

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Les problématiques liées aux marques dans les pratiques anticoncurrentielles

Droit & économie | Concurrences N° 1-2016

www.concurrences.com

Maurice Nussenbaum

mnussenbaum@sorgemeval.com

Expert judiciaire agréé, Cour de cassation et Cour Administrative d'Appel de Paris et de Versailles
Professeur, Université Paris-Dauphine (Paris IX)

Claire Karsenti

ckarsenti@sorgemeval.com

Expert judiciaire, Cour d'appel de Paris et Cour pénale internationale

Maurice Nussenbaum

mnussenbaum@sorgemeval.com

Expert judiciaire agréé, Cour de cassation
et Cour Administrative d'Appel de Paris
et de Versailles
Professeur, Université Paris-Dauphine
(Paris IX)

Claire Karsenti

ckarsenti@sorgemeval.com

Expert judiciaire, Cour d'appel de Paris et
Cour pénale internationale

ABSTRACT

La gestion des marques est devenue un des éléments essentiels de la stratégie concurrentielle des entreprises. Pourtant, les marques demeurent à la marge de l'analyse économique et posent questions au droit de la concurrence. L'analyse économique et juridique des pratiques anticoncurrentielles ne s'intéresse pas spécifiquement aux marques mais peut dans certains cas reconnaître leur rôle pour développer des barrières à l'entrée.

Les décisions des autorités de concurrence et des juridictions étatiques en France s'agissant des marques sont souvent limitées aux cas d'éventuels abus de position dominante par les anciens monopoles publics. On peut cependant en tirer des enseignements sur la prise en compte limitée de l'analyse stratégique et économique des marques. Il serait en effet nécessaire de développer la prise en compte du rôle des marques dans la définition des marchés pertinents et des analyses économiques par les autorités de concurrence car il existe des outils spécifiques développés par les sciences de gestion pour analyser le pouvoir des marques et le valoriser.

Brand management has become an essential part of companies' competitive strategy. Yet, brands are still secondary in most economic analysis and raise questions in competition law. The economic and legal analysis of anti-competitive practices does not seek to analyze brands specifically, but can sometimes recognize their role to develop barriers to entry. Decisions rendered by competition authorities and national courts in France concerning brands are often limited to cases of possible abuse of dominant position by former legal monopolies. However, one can learn from the limited consideration of the strategic and economic analysis of brands. Indeed, it would be necessary to develop the recognition, by the competition authorities, of the role of brands in the definition of relevant markets and in economic analyses, as there are specific tools developed by management sciences for analyzing and valuing the power of the brand.

Les problématiques liées aux marques dans les pratiques anti-concurrentielles

1. La gestion des marques est devenue un des éléments essentiels de la stratégie concurrentielle des entreprises. Pourtant, les marques restent encore des actifs à la marge de l'analyse économique et qui posent question au droit de la concurrence. En effet, les marques visent à réduire, voire éliminer, la concurrence par les prix en attachant le consommateur aux valeurs qu'elles déploient notamment par le biais de la communication, et qui ne peut être ainsi facilement reproduite par la concurrence.

2. L'objet du présent article est de présenter comment l'analyse économique et stratégique ont progressivement intégré le rôle des marques (I.) et les problématiques que soulèvent les marques dans l'analyse économique et juridique des pratiques anticoncurrentielles (II.) avant de tirer les enseignements des dernières décisions tant de l'Autorité de la concurrence (ci-après l'Autorité) que des juridictions étatiques sur ces sujets (III.).

I. L'intégration progressive du rôle des marques par l'analyse économique et stratégique

1. L'intégration progressive du rôle des marques par l'analyse économique

3. L'intégration du rôle de la marque dans l'analyse économique s'est faite par étapes. Elle apparaît d'abord comme un moyen de différenciation des produits puis son rôle s'élargit et elle devient plus tard un actif économique spécifique.

4. **La marque en tant qu'outil de différenciation des produits.** Il faut remonter à la théorie de la concurrence imparfaite développée par J. Robinson¹ pour intégrer la marque dans la concurrence à travers la perte du caractère homogène des produits, concept essentiel de la concurrence parfaite.

1 J. Robinson, *The Economics of Imperfect Competition*, London, Macmillan, 1933.

Cette théorie a été prolongée par E. H. Chamberlin² avec le concept de concurrence monopolistique, qui caractérise des situations où chaque vendeur propose des versions différentes du même produit en différenciant certaines de ses caractéristiques et en créant ainsi des préférences et des demandes spécifiques permettant en théorie de vendre à des prix au-dessus des coûts marginaux, mais l'on ne se trouve pas pour autant dans une situation d'absence de concurrence puisque l'absence de barrières à l'entrée permet d'attirer des concurrents qui vont réduire les niveaux des profits.

5. L'élargissement du rôle de la marque. L'analyse économique va progressivement intégrer les fonctions des marques. Tout d'abord à travers la fonction informative de la publicité, qui permet à la marque d'assurer une garantie sur l'origine et sur la qualité du produit et ainsi de réduire les coûts de recherche du consommateur.

La publicité aide le consommateur à faire les meilleurs choix en fonction de ses préférences. En effet, les marques et la publicité interviennent dans la construction des préférences des consommateurs (K. Bagwell³). Les valeurs véhiculées par la marque font partie des attributs du produit et sont consommées avec le produit.

Dans cette construction, on distingue les *search goods*, pour lesquels la qualité peut être connue avant l'achat, et les *experience goods*, pour lesquels seule la consommation permet de la connaître. Dans les deux cas, la publicité va aider le consommateur (P. Nelson)⁴.

6. La reconnaissance de la marque en tant qu'actif économique spécifique. C'est en reconnaissant que la marque a des effets à long terme sur le comportement du consommateur que l'on prend conscience de sa fonction d'actif économique : l'entreprise a d'abord investi pour la construire à travers des dépenses de publicité et de marketing sous toutes ses formes (produits, packaging...) puis en retire des fruits grâce à une fidélité des consommateurs et à un attachement aux valeurs qu'elle a construites. C'est ainsi qu'a émergé le concept de *brand equity* (D. Aaker)⁵ défini par cinq composantes : loyauté, notoriété, qualité perçue des produits, associations suggérées par la marque (ses valeurs associées) et autres actifs liés, notamment les avantages comparatifs conférés par la marque ou les autres actifs incorporels qui lui sont attachés comme les relations clients, les brevets.

D'autres auteurs ont introduit le concept de *preference capital*, actif associé à la marque, car il traduit l'attitude du consommateur à son égard. Dès lors qu'elle crée des préférences, la marque construit un actif, dit "capital

de préférence", qui est recherché par l'entreprise, à travers le *branding* et la publicité, pour construire une loyauté à la marque, génératrice de rente à long terme. La marque permet de cristalliser les expériences passées et de renforcer la fidélité des consommateurs⁶. En tant qu'actif, la marque donne même lieu à des évaluations financières⁷.

