

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

**La Norme et la Charge de la Preuve dans les Affaires Relevant du Droit de la
Concurrence – Note par la France**

5 décembre 2024

Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre de la session 7 de la 144^{ème} réunion du Comité de la concurrence 5-6 décembre 2024.

Antonio CAPOBIANCO
Antonio.Capobianco@oecd.org, +(33-1) 45 24 98 08

JT03555994

France

1. La charge de la preuve des pratiques anticoncurrentielles repose sur les autorités de concurrence. La preuve du concours de volontés qui constitue l'élément subjectif des ententes s'avère souvent plus difficile à démontrer que leur élément matériel, à savoir la restriction de concurrence. Or, la démonstration du concours de volontés sous-jacent à un accord ne bénéficie pas des facilités probatoires des pratiques concertées, pour lesquelles existent des présomptions jurisprudentielles venues du droit de l'Union.

2. L'Autorité de la concurrence (ci-après l'« Autorité »), et, avant elle, le Conseil de la Concurrence (ci-après « le Conseil ») ont rendu un nombre important de décisions sanctionnant des pratiques d'entente entre fournisseur et distributeur en vue de fixer le prix de revente des produits distribués. Ces affaires ont donné lieu à une pratique décisionnelle riche et une jurisprudence fournie, particulièrement sur un point : la démonstration du concours de volontés de l'accord anticoncurrentiel. La présente note se concentrera donc sur les évolutions récentes de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de standard de preuve dans les affaires de pratiques verticales.

3. Pour les ententes verticales comme pour tout type d'entente, il est de jurisprudence constante que la preuve d'un accord, au sens de l'article 101, paragraphe 1, du Traité du Fonctionnement de l'Union européenne, ou de l'article L. 420-1 du code de commerce, requiert la démonstration d'un accord de volontés en vue de faire échec aux règles du marché¹. Cela implique de démontrer, dans un premier temps, l'invitation d'une partie à l'accord à mettre en œuvre une pratique illicite, et, dans un second temps, l'acquiescement de l'autre partie à cette invitation.

4. Dans le cas des ententes sur la fixation des prix de revente, la pratique décisionnelle s'est d'abord appuyée sur des preuves directes, par exemple, dans un contrat de distribution, des dispositions par lesquelles un distributeur s'engageait, à l'égard d'un fournisseur, à pratiquer les prix de revente communiqués par ce dernier.

5. Une difficulté a rapidement émergé – sans doute après que les entreprises sont devenues plus vigilantes sur la rédaction de leurs contrats et autres documents contractuels (conditions générales, chartes etc.) -- pour des dossiers dans lesquels l'Autorité ne disposait pas de tels documents, ni d'autres documents écrits permettant d'établir directement l'existence d'un accord, mais pouvait par ailleurs constater certaines pratiques susceptibles de révéler une entente de fixation de prix de revente. Il en allait ainsi de dossiers dans lesquels il apparaissait que des fournisseurs étaient intervenus auprès de distributeurs pour faire remonter leurs prix de revente, éventuellement à la demande d'autres distributeurs. Il en allait de même de dossiers d'où il ressortait que les distributeurs, dans leur grande majorité, respectaient largement les prix de revente « *indicatifs* » ou « *conseillés* » communiqués par le fournisseur, ce qui laissait supposer une absence de concurrence intramarque par les prix. Encore fallait-il, comme le Conseil de la concurrence l'a relevé dès une décision du 28 juin 2002, correctement déterminer si cette uniformité des prix résultait bien d'une série d'ententes verticales entre le fournisseur et chacun de ses distributeurs, et ne s'expliquait pas par d'autres raisons, comme une entente horizontale

¹ Arrêt de la Cour de justice du 15 juillet 1970, ACF Chemiefarma, C-41/69, point 112, et du Tribunal de l'Union du 26 octobre 2000, Bayer, T-41/96, point 67 ; voir également arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2010/23945, page 42.

entre les distributeurs, ou encore un parallélisme de comportements uniquement guidé par la concurrence, laquelle ferait converger les prix vers des montants identiques².

