est plus controversé. Il prévoit que la présomption de suppression de la concurrence ne peut être renversée par la seule preuve d'une concurrence inter-marques. Cette limitation constitue une divergence par rapport à l'approche économique du droit de la concurrence, telle que concrétisée par l'affaire *Leegin*, et par rapport aux justifications généralement admises par la doctrine économique pour les restrictions verticales<sup>68</sup>. Elle constitue une concrétisation de l'objectif d'intégration des marchés ajoutés à la loi sur les cartels, qui conduit à attacher une importance particulière aussi à la concurrence intra-marque. Ce faisant, l'autorité suisse de concurrence se rattache plus à l'approche européenne qu'à l'approche américaine.

Enfin, le chiffre 11 de la Communication va au-delà des règles instituées par le Règlement 2790/1999 et les Lignes directrices qui l'accompagnent, en instituant un contrôle au cas par cas des clauses de prix recommandés. Il énumère en particulier cinq indices à prendre en compte dans l'évaluation d'un éventuel accord illicite : l'absence de transparence résultant du fait que les recommandations de prix ne sont pas généralement accessibles, les pressions ou incitations exercées par les fournisseurs, l'absence de la mention « non contraignant » accompagnant un prix recommandé imprimé sur un produit, le niveau de prix du produit en cause significativement plus élevé que dans les pays voisins et le fait que les recommandations de prix soient effectivement suivies par les distributeurs. Les deux derniers éléments cités constituent plus un signal d'alarme que de véritables éléments pouvant faire conclure à l'illicéité de la recommandation<sup>69</sup>.

Le chiffre 11 de la Communication s'éloigne de la volonté d'eurocompatibilité du droit suisse de la concurrence. Il s'explique par la volonté de tenir compte des « conditions économiques et juridiques spécifiques à la Suisse »<sup>70</sup>, à savoir le souci de lutte contre « l'îlot de cherté suisse »<sup>71</sup>. Il ne répond pas non plus à plusieurs questions, telles que les conditions auxquelles un prix recommandé constitue un accord ou une pratique unilatérale, l'imputabilité de la pratique aux détaillants ou aux fournisseurs ou la nécessité d'un pouvoir de marché du fournisseur. A notre avis,

69 Voir notamment KNEEPKENS.

70 STOFFEL, p. 9.

71 Pt XI *i.f.* du préambule de la Communication, *supra*.

72 SECO, p. 77 s.

ces questions devraient être résolues en prenant en compte les apports de l'analyse économique des ententes. L'eurocompatibilité affichée du droit suisse de la concurrence devrait aussi conduire à adopter une interprétation plus restrictive de la notion d'accord.

## Conclusion

Si les droits de concurrence américain, européen et suisse suivent tous une approche plus économique dans l'analyse des pratiques restrictives, l'intensité de cette approche varie encore fortement selon les juridictions. En particulier, l'isolement de la Suisse du grand marché européen et la volonté de donner au droit suisse de la concurrence un objectif d'intégration des marchés aboutit à ralentir la reprise de l'approche économique. Dans le cas des clauses de prix recommandés, la problématique de l'îlot de cherté suisse entre même partiellement en opposition avec l'objectif général d'eurocompatibilité du droit suisse de la concurrence.

## Bibliographie

- AREEDA PHILLIP/HOVENKAMP HERBERT, *Antitrust Law*, 2<sup>e</sup> éd., Boston 2004.
- DAVID ERIC, La complexité des choses simples: La fixation du prix de revente et le droit des ententes, *Revue Internationale de Droit Economique* 2005, p. 389 ss.
- EASTERBROOK FRANK, Vertical Arrangements and the Rule of Reason, 53 *Antitrust Law Journal* (1984), p. 135 ss.
- ELHAUGE EINER/GERADIN DAMIEN, *Global Competition Law and Economics*, Oxford/Portland 2007.
- ELHAUGE EINER, Harvard, not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Antitrust Supreme Court Decisions?, 3 *Competition Policy International* n° 2 (Autumn 2007), p. 59 ss.
- GERBER DAVID, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 1998.
- KNEEPKENS MART, Resale Price Maintenance: Economic Call for a More Balanced Approach, *European Competition Law Review* 2007, vol. 12, p. 656 ss.
- KORAH VALENTINE, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9<sup>e</sup> éd., Oxford/Portland 2007.
- KOVACIC WILLIAM, The Intellectual DNA of Modern U.S. Competition Law for Dominant Firm Conduct: The Chicago/Harvard Double Helix, *Columbia Business Law Review* (2007), p. 1 ss.
- KOVACIC WILLIAM/SHAPIRO CARL, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, 14 *Journal of Economic Perspective* (2000), p. 43 ss.
- MATHEWSON FRANK/WINTER RALPH, The Law of Economics Resale Price Maintenance, 13 *Review of Industrial Organization*, n° 1-2 (April 1998), p. 57 ss.
- OCDE, OECD Policy Roundtable – Resale Price Maintenance 1997, OCDE/GD (97)229, p. 13, disponible sur <http://www.oecd.org/dataoecd/35/7/1920261.pdf>.
- POSNER RICHARD A., *Antitrust Law*, 2<sup>e</sup> éd., Chicago 2001 (cité: POSNER [2001]).

- The Next Step in Antitrust Treatment of Restricted Distribution: Per Se Legality, 48 *University of Chicago Law Review* (1981), p. 6 ss (cité: POSNER [1981]).
- ROUSSEVA EKATERINA, Modernizing by eradicating: How the Commission's new approach to Article 81 dispenses with the need to apply Article 82 EC to vertical restraints, 42 *Common Market Law Review* (2005), p. 587 ss.
- SECO, Preisinsel Schweiz, avril 2008, disponible sur <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/11646.pdf>.
- STOFFEL WALTER, Vertikalabsprachen und Marktabschottung – Zur neuen Bekanntmachung der Wettbewerbskommission, conférences du 22.1.2008 à Zurich et du 1.2.2008 à Genève, disponibles sur <http://www.comco.ch>.
- VAN DEN BERGH ROGER/CAMESASCA PETER, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, 2<sup>e</sup> éd., Londres 2006.
- WERDEN GREGORY, Economic Evidence on the Existence of Collusion: Reconciling Antitrust Law with Oligopoly Theory, 71 *Antitrust Law Journal* (2004), p. 719 ss.
- WRIGHT JOSHUA, The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond, 3 *Competition Policy International* n° 2 (Autumn 2007), p. 24 ss.
- XOUDIS JULIA, *Les accords de distribution au regard du droit de la concurrence*, Zurich/Bâle/Genève 2002.