7. La marque permet également de répondre à une demande de variété de la part du consommateur et contribue ainsi à accroître son bien-être. Cette demande de variété a été introduite dans la théorie économique dans les années 1970 en tant que composante du bien-être du consommateur⁸. Les auteurs montrent que l'utilité des consommateurs s'accroît avec les nouveaux produits qui constituent des variétés nouvelles. Le potentiel d'économies d'échelle peut se trouver réduit par cette augmentation du nombre de produits, mais cela constitue le prix à payer pour bénéficier de cette diversité.

La fonction effective des marques est beaucoup plus large que l'augmentation du nombre de variétés puisque l'analyse marketing les définit comme des symboles complexes incorporant à la fois une mémoire et des valeurs et visant à créer des liens de loyauté avec les consommateurs fondés sur l'attachement aux valeurs qu'elles véhiculent.

2. La marque trouve sa place également dans l'analyse stratégique et marketing

8. La marque est un actif tridimensionnel avec :

- une dimension juridique : le domaine de compétence d'une marque et sa pérennité dépendent de l'étendue de sa protection juridique (classes, pays) ;
- une dimension marketing : la marque est un réducteur de risque pour le consommateur du fait du contrat de garantie implicite qui l'accompagne. La marque a une personnalité constituée de plusieurs caractéristiques ;
- une dimension financière : la marque ne vaut que par sa valeur ajoutée, en termes de prix ou de marge et d'attraction des consommateurs, ou encore par sa capacité à être donnée en licence et à supporter de nouveaux produits.

2 E. H. Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1933.

3 K. Bagwell, *The Economic Analysis of Advertising*, Discussion Paper No. 0506-01, Columbia University Department of Economics, August 2005, p. 143, cité par I. Lianos, p. 11.

4 P. Nelson, *Advertising as Information*, *Journal of Political Economy* 82, 1974, pp. 729-754.

5 D. A. Aaker, *Managing Brand Equity*, New York, Free Press, 1991.

6 Cf. B. J. Bronnenberg, S. K. Dhar, J.-P. Dubé, *Brand History, Geography and the persistence of Brand Shares*, *Journal of Political Economy*, 117 (1) (2009), pp. 87-115.

7 M. Nussenbaum, *L'évaluation financière des actifs incorporels : marques, brevets, savoir-faire...* Colloque de l'IRPI, *Approches stratégiques de la propriété industrielle*, *Le droit des affaires – Propriété intellectuelle* 38, juillet 2011.

8 A. K. Dixit and J. E. Stiglitz, *Monopolistic Competition and Optimum Product Diversity*, *The American Economic Review*, June 1977, pp. 297-308.

9. Dans sa dimension marketing, la marque peut se mesurer dans l'esprit des consommateurs à l'aide d'études qualitatives et quantitatives. La marque est pour beaucoup de sociétés un des principaux leviers de création de valeur. La valeur fondamentale d'une marque tient à l'ensemble des traits qui constituent son image (D. Aaker)⁹. Pour D. Aaker (1994), l'image de marque :

- aide le consommateur à traiter l'information sur le produit ;
- différencie le produit et le positionne ;
- donne une raison d'acheter ;
- crée un sentiment positif à l'égard de la marque ;
- permet des extensions de marque.

La marque permet aux clients de s'identifier aux valeurs mises en avant par les entreprises et relayées dans les médias. Elle peut jouer également un rôle de garantie au moment du réachat. Elle caractérise par sa singularité, c'est-à-dire les valeurs qu'elle s'approprie et sa positivité, qui lui est conférée par ses valeurs.

Ces valeurs ont été associées à la marque par l'ensemble des opérations de marketing de toute nature que la marque a réalisé dans le temps et parfois dans toute son histoire (communications, sites Internet, nature et qualité des produits...).

Ainsi la marque est une sorte de mémoire qui s'est accumulée dans l'esprit des consommateurs ; faite de traits positifs lorsque la communication est cohérente avec les valeurs de la marque et éventuellement d'éléments négatifs si cette communication n'est pas en ligne avec son image de la marque.

La marque peut donc se définir comme un contrôle de l'imaginaire. Cet imaginaire est mobilisé par un ensemble de signes de nature diverse : linguistiques, iconiques, musicaux, etc. Elle se manifeste par l'association stable de valeurs à ces signes (le plus fréquemment à un nom propre). Les études marketing permettent d'établir de manière objective et scientifique le "capital de marque" qui s'est "stocké" dans l'esprit des consommateurs par l'ensemble des investissements en communication et des caractéristiques des produits associés à la marque¹⁰.

- Les études marketing qualitatives sur les marques correspondent à des interrogations très approfondies sur un nombre de personnes restreint (en principe entre 20 et 50 personnes). Elles ont pour objet d'explorer les relations qui existent entre un nom et des attributs de marque (logo, jingle, couleur...). On en tire une description des valeurs positives et négatives associées à une marque dans l'esprit des consommateurs.

- Les études marketing quantitatives sur les marques se réalisent sur un nombre important de personnes (supérieur à 50) à l'aide d'un questionnaire préstructuré. Elles ont pour objet de mesurer la présence de traits de caractère de marque (innovant, sympathique, autoritaire...) associés au nom de marque. On en tire un profil de marque comparatif aux marques concurrentes ; ce profil se définit par des pourcentages d'association des traits de caractère à la marque.

10. Dans leur dimension financière, les marques apparaissent comme des actifs :

- incorporels, c'est-à-dire des actifs sans corps qui trouvent des supports tangibles pour mettre en œuvre leur aptitude à créer de la valeur ;
- conditionnels/subordonnés : leurs valeurs ne se matérialisent que s'il est tout d'abord possible de rémunérer les capitaux investis pour financer les actifs qui leur servent de supports¹¹ ;
- dont la valeur est encore plus volatile que celle de l'entreprise ;
- sans marché autonome, car généralement cédés avec une partie de l'entreprise ou l'entreprise ;
- qui peuvent être séparables dans certaines conditions notamment par exemple pour obtenir des revenus de licences.

11. La marque se distingue des nombreux autres actifs incorporels possédés par l'entreprise, à savoir les :

- actifs marketing : accords de non-concurrence, noms de domaines, titres de journaux, noms de domaines (Internet) ;
- actifs liés aux relations avec les clients : contrats, listes de clients, accords non contractuels avec des clients ;
- actifs liés aux domaines artistiques : opéras, ballets, livres, journaux, autres droits littéraires, droits musicaux, photographies, vidéos...
- actifs de type contractuel : contrats de licence, contrats de franchise, permis de construction, contrats de location...
- actifs de nature technologique : brevets, logiciels, technologies non déposées, fichiers, formules secrètes...

