

**COMMENTAIRES DU CABINET FIDAI SUR LES PROPOSITIONS DE
MODIFICATIONS DU REGLEMENT CE N°2790/99 DU 22 DÉCEMBRE 1999
ET DES LIGNES DIRECTRICES SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES
N°2000/C 291/01 DU 13 OCTOBRE 2000**

La consultation lancée par la Commission le 28 juillet 2009, appelle de la part du Cabinet Fidai les quelques commentaires suivants sur les modifications proposées dans le projet de règlement (ci-après le « Projet de règlement ») et de lignes directrices l'accompagnant (ci-après le « Projet de lignes directrices »).

1. L'institution d'un double seuil de part de marché considérant la part de marché du fournisseur et celle du distributeur

Le règlement CE n° 2790/99 prévoit à l'article 3 que l'exemption s'applique « *à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend des biens ou services contractuels* », sauf dans le cas d'accords contenant des obligations de fourniture exclusive où sera considérée la seule part de marché de l'acheteur.

L'accord de fourniture exclusive étant défini à l'article 1, c) comme : « *toute obligation directe ou indirecte imposant au fournisseur de ne vendre les biens ou les services désignés dans l'accord qu'à un acheteur à l'intérieur de la Communauté en vue d'un usage déterminé ou de la revente* ».

Les modifications proposées par le Projet de règlement sont :

- La suppression de l'article 1 c)
- La modification de l'article 3 disposant :

« *Seuil de part de marché*

L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par chacune des entreprises parties à l'accord ne dépasse pas 30 % de tout marché en cause affecté par l'accord. »

Les points 23, 82 et 83 du Projet de lignes directrices sont modifiés en conséquence.

Ainsi, selon le Projet de règlement, pour qu'un accord soit exempté, le fournisseur mais également l'acheteur doivent chacun disposer d'une part de marché inférieure à 30% sur « *tout marché en cause affecté par l'accord* ».

A cet égard, on avancera deux observations :

- En premier lieu, la prise en compte des parts de marché tant du fournisseur que de l'acheteur apparaît de nature à emporter de grandes difficultés pour des petites et moyennes entreprises de distribution situées sur des marchés locaux. En effet, ces dernières devront, pour écarter toute vulnérabilité au regard des règles de concurrence et notamment s'assurer que les contrats en cours ne sont pas exposés à une annulation,

analyser leurs accords en appliquant le bilan économique de l'article 81, § 3 du Traité CE, et assumer ainsi les coûts nécessités par cette analyse et notamment l'identification des gains d'efficience.

Ainsi, le souhait de la Commission, d'appréhender, grâce à ce nouveau dispositif, la puissance d'achat de la grande distribution, pourrait avoir pour effet paradoxal d'affecter les petites et moyennes entreprises.

Au demeurant, les pratiques abusives d'acteurs de la grande distribution présentant un pouvoir de marché supérieur à 30 % ne sont-elles pas susceptibles d'être appréhendées sur le fondement de l'article 82 du Traité CE ?

- En second lieu, il conviendrait d'insérer dans le corps du nouveau règlement une identification plus stricte des marchés affectés, afin d'assurer une plus grande sécurité juridique, à l'instar de ce qui est précisé dans le Projet de lignes directrices (point 83) : « la part de marché du fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens contractuels à l'acheteur et la part de marché de l'acheteur sur le ou les marchés sur lesquels il revend les biens contractuels » (nous soulignons).

2. Traitement des ventes en ligne sur internet

Le règlement CE n° 2790/99 ne traite pas expressément de la question des ventes sur internet par les membres d'un réseau de distribution exclusive ou sélective.

L'article 4 b) prévoit la possibilité pour la tête de réseau de restreindre les ventes actives d'un distributeur exclusif vers un territoire ou une clientèle réservé au fournisseur ou concédé à un autre distributeur, et l'article 4 c) interdit de restreindre les ventes actives et passives aux utilisateurs finals par les membres d'un réseau de distribution sélective agissant en tant que détaillant sur le marché.

Sur ces fondements les lignes directrices précisent actuellement que :

- en matière de distribution exclusive (point 50) : « *le distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits* ». La Commission a estimé que la vente sur internet répond à la définition de vente passive sauf si le site est « *clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu des clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'un groupe de clientèle exclusivement concédés à un autre distributeur* » ;
- en matière de distribution sélective (point 53) : « *le distributeur devrait être libre de faire de la publicité et de vendre via internet* ». L'exigence de disposer d'un point de vente physique pour vendre sur internet est licite et le fournisseur peut imposer des normes de qualité dans le cadre de l'utilisation du site internet, à l'instar de celles requises pour vendre dans le point de vente physique. L'interdiction générale de vendre sur internet n'étant admissible que si elle est objectivement justifiée par des raisons liées à la sécurité des produits ou à la santé des consommateurs.

A cet égard, il apparaît :

- D'un côté, très pertinent de ne pas modifier les dispositions des articles 4 b) et 4 c) dans le Projet de règlement et de préciser dans les seules lignes directrices le régime des ventes sur internet par les membres de réseaux de distribution exclusive et sélective. En effet, rien ne justifie qu'une modalité de distribution comme la vente sur internet soit expressément réglementée. Eu égard à la diversité des réponses concurrentielles selon les secteurs d'activité et compte tenu de l'évolution des technologies, il est bon de ne pas figer dans le règlement d'exemption les principes encadrant la vente par internet.
- D'un autre côté, discutable de conserver dans le Projet de lignes directrices la définition de la vente sur internet comme une vente passive et de considérer comme une restriction caractérisée l'interdiction par la tête de réseau de vendre par internet.

