



## 10 Protection des réseaux de distribution État des lieux à l'aube de la révision des règles européennes de concurrence



Benjamin JACOB,  
avocat associé (PDGB)



Pierre-Yves THOMÉ,  
avocat (PDGB)



Virginie COURSIÈRE-PLUNTZ,  
avocat associé (PDGB)



Camille PERAUDEAU,  
avocat (PDGB)

L'étanchéité des réseaux de distribution sélective et exclusive est une condition essentielle de leur effectivité. Pourtant, la possibilité du fournisseur de restreindre la revente de ses produits par des distributeurs non-agrèés, et ainsi prémunir les distributeurs de son réseau contre une éventuelle concurrence déloyale, est fortement encadrée par le droit de la concurrence.

Le présent article propose une analyse du contentieux récent en la matière, particulièrement riche et illustratif des difficultés rencontrées par les fournisseurs pour assurer la protection de leurs réseaux sous l'empire des règles actuelles.

1 - Le 9 juillet 2021, la Commission publiait son projet<sup>1</sup> de modification du règlement d'exemption par catégorie applicable aux conditions dans lesquelles des entreprises opérant à des niveaux différents de la chaîne de valeur peuvent acheter, vendre et revendre des biens et services (**règlement accords verticaux**)<sup>2</sup>. Le projet de nouveau règlement est accompagné d'un projet de lignes directrices révisées (**lignes directrices sur les restrictions verticales**), visant à refléter la position de la Commission européenne quant aux restrictions de concurrence qui peuvent être admises dans le cadre des accords verticaux.

Ces projets ont fait l'objet d'une première vaste consultation publique jusqu'au 17 septembre 2021 afin de recueillir l'avis des parties prenantes, notamment sur l'application des règles de concurrence aux réseaux de distribution sélective ou exclusive, puis d'une seconde consultation publique dans le courant du mois de février 2022 centrée sur les échanges d'information dans le cadre de la double distribution<sup>3</sup>.

Un système de distribution sélective se définit comme un système dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis. Ces distributeurs s'engagent en retour à ne pas vendre à des distributeurs non agrèés dans le territoire réservé à la distribution sélective<sup>4</sup>. L'interdiction de la revente hors réseau se retrouve ainsi dans la définition même du réseau sélectif.

Quant au système de distribution exclusive, il se définit comme un système par lequel le fournisseur se réserve un territoire ou une clientèle ou l'alloue exclusivement à un distributeur ou à un nombre restreint de distributeurs<sup>5</sup>, et protège ce ou ces distributeurs des ventes actives des autres distributeurs agrèés sur leur territoire exclusif ou à leur clientèle exclusive<sup>6</sup>. Les ventes passives ne peuvent en principe pas être restreintes.

Par « ventes actives », le droit de la concurrence entend le fait de démarcher des clients individuels ou de prospecter une clientèle déterminée ou un territoire donné au moyen d'une publicité ciblant activement cette clientèle ou ce territoire.

Par « ventes passives », le droit de la concurrence entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées émanant de clients individuels.

La pérennité de ces systèmes de distribution repose indiscutablement sur leur étanchéité. Il s'agit pour le fournisseur d'être en mesure de garantir aux distributeurs de son réseau que des distributeurs non autorisés ne pourront pas leur faire une concurrence déloyale pour la commercialisation des produits. Les règles du droit de la concurrence restreignent toutefois la manière dont le fournisseur peut restreindre la revente des produits par des distributeurs non-agrèés.

Plusieurs décisions récentes donnent une idée des difficultés à protéger son réseau de distribution sous l'empire des textes actuels. La grande majorité concerne des affaires dans lesquelles le contentieux s'est noué autour de l'illicéité de l'approvisionnement et de la charge de la preuve.

L'approvisionnement est jugé illicite lorsqu'il est réalisé en parfaite connaissance de ce que le distributeur agrèé était lié par

1. *Comm. UE, Projet de règl. n° 330/2010, d'exemption des accords verticaux révisé* : [https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_en).

2. *Comm. UE, Règl. n° 330/2010, 20 avr. 2010, d'exemption des accords verticaux* : JOUE n° L 102, 23 avr. 2010, p. 1.