12. La marque a une valeur financière d'autant plus importante qu'elle constitue une barrière aux concurrents et à la concurrence par les prix en faisant bénéficier à son détenteur d'une prime de prix et d'une réduction d'incertitude concurrentielle. La valeur financière d'une marque dépend de la volonté stratégique de l'entreprise

9 D. A. Aaker, *Le management du capital-marque*, Dalloz, 1994.

10 Y. Krief, *L'Imaginaire de Marque L'explorer, le mesurer, décider*, Éditions Kawa, 2015.

11 M. Nussenbaum, *Juste valeur et évaluation des actifs*, *Revue d'économie financière*, n° 71, 2003.

qui la possède, des attentes du marché c'est-à-dire de ce que les consommateurs/utilisateurs en font, et des grandes tendances sociologiques, qui déterminent les besoins des consommateurs.

13. Les marques peuvent être valorisées selon trois grands types d'approches : par les coûts, par le marché et par les revenus:

- l'approche par les coûts : cette méthode porte soit sur les coûts historiques de création de la marque ou sur les coûts de reconstitution d'une marque équivalente ;
- l'approche par le marché : cette méthode consiste à approcher la valeur de la marque par une référence de marché soit directe, lors de transactions sur des marques similaires, soit indirecte, sur la base des redevances de marché des marques similaires ;
- l'approche par les revenus : cette approche consiste à valoriser la marque à partir des revenus qu'elle est susceptible de générer. Les méthodes de revenus sont centrales pour les marques exploitées. Ces revenus correspondent à une part des revenus que la société pourra obtenir en commercialisant les produits intégrant la marque. Il s'agit, selon les cas, d'une prime de prix, d'une prime de marge, d'une économie de coûts, d'un effet sur les volumes, etc. L'approche par les revenus doit tenir compte des caractéristiques de la marque : son image, sa notoriété, son rôle pour le choix des consommateurs... donc plus la marque permet de garantir des revenus importants sur le long terme, c'est-à-dire plus elle permet de limiter la pression concurrentielle, et plus elle a une valeur financière élevée.

II. Les problématiques que posent les marques dans l'analyse économique et juridique des pratiques anticoncurrentielles

1. L'analyse économique et juridique des pratiques anticoncurrentielles ne s'intéresse pas spécifiquement aux marques mais peut dans certains cas reconnaître leur rôle pour développer des barrières à l'entrée

14. L'entreprise peut utiliser le pouvoir des marques pour contrôler de manière excessive son réseau de distribution. La différenciation à visée monopolistique n'est pas le seul challenge soulevé par les marques pour la régulation de la concurrence, car la marque permet également de renforcer le pouvoir de son détenteur sur sa distribution en établissant des liens directs avec les consommateurs (pouvoir encore renforcé avec Internet) et, de ce fait, de réduire celui de la distribution indépendante et favoriser la concentration sur le marché du *retail*¹².

Elle permet ainsi au producteur, *via* sa marque, d'établir des liens directs avec ses consommateurs et de court-circuiter les distributeurs traditionnels (ex. Apple), de contrôler les prix de vente, de contrôler la qualité en définissant des identités nationales ou mondiales et en créant des besoins émotionnels et psychologiques auxquels elle s'efforce de satisfaire.

De fait, les marques s'appuient sur des leviers autres que le prix pour transformer des biens, qui en leur absence seraient des commodités, pour en faire des produits différenciés et, par là même, faire bénéficier à leur propriétaire de primes de prix. Par exemple, la marque The Body Shop proposait une philosophie attachée à ses produits cosmétiques intégrant des objectifs sociétaux. Elle a été acquise pour 652 M€ en 2006 par L'Oréal, montrant ainsi que les valeurs de cette marque constituaient un actif important et pouvaient être exploitées par l'acquéreur¹³.

12 W. Comanor and P. Rey, Vertical Restraints and the Market Power of Large Distributors, *Review of Industrial Organization* (2000), Vol. 17, Issue 2, p. 135.

13 D. R. Desai and S. Waller, Brands, Competition, and the Law, *BYU Law Review* (2010), pp. 1425-1500.

Cependant, cet attachement aux valeurs véhiculées par la marque suppose des dépenses publicitaires importantes qui peuvent aussi conduire à un nombre de marques sous-optimal et à un gâchis de ressources à travers les dépenses marketing au sens large.

15. Les effets structurants de la marque vont-ils jusqu'à la création de barrières à l'entrée ? La recherche de marques fortes conférant des avantages concurrentiels durables constitue un objectif clair des grands groupes de biens de consommation ou d'équipement de toute nature. Dans les marchés concentrés, l'existence de marques fortes crée des barrières à travers les dépenses publicitaires nécessaires pour disposer d'une part de voix substantielle. De ce fait on doit s'interroger sur leur impact sur la concurrence. Ces barrières s'ajoutent aux barrières techniques en termes de coûts fixes.

La publicité peut être informative ou persuasive.

Dans le premier cas, ses effets concurrentiels peuvent être favorables, car elle réduit les asymétries informationnelles entre producteurs et consommateurs¹⁴.

En revanche, dans le second cas, les effets de la publicité persuasive ont été plus discutés dans la mesure où l'on a pu considérer qu'elle pouvait interférer dans les décisions d'achat dans le seul but de protéger le pouvoir monopolistique de la marque.

Cet effet de persuasion peut aboutir à ériger des barrières à l'entrée, comme l'ont montré W. C. Comanor et T. A. Wilson avec une étude économétrique en analysant l'impact des dépenses publicitaires dans 41 branches d'activité¹⁵. Ces barrières à l'entrée permettent à la marque de bénéficier de primes de prix en s'appuyant sur la persuasion et la fidélité à la marque. Lester Telser¹⁶ reconnaît dès 1972 la prime de prix comme un des objectifs recherchés par la marque (à côté de la loyauté du consommateur) et propose de l'intégrer dans la mesure du pouvoir de marché de la marque.

Pour certains auteurs, comme Deven R. Desai et Spencer Waller¹⁷ ainsi que Sullivan et Grimes¹⁸, qui ont associé l'analyse économique et juridique, les détenteurs de marque cherchent à exercer un pouvoir de marché de nature monopolistique en agissant sur la demande en la rendant plus inélastique afin de pouvoir faire monter les prix sans perdre des ventes tout en renforçant l'attachement à la marque, ce qui suppose la création

de barrières à l'entrée. Mais les résultats des analyses empiriques sont partiellement divergents sur l'effet créateur de barrières à l'entrée des marques.