6. La question a ainsi porté sur la pertinence d'éléments de preuve comportementaux afin de prouver une telle entente verticale sur les prix de revente.

7. Dans la pratique décisionnelle de l'Autorité, confortée par la jurisprudence de ses juridictions de contrôle, cela a donné lieu à l'émergence d'un test dit de « *faisceau d'indices à trois branches* » abondamment utilisé pendant des années. Ce test s'est néanmoins révélé progressivement de moins en moins pertinent pour l'Autorité (1), ce qui l'a conduite à réfléchir, toujours en accord avec la jurisprudence, à un autre mode probatoire reposant sur une démonstration en deux temps et un recours accru aux éléments de preuves documentaires (2).

1. Le « faisceau d'indices à trois branches »

8. Dès le début des années 2000, la pratique décisionnelle du Conseil a fait émerger un test robuste à même de démontrer l'existence d'un concours de volontés à partir de preuves comportementales.

9. Le Conseil s'est appuyé pour ce faire sur la technique du faisceau d'indices, telle qu'elle ressort notamment de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui permet que, à défaut preuves documentaires directes, telles des clauses contractuelles claires, l'accord de volontés puisse être démontré par la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants³.

10. Ce test s'appuie sur la démonstration de trois branches :

1. L'évocation ou la communication, par le fournisseur, de prix de revente au public.
2. La mise en œuvre d'un mécanisme de surveillance des prix, et éventuellement d'une police des prix.
3. Le constat que les prix évoqués avaient effectivement été appliqués par les distributeurs.

11. La première branche permet de s'assurer que le fournisseur a bien exprimé à l'égard du distributeur une invitation à respecter certains prix. Il convient de rappeler que cette branche en elle-même, ne saurait caractériser une entente anticoncurrentielle. Ainsi, il reste loisible aux fournisseurs de communiquer des prix conseillés – à condition toutefois que les deux autres parties du test ne se vérifient pas.

12. La deuxième branche permet de vérifier que l'objet de la communication des prix de revente est bien, pour le fournisseur, de les voir appliqués et que les prix dits « conseillés » sont en réalité des prix imposés.

13. La troisième branche permet de prouver que les distributeurs ont adhéré à la politique de prix du fournisseur.

² Décision du Conseil de la concurrence n° 02-D-42 du 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public.

³ Voir arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009, n° 2008/00255, Eps Joué Club, page 9.

14. Si chacune de ces trois conditions doit être remplie, en revanche la preuve de ces indices est elle-même libre, conformément au principe de libre administration de la preuve, et peut donc être établie par tout moyen⁴.

15. Ce test à trois branches est rapidement devenu central dans la pratique de l'Autorité et la jurisprudence⁵, en l'absence de preuves directes d'accords de volontés.

16. Comme la cour d'appel de Paris l'a elle-même relevé, ce test est « exigeant »⁶. Il en va notamment ainsi de la troisième branche, relative à l'application effective par les distributeurs des prix communiqués. Si, dans un premier temps, le Conseil s'est appuyé sur les relevés de prix effectués par la DGCCRF, la question s'est rapidement posée de savoir si de tels relevés permettaient de bien refléter la réalité. S'est ainsi posée la question de l'échantillonnage des prix pratiqués, les parties mises en cause arguant de façon quasi-systématique que les prix analysés n'étaient pas pertinents car insuffisamment représentatifs, notamment au regard du nombre de produits relevés, du nombre de points de vente concernés et de la période où les relevés avaient été effectués⁷.