3. On parle de double distribution lorsqu'un fournisseur vend ses produits à la fois via des distributeurs indépendants, mais également directement aux clients finaux.

4. *Comm. UE, règl. n° 330/2010, 20 avr. 2010, d'exemption des accords verticaux, préc.*, art. 1<sup>er</sup>.

5. Ce nombre restreint de distributeurs doit être déterminé au prorata du territoire ou de la clientèle alloués, de manière à garantir un certain volume d'activités qui préserve les efforts d'investissements de ces distributeurs.

6. *Comm. UE, Projet de règl. n° 330/2010, d'exemption des accords verticaux révisé, art. 1<sup>er</sup>* : [https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/public-consultations/2021-vber_en).





une interdiction de revente ou lorsque les produits ont été introduits sur un territoire en violation des droits de propriété intellectuelle du titulaire de la marque.

Le présent article propose un état des lieux de la jurisprudence récente à l'aube de la révision des règles européennes.

## 1. Illicéité de l'approvisionnement et limites à l'interdiction de revente hors réseau en distribution sélective

2 - L'actuel règlement accords verticaux, adopté en 2010, protège les réseaux de distribution sélective en permettant au fournisseur<sup>7</sup> de restreindre les ventes (actives comme passives) des distributeurs sélectifs à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé à la distribution sélective.

Le fait de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau constitue en outre une pratique commerciale déloyale en droit français (C. com., art. L. 442-2).

Ainsi, en juin 2021, dans un litige opposant Amazon et la SA Beauté Prestige International<sup>8</sup> à propos de la commercialisation sur la célèbre marketplace de cosmétiques (dont des produits de la marque Shiseido) à destination de différents pays, la cour d'appel de Paris a rappelé qu'il appartenait au fournisseur de prouver l'existence et la licéité du réseau de distribution.

Or, le fournisseur français n'avait (i) ni été en mesure de produire des contrats de distribution sélective signés avec un ou plusieurs distributeurs dans les pays autres que la France (ii) ni de justifier que ses produits avaient été acquis en France en violation du seul réseau de distribution sélective qui avait pu être démontré (le réseau français).

La cour d'appel de Paris en a conclu qu'il était dans ces conditions impossible à Beauté Prestige International de se prévaloir d'un droit à interdire les reventes hors réseau, y compris sur le territoire français, sur lequel elle avait pourtant prouvé l'existence d'un réseau sélectif. Pour la cour d'appel, « un revendeur non agréé dans un réseau de distribution sélective peut librement vendre en France, sans se rendre coupable d'une violation de ce réseau, dès lors qu'il s'est approvisionné ou est établi dans un pays ne faisant pas l'objet d'un réseau de distribution sélective ».

La solution retenue par la cour d'appel – qui n'a eu à se prononcer que sur l'ordonnance de référé, le débat étant certainement appelé à se poursuivre au fond – n'allait pas de soi, tant elle porte une atteinte démesurée à la protection des réseaux de distribution. Cet écueil a été identifié dans le cadre de la consultation sur la révision du règlement accords verticaux.

En revanche, la jurisprudence retient que le distributeur hors réseau engage sa responsabilité lorsque, en toute connaissance de cause, il s'est approvisionné auprès d'un distributeur agréé au sein même du réseau sélectif du fournisseur.

C'est dans ce cas au distributeur hors réseau qu'il revient de prouver la régularité de son approvisionnement et son refus d'en divulguer l'origine laisse présumer son irrégularité<sup>9</sup>. Pour autant, il n'est pas exigé de lui qu'il prouve la licéité de l'approvisionnement de celui auprès duquel il s'est lui-même fourni<sup>10</sup>.

Dès lors que le distributeur hors réseau parvient à prouver que son approvisionnement est licite, c'est alors au fournisseur de démon-

trer qu'il a en réalité participé à la violation d'une interdiction de revente hors réseau<sup>11</sup>.

Enfin et de manière plus générale, le revendeur hors réseau est toujours sanctionné lorsqu'il entretient la confusion quant à sa qualité de membre du réseau de distribution exclusive<sup>12</sup>.