En fait, ce pouvoir n'a été mis en cause que dans des cas très rares où l'entreprise dispose d'un quasi-monopole de fait renforcé par le pouvoir de sa marque.

On peut citer à cet égard une décision américaine¹⁹ ancienne mais historique qui concernait une société, Borden, détentrice d'une marque de jus de citron accusée d'ériger des barrières insurmontables avec sa marque Real Lemon, alors qu'elle détenait une part de marché comprise entre 75 et 90 %, la marque ayant été considérée comme étant la source du pouvoir de monopole dont bénéficiait la société.

La décision fut d'obliger Borden à signer des accords portant à la fois sur l'usage de la marque et de la technologie associée de manière à permettre aux concurrents de pénétrer efficacement ce marché. Cette décision fut largement critiquée pour avoir été non seulement réparatrice, mais aussi punitive en violant les droits de propriété attachés à la marque.

16. Un autre courant conteste l'existence de barrières à l'entrée créées par les marques. On retrouve des développements inspirés par la théorie de la concurrence imparfaite et monopolistique.

En effet, on a vu apparaître une théorie des niches pour définir les sous-marchés créés par les marques²⁰.

Ces niches permettent le développement de positions quasi monopolistiques et, également, favorisent le développement de la R&D, sans nécessairement créer de barrières à l'entrée non contestables puisque la concurrence intermarques demeure possible notamment par l'émergence de nouvelles niches. À titre d'exemple, les distributeurs peuvent challenger les marques nationales en créant leurs propres marques de distributeurs (MDD).

Les contradictions entre les courants affirmant ou non l'effet barrière expliquent pourquoi, sous l'influence de l'école de Chicago, l'approche micro-économique des pratiques anticoncurrentielles s'est principalement focalisée sur le prix (notamment à travers les théories sur les prix prédateurs) alors que l'approche managériale se focalise quant à elle sur la construction d'avantages concurrentiels durables à l'aide des barrières à l'entrée de toute nature, dont les marques qui permettent, grâce aux valeurs qu'elles fédèrent, une différenciation des produits et une capitalisation de l'expérience passée des consommateurs.

14 A. Chronopoulos, Goodwill Appropriation as a Distinct Theory of Trademark Liability: A Study on the Misappropriation Rationale in Trademark and Unfair competition Law, *Texas Intellectual Property Law Journal*, Vol. 22, No. 3, pp. 253-310, Oct. 2014.

15 W. S. Comanor and T. A. Wilson, Advertising and Market Power, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1974, p. 239.

16 L. Telser, *Competition, Collusion and Game Theory. Aldine Treatises in Modern Economics*, London, Macmillan, 1972.

17 D. R. Desai and S. Waller, *op. cit.*, note 13, p. 1464.

18 L. A. Sullivan and W. S. Grimes, The law of Antitrust: An Integrated Handbook § 2.4c (2nd ed., 2000).

19 *In re Borden Inc.* 92 FTC, 669-833 (1978).

20 C. Tisdell and I. Seidl, Niches and Economic Competition: Implications for Economic Efficiency, Growth and Diversity, August 2001 – Working Paper No. 8 Economic Theory, Applications and Issues. The University of Queensland.

2. Influence des analyses de la marque sur la définition du marché pertinent notamment par le rôle des marques de distributeurs (MDD)

17. La marque n'est généralement pas prise en compte dans le contexte de la définition du marché pertinent dès lors qu'elle ne s'oppose pas à la substituabilité des produits et des services considérés puisque le marché se définit comme un lieu "où se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique, ce qui implique qu'existe une concurrence effective entre les produits ou services qui en font partie, ce qui suppose un degré d'interchangeabilité en vue du même usage entre les produits ou services faisant partie du même marché" (Paris, 1^{er} ch., 12 mars 2002, *JurisData* n° 17254).

18. Ainsi dans une affaire ancienne, *United Brands* (14 février 1978)²¹, la CJCE avait non seulement considéré que les bananes constituaient un marché distinct de celui des autres fruits frais, mais qu'à l'intérieur de ce marché la marque dont bénéficiait *United Brands* lui avait permis de renforcer sa position dominante.

19. Dans une affaire concernant le projet d'acquisition par *The Coca-Cola Company* des actifs du groupe *Ricard* relatifs à la marque *Orangina* (Cons. conc., avis n° 98-A-09 du 29 juillet 1998), le Conseil a considéré, après plusieurs décisions européennes, que les boissons gazeuses non alcoolisées pouvaient être distinguées des autres types de boisson (jus de fruit, produits laitiers et eaux, etc. (Commission européenne, 22 janvier et 11 septembre 1997), mais en plus qu'à l'intérieur du marché des boissons gazeuses "il fallait délimiter l'existence d'un marché spécifique des boissons au goût de cola (cf. également décision no 96-D-67 du Conseil de la concurrence) car elles sont des créations nord-américaines et que les consommateurs les associent aux valeurs de jeunesse, à l'exercice et au spectacle du sport, que la Commission européenne, dans la décision du 22 janvier 1997, a retenu que les boissons au goût de cola étaient perçues tant par les offreurs que par les demandeurs comme un produit spécifique et donc constituaient un marché spécifique des autres boissons gazeuses".

On voit clairement à travers cet exemple que ce sont les valeurs subjectives véhiculées par les marques *Coca* et *Pepsi* qui ont fortement contribué à la délimitation d'un marché spécifique des colas. La question posée est cependant de systématiser une telle analyse pour permettre de définir à partir de quel niveau de pouvoir les valeurs de marque deviennent suffisamment fortes pour s'opposer à la substituabilité et contribuer de ce fait, tout au moins au niveau de la demande, aux conditions de définition d'un marché pertinent.

21 CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission des communautés européennes (Chiquita)*, aff. 27/76, *Rec.*, p. 207.

L'Autorité a d'ailleurs clairement indiqué dans ses lignes directrices en matière de concentration de 2013 qu'il fallait prendre en compte des indices qualitatifs et quantitatifs (§ 249 et s.), notamment les préférences subjectives des clients lorsque les caractéristiques des produits sont relativement similaires (§ 353).

20. La question est donc d'avoir des mesures de substituabilité qui ne reposent pas uniquement sur des mesures d'élasticités croisées, d'autant plus que l'on ne dispose pas toujours des données adéquates.

D'ailleurs, l'Autorité de la concurrence a bien précisé dans son rapport annuel 2009 que la mesure précise de ces élasticités n'est pas disponible pour la plupart des biens ou services et que l'Autorité "les apprécie donc de manière qualitative en se fondant sur différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite (...) les différences de prix ou les préférences des consommateurs. Tous ces indices permettent d'apprécier quel serait le comportement du demandeur en cas de hausse relative du prix des biens ou services en cause".