17. De même, il a fallu se poser la question du taux de respect des prix conseillés par les distributeurs. Dans la décision n° 06-D-04 bis, le Conseil a considéré qu'un taux de respect supérieur ou égal à 80 % suffisait à démontrer que les prix conseillés étaient significativement appliqués par les distributeurs. De plus, il est apparu assez rapidement qu'il n'était pas nécessaire que tous les distributeurs concernés respectent les prix conseillés pour que soit établi un accord de volontés, l'acquiescement d'une "part importante" de distributeurs, ou encore d'un nombre "significatif" de distributeurs étant suffisant. Par ailleurs, la pratique de prix imposés par le fournisseur pouvait consister en un contrôle des rabais pratiqués, ce qui a conduit l'Autorité à examiner non pas le prix en lui-même, mais sa variation autour du prix de revente conseillé.

18. Sur ces questions, la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de clarifier que les relevés de prix « n'ont pas pour objet de démontrer l'existence d'un prix unique au voisinage ou au-dessus duquel la distribution serait anormalement concentrée, mais seulement de mettre en évidence un indice, insuffisant à lui seul à prouver une pratique anticoncurrentielle, mais destiné à montrer, par l'examen d'un nombre suffisant de relevés effectués, sur une région géographique assez étendue, concernant plusieurs produits et dans des points de vente relevant de mode de distribution diversifiés, une application des prix conseillés par les distributeurs suffisamment fréquente pour être remarquée et analysée à la lumière d'autres indices d'une entente »⁸. Cette clarification, utile, démontrait que n'était pas exigée l'élaboration d'un relevé de prix méthodologiquement parfait, ce qui était impossible matériellement, mais que le relevé de prix, suffisamment représentatif, s'insérait dans un faisceau d'indices convergents. Toutefois, elle ne permettait pas de mettre fin au débat sur ce qui serait suffisamment fréquent, suffisamment étendu etc.

⁴ Ibid.

⁵ Voir, par exemple, Décision n° 06-D-04 bis* du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe.

⁶ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009, n° 2008/00255, Epsé Joué Club, page 9.

⁷ Voir, par exemple, Décision n° 06-D-04 bis* du 13 mars 2006 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la parfumerie de luxe, paragraphes 505 et suivants.

⁸ Arrêt de la cour d'appel du 29 avril 2009, Philips, n° 2008.11907. Cet arrêt a été annulé, mais pas sur ce point, par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667.

19. Il faut encore ajouter à cela que les nouvelles technologies ont permis une réactivité plus grande des entreprises aux évolutions de prix, notamment sur internet. Par ailleurs, les têtes de réseau se livrent à des ventes directes sur leur propre site Internet, en concurrence avec les ventes physiques de leurs distributeurs. Les entreprises ont ainsi pu entrer dans des stratégies plus sophistiquées à même de brouiller encore davantage l'analyse des prix pratiqués par les distributeurs.

20. Pour conclure sur ce point, il n'est pas anodin de remarquer que, dans la plupart des affaires d'entente verticale traitées par l'Autorité dans les dernières années, ce sont les parties mises en cause qui plaident en faveur d'une application stricte et systématique du test à trois branches qu'elles savent être parfois difficile à remplir en pratique⁹.

21. Tout cela explique que, ces dernières années, l'Autorité s'est attachée à remettre le faisceau d'indices à trois branches dans son contexte et à explorer d'autres tests probatoires plus adaptés aux nouvelles réalités économiques.

2. Le faisceau d'indices à trois branches : un mode probatoire parmi d'autres

22. La popularité du faisceau d'indices à trois branches a pu, par moment, faire oublier la raison d'être d'un tel test, à savoir la démonstration, à suffisance de droit, en l'absence de preuves documentaires directes, d'un accord de volontés dans le cadre d'une entente verticale, et ce essentiellement au moyen de preuves comportementales.

23. Or, si on parle de trois branches, il ne faut pas perdre de vue que ce test vise *in fine* à démontrer, comme l'exige la jurisprudence, l'existence (i) d'une invitation à participer à la pratique et (ii) d'un acquiescement.