## 2. Illicéité de l'approvisionnement et contrefaçon de marque

3 - Le contentieux de la protection des réseaux de distribution est intrinsèquement lié à la contrefaçon de marque. En effet, la première mise dans le commerce d'un produit marqué au sein de l'Union européenne (UE) ou de l'Espace économique européen (EEE)<sup>13</sup> est soumise à l'autorisation du titulaire de la marque. Ce dernier dispose d'un droit exclusif d'autoriser ou non l'usage de la marque, et toute utilisation de la marque dans la vie des affaires sans son consentement est constitutive d'une contrefaçon.

Néanmoins, ce droit exclusif connaît un tempérament au bénéfice du principe de libre circulation des marchandises. En effet, le titulaire de la marque ne peut plus s'opposer à la circulation des produits marqués au sein de l'UE ou de l'EEE une fois la première mise dans le commerce dûment effectuée, par lui-même ou avec son consentement, sur quelque territoire que ce soit au sein de l'UE ou de l'EEE. On parle de l'« épuisement du droit de marque ».

Le revendeur hors réseau qui se voit accusé de contrefaçon de marque a tout intérêt à tenter de se prévaloir du principe de l'épuisement des droits de propriété intellectuelle au sein de l'UE (CPI, art. L. 713-4)<sup>14</sup> qui permet de faire primer la libre circulation des marchandises sur la territorialité des droits de propriété intellectuelle.

Il revient à celui qui invoque l'épuisement des droits de marque d'en rapporter la preuve. Cette preuve doit en principe être rapportée pour chaque unité du produit concerné et il ne suffit pas que le fournisseur ait déjà autorisé la commercialisation du même modèle de produit dans un pays de l'Union européenne pour que de nouvelles unités puissent être introduites sans son consentement. Ainsi, pour chaque exemplaire de produit portant la marque du fournisseur, il doit être prouvé que cet exemplaire a été introduit dans le commerce dans l'Union européenne par le titulaire de la marque lui-même ou avec son consentement.

Les dernières affaires « Converse » rappellent toutefois que la charge de la preuve de l'épuisement du droit de marque reste cependant sur le fournisseur dans le cas où le revendeur hors réseau parvient à démontrer qu'il existe un risque réel de cloisonnement des marchés nationaux, c'est-à-dire une situation de nature à nuire à l'intégration des différents marchés nationaux au sein du marché unique<sup>15</sup>.

Si un tel risque est avéré, le revendeur hors réseau ne sera pas tenu de révéler sa source d'approvisionnement et il appartiendra au titulaire de la marque de démontrer qu'il n'avait donné son consentement pour la commercialisation des exemplaires de produits en cause qu'en dehors de l'UE ou de l'EEE.

La mise en place d'un réseau de distribution exclusive ou la recherche d'une étanchéité absolue de ce réseau – qui est licite – n'emportent pas par elles-mêmes le risque réel de cloisonnement des marchés. Elles en constituent simplement un indice qui doit être corroboré par d'autres éléments.

11. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 9 janv. 2019, n° 16/22350, SNC LIDL c/ SAS Puma France : JurisData n° 2019-000463.

12. Cass. com., 11 juill. 2000, n° 97-10.797, SA Condet automobiles c/ Sté Armorique autos et a.

13. Composé des 27 États membres de l'UE, ainsi que de 3 États membres de l'Association européenne de libre-échange (la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein).

14. Cons. UE, régl. (CE) n° 207/2009, 26 févr. 2009, art. 13, § 1.

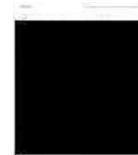
15. Principe introduit par la CJUE, 8 avr. 2003, aff. C-244/00, Van Doren + Q. GmbH c/ Lifestyle sports + Sportswear Handelsgesellschaft mbH et Michael Orth. – Repris par Cass. com., 3 mai 2018, n° 16-21.072, Sté Converse Inc. (États-Unis) c/ Auchan France : JurisData n° 2018-007244.