21. Ainsi seules des méthodologies spécifiques (à base d'enquêtes) d'analyse des comportements des consommateurs vont permettre de mesurer le degré de "verrouillage" de la demande opérée par les marques. C'est notamment le cas des études dites de "trade off", qui consistent à reproduire en laboratoire une expérimentation qui respecte une logique de mesure d'élasticité²².

Cette approche *trade off*, qui vise à reconstruire les élasticités par des approches non économétriques lorsque les données ne sont pas disponibles, doit être complétée, pour construire le faisceau d'indices évoqué par l'Autorité et analyser les représentations que se font les consommateurs d'un marché, par des enquêtes qualitatives et quantitatives (cf. *supra*) ou des études sur les usages et attitudes des consommateurs.

22. Dès lors que le marché pertinent aura été établi notamment à l'aide de la prise en compte de l'effet marque, on pourra définir une éventuelle position dominante.

23. On a montré que la marque et la différenciation qu'elle permet des produits contribuent à rendre la demande à une variété spécifique d'un produit moins élastique au prix que la demande générique de ce produit.

Les marques *low cost* et notamment les MDD constituent un développement supplémentaire des possibilités de différenciation. Les MDD sont des marques créées par les distributeurs et qui concurrencent ou complètent l'offre des marques de fabricants (ci-après "MDF"). Dans la mesure où elles sont vendues à des prix plus bas que les MDF en offrant des fonctionnalités proches, on peut s'interroger sur leur aptitude à amoindrir les barrières dont bénéficient les MDF. Mais tout d'abord il convient d'établir si elles sont dans le même marché pertinent.

22 *Études marketing et opinion. Fiabilité des méthodes et bonnes pratiques*, Syntec EMO, Dunod, 2007.

24. Dans l'affaire *Bongrain/Sodiaal*²³, la Commission évoque la question de la distinction MDD/MDF en soulignant que le marché des MDD présente des caractéristiques très distinctes de celles du marché des MDF puisqu'il fonctionne par appels d'offres annuels et que les détaillants peuvent normalement changer de fournisseur d'une année sur l'autre, et qu'il faut donc être capable de produire au meilleur coût pour une qualité donnée afin d'être actif sur ce marché (§ 13).

Elle en déduit cependant, tout en ayant observé que la concurrence en rayon entre MDD et MDF est une réalité et qu'il existe une substitution entre les deux, que, compte tenu de la position prise par la Commission dans la décision M.4533, *SCA/P&G*, il convient de définir deux marchés amont distincts, MDD et MDF, tout en prenant en compte en aval les interactions concurrentielles entre ces deux marchés (§ 17).

25. Dans l'affaire des produits laitiers frais (déc. n° 15-D-03 du 11 mars 2015), l'Autorité, en évoquant différentes décisions des autorités de concurrence concernant les produits laitiers frais ou ultrafrais, a rappelé que les critères de segmentation utilisés comprenaient le type de produit concerné, le canal de distribution emprunté et le positionnement commercial choisi, et a observé (§ 185) que les "autorités de concurrence ont, en outre, envisagé dans ces différentes décisions une sous-segmentation des marchés selon que la vente est effectuée sous marque de fabricant ou sous marque de distributeur mais ont finalement laissé ouverte la question d'une segmentation plus fine du marché des produits laitiers frais entre MDD et MDF".

26. On voit donc que la jurisprudence n'a pas de position univoque sur cette question de la distinction d'un marché spécifique des MDD. La solution est adaptée à chaque cas d'espèce, sans pour autant que le raisonnement sous-jacent soit formalisé, alors que l'analyse marketing pourrait lui procurer des outils adéquats.

27. L'analyse marketing est ainsi très claire s'agissant de la notion de prime de prix.

En effet, il existe *a priori*, de la part des consommateurs, une préférence pour les MDF pour autant que l'écart de prix ne dépasse pas un certain seuil, car au-delà le consommateur optera pour les MDD. Cet écart est fonction du pouvoir de la marque, qui lui-même peut varier, pour les marques internationales, selon les pays et selon les périodes. Cette notion est très étroitement suivie par les grands groupes producteurs au moyen d'études adéquates, car elle conditionne le maintien de leur part de marché dans les MDF. Cette prime de prix est associée aux qualités perçues par les consommateurs relativement aux MDF et à leur sensibilité relative.

Ainsi, dès qu'on franchit le seuil de protection offert par la prime de prix, les MDD sont susceptibles de remettre

en cause l'effet supposé de la marque de permettre une réduction de l'élasticité de la demande en offrant aux consommateurs des substituts moins chers. Elles apparaissent offrir une alternative aux barrières érigées par les MDF. Mais en fait, comme les producteurs de MDD sont également producteurs de MDF, ils peuvent jouer sur les pouvoirs de marques des deux catégories pour optimiser leur profit global compte tenu des primes de prix des MDF qui leur assurent une protection relative.

Disposant d'un pouvoir de marché important, les MDD peuvent aussi impacter, par des hausses de prix concertées²⁴ ne remettant pas en cause les primes de prix des MDF les plus fortes, les marques intermédiaires qui ne bénéficient pas de primes de prix aussi élevés, ce qui a pu faire dire à certains qu'elles peuvent elles aussi abuser de positions dominantes susceptibles de porter atteinte aux capacités d'innovation des marques nationales²⁵.

III. Les enseignements à tirer des dernières décisions tant de l'Autorité de la concurrence que des juridictions étatiques sur les marques dans les pratiques anticoncurrentielles

1. Les décisions concernant les marques sont souvent limitées aux cas d'éventuels abus de position dominante par les anciens monopoles publics

28. Il est naturel pour le titulaire d'une marque forte de chercher à l'utiliser sur des marchés connexes. Cette pratique est aujourd'hui répandue chez les géants de l'Internet comme Apple ou Google, classées comme les deux premières marques en valeur selon le classement

23 Déc. de la Commission, article 6(1)(b), cas n° COMP/M4761 – *BONGRAIN/SODIALJV* du 18/10/2007.

24 Dans le cas des produits laitiers frais sus-cités, l'Autorité a montré que les producteurs de MDD s'étaient concertés pour répercuter les hausses de prix à la production dans les prix de leurs produits (§ 322).

25 T. Staahl Gabrielsen and L. Sorgard, Private Labels, Price Rivalry and Public Policy, *European Economic Review* 51 (2007), pp. 403-404.