24. Le Conseil lui-même, dans une étude thématique de 2006 consacrée aux standards de preuve en matière d'ententes anticoncurrentielles, avait rappelé que les trois branches visaient à démontrer ces deux éléments que sont l'invitation et l'acquiescement.

25. Ainsi, les deux premières branches concernent la volonté du fournisseur d'imposer des prix : « [L]a preuve de cette volonté nécessite : en premier lieu, la preuve d'une communication des prix par les fournisseurs à ses distributeurs (au cours d'une réunion commerciale avec les distributeurs par exemple), car en l'absence d'extériorisation du comportement, il ne peut y avoir accord de volontés ; en second lieu, la preuve que ces prix communiqués sont, en réalité, dans l'esprit du fournisseur, des prix imposés ; cette preuve peut résulter d'un système de contrôle des prix mis en place par le fournisseur »¹⁰.

26. Quant à la troisième branche, à savoir la mise en œuvre de ces prix par les distributeurs, elle permet « [l]a preuve du consentement des distributeurs, en l'absence de preuves directes (signature de clauses de prix par exemple ou déclarations) »¹¹.

27. Dit autrement, le test à trois branches n'était qu'une manière d'établir la réunion des deux conditions posées par la jurisprudence.

⁹ Voir, par exemple Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple, paragraphe 835 ; Décision n° 21-D-14 du 24 juin 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'articles de bricolage, paragraphe 140 ; Décision n° 21-D-20 du 22 juillet 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lunettes et montures de lunettes, paragraphe 649.

¹⁰ Conseil de la concurrence, Rapport d'activité pour l'année 2006, page 123.

¹¹ Ibid.

28. Un examen de cette même jurisprudence permettait également de conclure que le faisceau à trois branches n'était pas indispensable pour démontrer l'existence d'un concours de volontés dans des ententes sur les prix de revente.

29. Ainsi, dans son arrêt du 7 avril 2010 dans l'affaire des Jouets, la Cour de cassation a précisé que la démonstration de l'application significative des prix évoqués n'avait pas nécessairement à passer par des relevés de prix : *« l'application significative des prix évoqués est une donnée de fait qui se prouve par tout moyen, notamment par des éléments quantitatifs, tels que des relevés de prix, mais aussi par des éléments qualitatifs, tels que des déclarations du distributeur ou par des pièces établissant sans conteste cette application »*¹².

30. Dans l'affaire des Parfums, la cour d'appel de Paris a indiqué, à propos de la méthode du faisceau, que *« la conjonction des indices est une condition suffisante pour établir l'entente »*¹³, mais en aucune manière une condition nécessaire. D'ailleurs, pour ce qui est de la démonstration de l'acquiescement des distributeurs à l'entente, la cour d'appel précise : *« il a, de ce point de vue, été loisible au Conseil de recourir, pour démontrer [cet acquiescement], à des critères statistiques, dont le caractère opératoire sera examiné ci-après ainsi qu'à tout autre élément, y compris documents internes, courriers ou télécopies, faisant mention d'un accord »*¹⁴.

31. En accord avec cette jurisprudence, l'Autorité s'est pour la première fois clairement distanciée du faisceau d'indices à trois branches dans sa décision n° 20-D-04 relative à la distribution de produits Apple¹⁵. Dans son rappel des principes applicables, elle avait précisé : *« La réunion de ces trois indices, qualifié de « faisceau à trois branches », ne constitue donc que le mode de preuve le plus généralement utilisé du concours de volontés des deux parties, lorsqu'il s'agit de démontrer une entente verticale sur les prix. Cependant, dans la mesure où la preuve de ce concours de volontés peut se faire par tout moyen, l'Autorité ne saurait, contrairement à ce que soutient Apple, être tenue, en tout espèce, de réunir ce faisceau d'indices articulé en trois branches lorsqu'elle dispose d'autres indices documentaires ou comportementaux qui viennent établir, d'une part l'invitation du fabricant, et d'autre part, l'acquiescement des distributeurs à la pratique litigieuse »*.¹⁶