7. Comm. UE, régl. n° 330/2010, 20 avr. 2010, d'exemption des accords verticaux, art. 4.

8. CA Paris, pôle 1, ch. 3, 30 juin 2021, n° 20/11968, Amazon c/ SA Beauté Prestige International.

9. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 29 janv. 2020, n° 17/19255, SARI Motoworld c/ SARI PC MOTO : JurisData n° 2020-001200. – V. également Cass. com., 26 janv. 1999, n° 97-10.964, Armorique Autos : JurisData n° 1999-000319.

10. CA Paris, pôle 5, ch. 4, 3 avr. 2019, n° 18/18474, SA PCKADO c/ SAS Coty France : JurisData n° 2019-005148.



Dans une première affaire « Converse » de 2017<sup>16</sup>, s'était posée la question de la validité de la commercialisation et de la qualification de contrefaçon des chaussures revêtues de marques Converse et commercialisées par l'enseigne Auchan, alors que la société américaine titulaire de la marque distribuait ces chaussures en France dans le cadre d'un réseau de distribution exclusive.

La cour d'appel de Paris, dont l'analyse a par la suite été validée par la Cour de cassation<sup>17</sup>, avait retenu que le système de distribution exclusive de Converse créait un risque réel de cloisonnement des marchés par les sociétés Converse et All Star.

Pour parvenir à cette conclusion, elle avait observé que ce risque résultait :

- d'une politique de prix imposés renforçant la segmentation territoriale de la distribution ;
- du refus systématique de Converse de produire ses contrats de distribution, même sous astreinte ;
- des refus de vente opposés par des distributeurs exclusifs à des sollicitations d'acheteurs établis en dehors de leur territoire exclusif (ventes dites « passives ») ;
- de l'exclusion du réseau d'un distributeur exclusif autrichien qui avait revendu des produits en dehors de son territoire. Même ancien, cet exemple aurait constitué un avertissement tel pour l'ensemble des distributeurs de la marque qu'il aurait été de nature à expliquer les refus opposés des années plus tard à des sollicitations passives ;
- et enfin de l'insistance de la société Converse à obtenir le nom du fournisseur de l'enseigne Auchan.

Il était par conséquent revenu aux sociétés Converse et All Star de rapporter la preuve de la commercialisation par Auchan de produits contrefaisants comme n'ayant pas été introduits sur le marché de l'UE par elles ou avec leur consentement.

Dans une seconde affaire « Converse » ayant donné lieu à une décision en appel du 19 février 2021<sup>18</sup>, Converse avait cherché à faire condamner un distributeur hors réseau qui distribuait des chaussures de la marque, supposément contrefaisantes, sur un site internet discount.

La cour d'appel de Paris a retenu ici une solution diamétralement opposée à celle de 2017 quant à l'existence d'un risque réel de cloisonnement des marchés. La solution retenue semble trouver racine dans l'insuffisance des preuves présentées par le distributeur hors réseau défendeur afin de démontrer ce risque...

En 2021, la cour d'appel a ainsi considéré :

- s'agissant de la politique de prix, que « l'attention particulière portée aux prix pratiqués au sein du réseau n'est pas illicite dès lors qu'elle ne conduit pas à imposer aux détaillants des prix de revente » ;
- s'agissant des évictions invoquées de distributeurs exclusifs ayant revendu des produits marqués en dehors de leur territoire ou des refus de ventes passives, on comprend qu'ils auraient pu constituer des éléments de corroboration mais qu'ils n'ont pas été démontrés par le défendeur. En 2021, la cour d'appel a ainsi jugé – à rebours de ce qu'elle avait fait en 2017 – que le cas isolé de l'éviction du distributeur exclusif autrichien, remontant à une époque largement antérieure aux faits litigieux, ne pouvait accrédi- ter ces mesures de rétorsion ;

• enfin, s'agissant des exemples de refus de ventes passives apportés, elle a justifié leur rejet par les insuffisances et les cohérences des pièces « conduisant légitimement à penser que ces échanges s'inscrivent dans une stratégie de "piégeage" ».

Dans cette mesure, et n'ayant pu rapporter la preuve de la mise sur le marché dans l'UE par le titulaire de la marque ou avec son

consentement, la qualification de contrefaçon de marque a bien été retenue à l'encontre du revendeur hors réseau.