Interbrand 2015²⁶. Ces marques développent un écosystème permettant des diversifications autour d'innovations. Ainsi pour Google, après Google Search (moteur de recherche), Google Maps (géolocalisation), Gmail (messagerie électronique), Google TV (télévision), Google Glass (lunettes), on trouve de nouvelles diversifications dans la santé (le laboratoire Google X), les transports (la Google Car)...

Cependant pour le moment, les différentes décisions de l'Autorité et des juridictions étatiques en France ont surtout concerné les anciens monopoles publics tels que la SNCF, EDF ou PMU, qui ont construit des marques fortes grâce à des monopoles légaux et dont la notoriété est telle que leurs utilisations sur des marchés récemment ouverts à la concurrence constituent un avantage concurrentiel élevé par rapport aux autres acteurs du marché.

29. Dans sa décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, l'Autorité a relevé plusieurs problématiques liées à la mise à disposition de la marque voyages-sncf.com au profit de l'Agence VSC.

En effet, l'Autorité souligne que l'avantage concurrentiel dont bénéficie la filiale commune est susceptible de fausser la concurrence : *“210. Toutefois, en mettant sa marque à disposition de la filiale commune, la SNCF a faussé le jeu de la concurrence. En effet, la SNCF prête sa marque aux produits de voyages distribués par l'Agence VSC, de sorte que le consommateur croit acheter des produits de la SNCF. Or, tel n'est pas le cas puisque les produits de voyages vendus sur les pages de l'Agence VSC sont ceux du groupe Expedia.”*

L'Autorité rappelle que le Conseil de la concurrence, dans un avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif aux problèmes soulevés par la diversification des activités des entreprises EDF et GDF, a montré la force de l'image d'une entreprise publique : *“Enfin peuvent être soulignés, parmi d'autres, deux avantages potentiels tirés de la mission de service public détenue de longue date ; il s'agit, d'une part, de la taille (effet de réseau), d'autre part, de l'image. [...] L'image des deux établissements publics est, en l'espèce, un avantage immatériel important pour les filiales qui leur sont rattachées puisque souvent cette bonne notoriété repose sur des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité avec des garanties d'universalité et de continuité.”*

L'Autorité considère en l'espèce que *“l'utilisation de la marque voyages-sncf.com est étroitement liée à l'utilisation de l'image de la SNCF, le site voyages-sncf.com se présentant comme l'agence de voyages en ligne de la SNCF. L'utilisation de la marque voyage.sncf.com doit, en outre, être analysée concomitamment à celle de l'utilisation du site voyages-sncf.com par l'Agence VSC puisque c'est aux fins de distribuer ses produits sur le site voyages-sncf.com que l'Agence VSC dispose de la marque*

voyages-sncf.com. Or, le site voyages-sncf.com est un site extrêmement fréquenté. En mai 2006, il accueillait 9,3 millions de visiteurs uniques, soit une pénétration du quart des Internautes français. Dans la mesure où les ventes sur un site sont généralement proportionnelles au nombre de visites, il est indéniable que le fait d'avoir profité de la marque de la SNCF, de son image et de son site commercial pour vendre des produits non ferroviaires a donné un avantage concurrentiel à l'Agence VSC”.

Ceci conduit l'Autorité à conclure notamment au caractère anticoncurrentiel du bénéfice de la marque SNCF : *“229. Le partenariat entre la SNCF et Expedia créant l'Agence VSC constitue une entente contraire aux articles 81 du traité et L. 420-1 du Code de commerce, ayant pour objet et pour effet de favoriser la filiale commune sur le marché des services d'agence de voyages prestés pour les voyages de loisir au détriment des concurrents. L'Agence VSC et, à travers elle, Expedia ont ainsi, en violation des règles de concurrence, bénéficié d'avantages – qui leur ont été réservés – liés au partage du site marchand de la SNCF et, notamment, du trafic généré par l'achat de billets de train, de l'envoi de newsletters communes, du partage inégalitaire des revenus publicitaires et du bénéfice de la marque contenant la mention “SNCF”.”*

30. Dans la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 dans l'affaire *Solaire Direct et EDF* et l'arrêt de la cour d'appel du 21 mai 2015, l'Autorité a considéré que EDF avait enfreint l'article L. 420-2 du code de commerce et l'article 102 TFUE en mettant à la disposition de ses filiales actives sur le marché photovoltaïque des moyens matériels et immatériels qui lui ont fait bénéficier de son image de marque et de sa notoriété.

La cour d'appel a annulé en partie la décision de l'Autorité. Cette affaire fait actuellement l'objet d'un pourvoi en cassation. On tirera tous les enseignements de cette affaire lorsque la procédure sera terminée.

31. Dans son avis en date du 20 janvier 2011 (n° 11-A-02) relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, l'Autorité de la concurrence s'est inquiétée de l'avantage concurrentiel de la notoriété des marques des acteurs ayant développé leur activité en monopole : *“Dans le secteur des jeux en ligne, le PMU et la FDJ disposent d'une image de marque obtenue grâce à leur activité en monopole, et notamment à l'étendue et à la visibilité de leurs réseaux de points de vente physiques. Cette notoriété pourrait représenter un avantage concurrentiel significatif, susceptible de faciliter le développement de ces opérateurs sur le marché des jeux en ligne. (...) La détention par le PMU de marques sur les dénominations usuelles des paris hippiques en France est susceptible de constituer une barrière à l'entrée significative.”* Et l'Autorité d'ajouter que l'*“utilisation de la marque d'un opérateur titulaire ou ancien titulaire d'un monopole public sur un marché ouvert à la concurrence ne saurait constituer un abus de position dominante en soi. Le risque de distorsion de concurrence est néanmoins plus élevé s'agissant de marchés récemment ouverts à la concurrence”.*

26 <http://interbrand.com/best-brands/best-global-brands/2015/>

Cette situation fait peser un risque de pratiques anticoncurrentielles de subventions croisées entre les activités en monopole et celles sur un marché concurrentiel, d'où la recommandation par l'Autorité d'une séparation juridique et fonctionnelle des activités en monopole et exercées sur un marché concurrentiel.

32. Pourtant, récemment, dans sa décision n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne, l'Autorité précise que ce serait *“uniquement lorsqu'un opérateur historique s'est diversifié sur un autre marché que son marché d'origine que le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont considéré que l'utilisation de sa marque sur ce nouveau marché pouvait poser un problème concurrentiel. Cette position est constante depuis l'avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 et l'Autorité la rappelle récemment, s'agissant de la diversification d'EDF sur le marché de l'électricité d'origine photovoltaïque, dans sa décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013.”*

En l'espèce, pour l'Autorité, le PMU est dans une situation fondamentalement différente d'EDF, car il n'est pas un nouvel entrant sur le marché des paris hippiques en ligne et cette activité ne constitue donc pas pour lui une diversification.