32. La cour d'appel de Paris a approuvé l'Autorité sur ce point, en indiquant : *« rien ne s'oppose à ce que la démonstration de l'existence d'une telle pratique résulte de la combinaison de différents éléments de preuve, directs et indirects, notamment en présence de pratiques sophistiquées reposant sur des mécanismes qui, pris isolément, pourraient revêtir l'apparence de la légalité, pour autant qu'ils constituent, ensemble, un faisceau d'indices graves, précis et concordants. A cet égard, la Cour relève que c'est à juste titre que la décision attaquée a rappelé 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 » (diffusion de prix, mise en œuvre d'une police des prix et application significative des prix diffusés), la preuve de*

¹² Arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Puériculture de France, n° 09-11.853.

¹³ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International, n°2010/23945, page 43.

¹⁴ Ibid, page 45.

¹⁵ Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple.

¹⁶ Ibid., paragraphe 835.

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. »¹⁷

33. Si la cour a annulé la décision de l'Autorité concernant cette pratique, c'est parce qu'elle a estimé que la preuve des prix imposés n'était pas rapportée en raison de différences d'appréciation des faits. Mais l'arrêt de la cour d'appel confirme bien que le standard de preuve applicable peut ne pas reposer sur le faisceau d'indices à trois branches en cas d'absence de preuves directes du concours de volontés.

34. On peut de même citer la décision de l'Autorité n° 21-D-14 du 24 juin 2021 relative à la distribution de produits Kärcher, qui elle aussi rappelle que le « *faisceau à trois branches* » ne constitue que le mode de preuve généralement utilisé du concours de volontés des deux parties, et non une obligation pour l'Autorité¹⁸. L'Autorité y reprend l'arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010 précité pour rappeler qu'elle peut utiliser des éléments qualitatifs pour apprécier l'adhésion des distributeurs à la politique de prix du fournisseur.

35. Si cette dernière décision a conduit à un non-lieu, faute d'éléments démontrant l'acquiescement des distributeurs, cela n'a pas été le cas d'une décision n° 21-D-20 du 22 juillet 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lunettes et des montures de lunettes. Une fois encore, l'Autorité y rappelle qu'elle « *ne saurait être tenue, en toute espèce, de réunir ce faisceau d'indices articulé en trois branches, lorsqu'elle dispose d'indices documentaires ou comportementaux qui viennent établir, d'un part, l'invitation du fabricant, et d'autre part, l'acquiescement des distributeurs à la pratique litigieuse* »¹⁹. L'Autorité a, dans cette décision, sanctionné Luxottica, en ne s'appuyant que partiellement sur des éléments quantitatifs pour apprécier l'adhésion des distributeurs à sa politique d'encadrement des prix. La preuve de cette dernière était d'abord rapportée par la signature de documents contractuels, et par d'autres preuves documentaires (notamment des courriels et des déclarations) attestant que les distributeurs appliquaient les consignes de prix communiquées par Luxottica²⁰.

36. En conclusion, l'Autorité s'est écartée à plusieurs reprises ses dernières années du faisceau d'indices à trois branches qui avait jusqu'ici caractérisé sa pratique décisionnelle. Le recours à des modes de preuve différents et complémentaires, en accord avec la jurisprudence, permet à l'Autorité de garantir l'efficacité de son action à l'encontre des ententes verticales sans porter atteinte aux droits de la défense.

¹⁷ Arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 octobre 2022, n°20/08582, point 456. Cet arrêt est frappé d'un pourvoi.

¹⁸ Décision n° 21-D-14 du 24 juin 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'articles de bricolage, paragraphe 150.

¹⁹ Décision n° 21-D-20 du 22 juillet 2021 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lunettes et montures de lunettes, paragraphe 649. Cette décision a fait l'objet d'un recours (affaire pendante).

²⁰ Ibid, paragraphes 711 et suivants.