L'on peut aisément présumer que cette question de l'épuisement des droits de marque se posera fréquemment à l'avenir dans le contexte du Brexit, qui a fait du Royaume-Uni un État tiers à l'UE. En effet, post-Brexit, consentir à une commercialisation de produits au Royaume-Uni n'est plus consentir à leur commercialisation dans l'EEE !!

### 3. Les contours de l'épuisement du droit des marques en question

4 - Ce tempérament du droit du titulaire de marque est bien évidemment limité, et ne concerne que les produits marqués qui sont commercialisés tels quels. Lorsque ces produits font l'objet de modifications, ou que leur état est altéré, le droit des marques reprend toute sa vigueur (CPI, art. L. 713-4, al. 2). Cela peut aussi être le cas lorsque la commercialisation des produits, modifiés ou non, porte atteinte à la réputation ou à l'image de la marque.

Dans une affaire « Chanel c/ Caud » de 2010, la Cour de cassation a ainsi considéré que la revente de produits de luxe, obtenus par un distributeur à la suite de la vente aux enchères publiques du stock d'une société liquidée, portait atteinte à l'image de ladite marque<sup>19</sup>. Pour caractériser cette atteinte, la Cour a notamment retenu les critères suivants :

- les produits étaient vendus dans des emballages abîmés avec un rabais de 30 % ;
- la vente était promue par des affiches de mauvaise qualité ;
- et elle avait lieu dans un hangar.

Parmi ces critères, celui concernant l'emballage renvoie à une problématique plus large en matière de distribution. En effet, l'emballage est souvent la première trace visible de la marque aux yeux du consommateur. Le titulaire de marque peut revendiquer une atteinte à la marque ainsi apposée pour contrôler la distribution de ses produits, en l'absence même de réseau de distribution sélective ou à défaut de réussir à le démontrer.

L'emballage change en effet souvent en fonction du pays destinataire du produit. Il est ainsi communément utilisé par les fabricants pour délimiter le champ territorial de destination de leur produit. Les importateurs qui tentent de contourner ce problème en modifiant l'emballage, et/ou en reconditionnant le produit, encourent dès lors le risque d'être poursuivis par le titulaire de la marque.

La CJUE a cependant vu dans cette tendance un risque de cloisonnement, et a encadré par sa jurisprudence l'application de l'épuisement du droit de marque en cas de modification de l'emballage.

Une série d'arrêts débutant en 1996<sup>20</sup> a été résumée par la CJUE dans un arrêt « Junek Europ-Vertrieb GmbH » de 2018<sup>21</sup>, portant sur le reconditionnement de dispositifs médicaux fabriqués et commercialisés en Autriche. Le distributeur allemand de ces dispositifs décida de lui-aussi les commercialiser en Autriche, entrant donc en concurrence avec le fabricant. Ce dernier, titulaire de la marque, vit dans le léger reconditionnement des emballages des dispositifs médicaux une atteinte à son droit de marque, et attaqua le distributeur en contrefaçon. L'affaire remonta jusqu'à la CJUE qui rappela à cette occasion que « le titulaire d'une marque peut légitimement s'opposer à la commercialisation ultérieure dans un État membre d'un produit pharmaceutique importé d'un autre État

16. CA Paris, ch. 5/2, 5 mai 2017, n° 15/20349, SA Auchan France c/ Sté Converse INC.

17. Cass. com., 27 mars 2019, n° 17-21.201, Sté Converse INC c/ SA Auchan France.

18. CA Paris, pôle 5, ch. 2, 19 fév. 2021, n° 19/14338, SARL International Digital Développement (IDD) c/ Sté ALL STAR CV (Converse). – V. également CA Paris, pôle 5, ch. 1, 23 nov. 2021, n° 20/17694, INDIS c/ Laboratoires ALCON.

19. Cass. com., 23 mars 2010, n° 09-65.839, Sté Chanel c/ Sté Caud.

20. Avec les arrêts CJUE, 11 juill. 1996, aff. Jtes C-427/93, Bristol-Myers Squibb c/ Paranova A/S, C-429/93, C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG c/ Boehringer Ingelheim A/S c/ Paranova A/S et C-436/93, Bayer Aktiengesellschaft et Bayer Danmark A/S c/ Paranova A/S.