Le PMU a lancé son offre de paris hippiques en ligne en 2003, alors que ce marché était encore sous monopole, et a poursuivi après 2010 cette activité dans les mêmes conditions, après avoir obtenu, comme l'ensemble des opérateurs, l'agrément de l'ARJEL.

L'Autorité relève que, dans plusieurs cas similaires à celui du PMU, un opérateur historique a poursuivi une activité préexistante désormais ouverte à la concurrence tout en conservant partiellement son monopole et l'usage de sa marque :

- EDF en matière de fourniture d'électricité (clients éligibles) ;
- la SNCF en matière de transports ferroviaires (fret) ;
- La Poste en matière de service postal (colis).

L'Autorité ajoute : *“Dans d'autres cas d'ouverture totale d'un monopole à la concurrence, la question de la marque de l'opérateur historique et de son utilisation sur son marché d'origine désormais concurrentiel n'a pas non plus fait obstacle au développement d'une concurrence effective. Ainsi, sur les différents marchés du secteur des télécommunications, l'opérateur historique a continué à utiliser sa marque de monopole – France Télécom (aujourd'hui renommé Orange) – sans qu'une telle utilisation n'ait jamais empêché, en tant que telle, l'émergence de concurrents puissants. 71. L'avantage en termes de confiance qu'un opérateur historique comme le PMU tire généralement de sa marque n'a pas empêché les opérateurs alternatifs, avant l'entrée en vigueur de la loi du 12 mai 2010, lorsqu'ils étaient illégaux au regard du droit français et installés à l'étranger, de se développer avec succès auprès des consommateurs français. Aujourd'hui, a*

fortiori, en imposant aux opérateurs de paris hippiques en ligne d'être agréés par une Autorité administrative, l'État envoie un signe aux parieurs leur disant qu'ils peuvent leur confier leur argent en toute confiance, les mettant ainsi à égalité.”

Ainsi, l'Autorité conclut qu'en tant que telle, l'utilisation de la marque du PMU sur son marché d'origine désormais ouvert à la concurrence n'est donc pas de nature à susciter des préoccupations de concurrence au regard de la situation du PMU sur le secteur des paris hippiques en ligne.

2. Quels enseignements tirer de la prise en compte limitée de l'analyse stratégique et économique des marques par les autorités de concurrence s'agissant des cas où la marque vient renforcer une position dominante ?

33. À ce stade, l'analyse des pratiques anticoncurrentielles par les autorités de concurrence permet de constater qu'elles n'ont pas intégré de manière systématique, sauf dans les cas où le pouvoir des marques est indiscutable, les outils spécifiques développés par les sciences de gestion (*cf. supra*).

Cette intégration serait utile pour aboutir à des décisions de régulation s'appuyant des analyses plus concrètes du fonctionnement des marques, à partir d'observations des comportements des consommateurs, de manière à mieux comprendre la formation de leurs préférences, que ne le permettent les seuls modèles économétriques aux hypothèses trop éloignées de la réalité et cela afin de mieux analyser comment les marques construisent la loyauté de leurs clients et sur quels leviers elles s'appuient.

34. La marque n'est généralement pas considérée dans le contexte de la définition du marché pertinent comme un élément spécifique de l'analyse économique des concentrations ni des positions dominantes pour lesquelles les critères de substituabilité et de part de marché demeurent essentiels.

De ce fait, la marque apparaît comme un des moyens de mettre en œuvre un abus de position dominante, dont la définition demeure strictement liée à la restriction de l'accès au marché de ses concurrents en recourant à des moyens autres que la concurrence par les mérites.

Il faut bien entendu qu'au préalable l'entreprise dispose d'une position dominante (qui a pu être acquise grâce à la marque), c'est-à-dire *“d'une position de puissance économique qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements*

indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et finalement des consommateurs”.

Le niveau de part de marché sur le marché pertinent ne constitue qu'un indice de dominance, car il n'existe pas de norme et il s'agit d'une notion relative, fonction notamment de celles des concurrents.

On comprend donc qu'une marque forte vienne renforcer la possibilité dont dispose l'entreprise en position dominante d'avoir, grâce à la différenciation procurée par la marque, des comportements indépendants et, par là même, d'abuser de sa position en s'opposant de fait à toute substituabilité.

Pour qu'on en arrive là, il faut effectivement que l'avantage constitué par la marque soit considéré comme non reproductible, c'est-à-dire que finalement il s'oppose à toute concurrence.

Or, on a noté plus haut que cet avantage procuré par la marque n'est pas un obstacle à lui seul à la concurrence dès lors que la concurrence intermarques est possible (notamment à travers la théorie des niches décrite plus haut, qui permet d'expliquer qu'en présence de profits monopolistiques résultant de la différenciation des produits, des concurrents sont normalement attirés), ce qui suppose, par ailleurs, que l'entreprise ne dispose pas d'une position dominante.

35. On a vu dans certaines décisions que la marque peut revêtir un caractère de bien essentiel dès lors que le titulaire a abusé de sa position dominante.

36. Ceci a pu conduire les autorités de concurrence, dans certaines affaires d'après-vente ou de pièces détachées, à définir le marché pertinent à partir de la marque pour qualifier un abus de position dominante lorsque les consommateurs sont réellement prisonniers de la marque (*cf. not., dans un autre cas de forte dépendance à une marque, l'arrêt de la CJCE dans l'affaire C-27/76, United Brands et Commission (Chiquita)*²⁷, où la marque a été considérée comme renforçant la position dominante de United Brands).

Cette position a été précisée notamment dans le cas des pièces de rechange pour l'automobile, où l'exploitation des consommateurs est considérée comme une pratique relevant de restriction verticale²⁸. La Commission précise même que le *branding* tend à accroître la différenciation des produits et à réduire leur substituabilité en diminuant l'élasticité de la demande et en accroissant les risques de hausse des prix.

²⁷ *Op. cit.*, note 21

²⁸ <http://eur-lex.europa.eu>: Document 52010XC0528(01) : Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces détachées de véhicules automobiles.

Cependant, même si les marques peuvent dans certaines circonstances contribuer à renforcer une position dominante, elles ne sont pas elles-mêmes constitutives d'abus, car selon les cas elles peuvent soit réduire l'élasticité de la demande et les possibilités de changement pour le consommateur en contribuant à établir des barrières à l'entrée, soit contribuer au développement de la concurrence et aux intérêts des consommateurs à travers une concurrence intermarques.

En effet, la qualité, l'innovation et la variété sont des paramètres de concurrence reconnus, ce qui a conduit à admettre les réseaux de distribution sélective ainsi que la possibilité d'imposer le choix des fournisseurs dans le cadre des réseaux de franchise en permettant ainsi de renforcer le pouvoir de la marque compte tenu de ses effets positifs sur le développement du marché considéré.

37. Dans une affaire ancienne, *Pronuptia de Paris GmbH contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*, demande de décision préjudicielle, arrêt de la Cour du 28 janvier 1986, la CJCE a précisé que la franchise se distinguait de la distribution sélective et qu'elle autorisait des dispositions contractuelles restrictives mais nécessaires au fonctionnement du réseau. En l'espèce le caractère substantiel du savoir-faire a été reconnu, car il aurait fallu de longs efforts au franchisé s'il avait dû l'acquérir seul.

Ces dispositions peuvent cependant être qualifiées de restrictives de concurrence si elles ne sont pas indispensables au développement du marché. À titre d'exemple, la société Pierre Fabre, qui bénéficiait d'un réseau de distribution sélective, a voulu empêcher ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur Internet en invoquant la nécessité de défendre l'image prestigieuse de sa marque.

Le Conseil de la concurrence (déc. n° 08-D-25b du 29 octobre 2008) avait tout d'abord considéré que cette interdiction faite aux distributeurs agréés les privait de la faculté de prospecter des clients et constituait une restriction de concurrence par objet.

La cour d'appel une fois saisie a choisi de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des communautés, qui, dans un arrêt du 13 octobre 2011, a adopté une interprétation restrictive du règlement d'exemption pour considérer qu'il ne s'appliquait pas "*à un contrat de distribution sélective qui comporte une clause interdisant de facto internet comme mode de distribution des produits contractuels*".

La Cour de cassation a rejeté le 24 septembre 2013 (n° 12-14344) le pourvoi contre l'arrêt de la cour d'appel de Toulouse du 17 janvier 2012 qui avait statué après avoir saisi la Cour de justice en indiquant que cette interdiction constituait une restriction par l'objet si elle n'était pas objectivement justifiée eu égard aux propriétés des produits en cause.

38. Les cas de Nespresso et de la commercialisation de l'iPhone 3G d'Apple sont également intéressants pour montrer l'utilisation d'une marque afin de renforcer une position dominante notamment assise sur des produits innovants.

En effet, Nespresso a été mis en cause par plusieurs concurrents en 2010 et 2011 considérant que les modifications techniques apportées aux machines Nespresso, les inscriptions portées sur les emballages ou les modes d'emploi des machines Nespresso et les déclarations des dirigeants ou des employés de Nespresso étaient des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante. Il est intéressant de constater que la décision 14-D-09 du 4 septembre 2014 de l'Autorité ne mentionne pas l'usage de sa marque par Nespresso parmi les éléments susceptibles de conduire à un abus de position dominante alors que, même si les pratiques en cause s'appuient essentiellement sur des éléments de différenciation technique mis en œuvre par Nespresso, ils ne peuvent prendre leur plein effet que du fait de la puissance de la marque Nespresso.

L'affaire de la commercialisation de l'iPhone 3G par Apple *via* Orange, qui a fait l'objet d'une décision de mesures conservatoires par le Conseil de la concurrence le 17 décembre 2008 (déc. 08-MC-01), avait fait ressortir la puissance de la marque Apple selon des documents communiqués par Orange : *"(...) la marque et la stratégie marketing sont les plus grands atouts d'Apple. Apple est l'une des marques les plus sophistiquées de l'époque moderne, à égalité avec Nike. Elle excelle à attirer l'attention des médias, traditionnels ou en ligne, dans une promotion qui dépasse très largement ses parts de marché. Elle réussit à créer une relation particulière avec ses clients, lesquels se transforment fréquemment en prosélytes de la marque."* Apple avait d'ailleurs indiqué avoir choisi Orange pour son contrat d'exclusivité sur l'iPhone 3G notamment du fait de la renommée de la marque Orange et de son adéquation avec son image.

39. Ces décisions montrent qu'il peut être intéressant d'intégrer de manière systématique dans les outils d'analyse de concurrence ceux relevant de l'analyse marketing, stratégique et financière afin de pouvoir réellement prendre en compte l'impact de la marque sur les décisions des consommateurs dans son univers concurrentiel et quantifier précisément si nécessaire cet avantage.

Conclusion

40. Les marques sont des leviers qui permettent aux entreprises de différencier leurs produits et services, et de fidéliser la clientèle à tel point que la théorie néoclassique du prix ne permet plus d'expliquer les choix des consommateurs qui sont prêts à payer un prix plus élevé (une prime de prix) pour avoir une marque plutôt qu'une autre.

Une marque forte crée un avantage concurrentiel durable et réel qui vise à faire obstacle aux concurrents. Plus cette marque est forte et plus elle aura de la capacité à créer de la valeur pour l'entreprise qui la possède à travers une prime de prix ou une réduction du risque.

L'analyse des décisions dans des affaires récentes montre que la réponse de l'Autorité de la concurrence et des juridictions étatiques en France a été de considérer que cet avantage concurrentiel, construit grâce à des monopoles légaux, n'était pas reproductible ni neutralisable et que, dès lors, en utilisant leurs marques historiques sur des marchés récemment ouverts à la concurrence, ces acteurs créent une distorsion fautive de la concurrence. Pourtant, l'Autorité semble aujourd'hui limiter cette position au cas des diversifications sans que cette notion soit parfaitement explicitée.

De telles décisions créent une dissymétrie entre les grandes firmes privées qui peuvent redéployer leurs marques et les titulaires de monopoles légaux qui verraient cette possibilité limitée quand bien même ils feraient supporter par leur filiale sur le marché en concurrence des redevances adéquates.

À cet égard, il est nécessaire de développer la prise en compte du rôle des marques dans la définition du marché pertinent et des analyses économiques retenues par les autorités de concurrence afin d'éclairer l'analyse de l'offre et de la demande, qui ne fournit qu'une vision limitée du marché et des stratégies des acteurs d'autant que, pour ce faire, il existe des outils spécifiques développés par les sciences de gestion pour analyser le pouvoir des marques et le valoriser. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Mario Monti, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Emmanuel Macron, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

SECTEUR PUBLIC

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

POLITIQUE INTERNATIONALE

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> **Revue Concurrences** | **Review Concurrences**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	515,00 €	618,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	538,00 €	567,59 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	804,00 €	964,80 €

> **e-Bulletin e-Competitions** | **e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	719,00 €	862,80 €
--	----------	----------

> **Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions** | **Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	866,00 €	1039,20 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	924,00 €	1108,80 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1040,00 €	1248,00 €

Renseignements | **Subscriber details**

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | **Send your order to:**

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France