21. CJUE, 5<sup>e</sup> ch., 17 mai 2018, aff. C-642/16, Junek Europ-Vertrieb GmbH c/ Lohmann & Rauscher International GmbH & Co. KG.





membre lorsque l'importateur a reconditionné ce produit et y a réapposé la marque, à moins :

- qu'il soit établi que l'utilisation du droit de marque par le titulaire de celle-ci pour s'opposer à la commercialisation du produit reconditionné sous cette marque contribuerait à cloisonner artificiellement les marchés entre États membres ;
- qu'il soit démontré que le reconditionnement ne saurait affecter l'état originnaire du produit contenu dans l'emballage ;
- qu'il soit indiqué clairement sur l'emballage l'auteur du reconditionnement du produit et le nom du fabricant de celui-ci ;
- que la présentation du produit reconditionné ne soit pas telle qu'elle puisse nuire à la réputation de la marque et à celle de son titulaire ; ainsi, l'étiquette ne doit pas être défectueuse, de mauvaise qualité ou de caractère brouillon, et
- que l'importateur avertisse, préalablement à la mise en vente du produit reconditionné, le titulaire de la marque et lui fournisse, à sa demande, un spécimen de ce produit. »

En l'espèce, le reconditionnement se limitait à l'apposition d'une étiquette supplémentaire de petite taille, sur une partie non imprimée du produit, afin de fournir les informations d'identification et de contact de l'importateur. Le distributeur pouvait donc bien revendiquer l'épuisement du droit de marque.

Si le cadre d'application de l'épuisement du droit de marque ainsi dessiné paraît bien défini, les jurisprudences « Converse » nous rappellent que leur application *in concreto* demeure parfois questionnable. D'où l'opportunité (sinon la nécessité) de clarifier les normes applicables aux réseaux de distribution.

#### 4. Et demain

5 - L'expérience acquise par la Commission européenne dans l'application des règles de l'actuel règlement accords verticaux et de ses lignes directrices a témoigné d'une trop grande rigueur dans l'application du principe de libre concurrence aux réseaux de distribution.

Alors qu'elle finalise ses propositions, la révision du règlement poursuit d'ores et déjà un objectif d'assouplissement des règles existantes afin de laisser une plus grande latitude aux fournisseurs pour assurer la protection de leurs réseaux.

Le projet de règlement accords verticaux révisé concède ainsi aux réseaux de distribution sélective une protection renforcée contre les ventes à des distributeurs non autorisés localisés sur le territoire au sein duquel s'exerce la distribution sélective, en n'admettant plus qu'un approvisionnement licite à l'étranger permette de contourner la protection du réseau sélectif.

Il prévoit également de permettre à un fournisseur qui souhaite combiner l'utilisation d'un réseau de distribution exclusive et sélective sur des territoires distincts, d'empêcher ses distributeurs exclusifs de vendre les produits à des distributeurs hors réseau des territoires où une distribution sélective a été mise en place. Cette protection du réseau de distribution sélective s'appliquerait également aux ventes actives et passives opérées par les clients<sup>22</sup> du distributeur exclusif.

Afin de mieux protéger ses distributeurs exclusifs, il est en outre envisagé de permettre au fournisseur de restreindre les ventes actives de ses autres distributeurs (exclusifs, sélectifs, ou situés sur des territoires non couverts par un système exclusif ou sélectif) et de leurs clients sur les territoires ou auprès des clientèles exclusivement concédés.

Le nouveau règlement accords verticaux devrait s'appliquer à compter du 1<sup>er</sup> juin 2022. ■

Mots-Clés : Droit de la concurrence - Réseau de distribution - Épuisement des droits de propriété intellectuelle

22. Entendus comme les entreprises non parties à l'accord de distribution qui achètent les biens ou services à un acheteur [distributeur] partie à l'accord. Comm. UE, Projet de règl. n° 330/2010 d'exemption des accords verticaux révisé, art. 1<sup>er</sup>.