On peut comprendre que la Commission souhaite favoriser les ventes sur internet en ce qu'elles offrent la possibilité aux consommateurs d'acheter, notamment à l'étranger, à un prix plus avantageux. Mais, selon les secteurs d'activité, et les modes de commercialisation (franchise, distribution sélective, distribution exclusive), l'avantage pour le consommateur peut se révéler d'un autre ordre, et tenir au maintien de l'image de marque du produit, ou au standard de services en magasin.

Au demeurant, même lorsqu'il s'agit de vente active, c'est-à-dire lorsque le site internet vise spécifiquement certains clients (« *la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients [est considérée] comme une forme de vente active à ces clients* » (point 53)), la Commission adopte une position favorable à ce type de vente. En effet, elle estime que « *la ou les langues utilisées sur le site en question ou dans la communication ne jouent normalement aucun rôle à cet égard* » (point 52). Or, l'utilisation de la langue sur un site internet est un indice qui peut s'avérer déterminant dans le ciblage spécifique de la clientèle. Par exemple il est douteux qu'un distributeur exclusif pour la France ait intérêt à utiliser sur son site l'anglais ou l'espagnol si ce n'est pour prospecter activement la clientèle située hors de son territoire.

De manière générale, se dégage des propositions de modifications la volonté de libérer l'utilisation d'intemet, dans des conditions préjudiciables à la distribution organisée en réseau. Ainsi, est considéré comme une restriction de ventes passives caractérisée (point 52), le fait :

- « - *d'exiger d'un distributeur (exclusif) qu'il empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou qu'il les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs);*
- *d'exiger d'un distributeur (exclusif) qu'il mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif);*
- *d'exiger d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées par internet;*
- *d'exiger d'un distributeur qu'il paie, pour des produits destinés à être revendus par internet, un prix plus élevé que pour des produits destinés à être revendus autrement. »*

Ces solutions vont beaucoup plus loin que celles retenues dans les Lignes directrices actuelles.

Par exemple, l'interdiction faite à la tête de réseau d'exiger d'un distributeur qu' « *il limite la part de ses ventes globales réalisées par internet* », même si elle « *n'exclut pas que le fournisseur sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son magasin traditionnel, ni ne fait obstacle à ce qu'il s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir les points 54 et 57)* » (point 29), expose le réseau au risque qu'un distributeur parasite les investissements de ses membres, en demandant l'agrément d'un point de vente physique, dans le but de commercialiser les produits presque exclusivement sur internet.

3. La possibilité de justifier une restriction caractérisée par des gains d'efficience

Le Projet de règlement maintient la restriction caractérisée visée à l'article 4 a) du règlement d'exemption visant l'imposition directe ou indirecte, par le fournisseur, des prix de revente.

Les lignes directrices seraient toutefois modifiées au point 47 pour rappeler que la présomption du caractère non exemptable d'une restriction caractérisée est « *refutable, ce qui laisse la possibilité aux entreprises de se défendre en faisant valoir des gains d'efficience au sens de l'article 81, paragraphe 3, du Traité CE dans un cas donné* ». Il en résulterait un renversement de la charge de la preuve puisqu'il appartiendrait à la Commission de procéder à une mise en balance des effets négatifs probables sur la concurrence, et donc de ne pas les présumer, avant de statuer définitivement.

Eu égard aux gains d'efficience susceptibles d'être produits dans certains secteurs d'activité par un système d'imposition des prix de revente, notamment avec le développement de la concurrence par les services et la lutte contre le parasitisme entre distributeurs, il semble que cette possibilité d'arguer des efficacités produites par une telle restriction si elle est positive dans son principe demeure très limitée dans son application.

En effet, la démonstration économique des gains d'efficience requiert un travail d'analyse qui n'est pas à la portée de la plupart des entreprises. Il serait dès lors souhaitable que la Commission fournisse des exemples d'arguments pouvant, selon les modes de distribution, justifier l'imposition des prix de revente, en s'inspirant notamment des illustrations qu'elles a fournies dans la Communication du 3 décembre 2008 sur les orientations retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes aux points 46, 62, 74 et 89.

La Commission pourrait à cet égard préciser les conditions dans lesquelles l'imposition des prix de revente serait acceptable : imposition sur une courte période, ou en cas de lancement d'un produit créant un nouveau marché, ou encore pour amortir les coûts des investissements liés à sa distribution, à l'instar de l'exception prévue au point 56 à l'interdiction de restreindre les ventes passives.

4. Le savoir-faire et la franchise

Le Projet de règlement insère dans la définition des « droits de propriété intellectuelle » « les savoir-faire » (article 1, d)).

Or, il ressort de l'article 2, § 3 du règlement repris par le Projet de règlement, que :

*« L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, **à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords** et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients. »* (nous soulignons).

Eu égard aux spécificités de la franchise, dont l'objet principal peut être considéré comme le transfert de savoir-faire en vue de la répétition d'une activité commerciale fructueuse, la combinaison de ces deux articles présente le risque d'exclure les accords de franchise du champ d'application du règlement d'exemption.

En effet si l'on s'en tient à la jurisprudence communautaire exprimée dans l'arrêt Pronuptia (CJCE aff. n^o161/84 du 28 janvier 1986), la préservation du savoir-faire et de l'uniformité du réseau sont les justifications essentielles des restrictions verticales exemptées. Le transfert de savoir-faire apparaissant ainsi comme l'objet principal de l'accord de franchise et le savoir-faire constituant un droit de propriété intellectuelle au sens de l'article 1 d), l'accord de franchise ne bénéficierait pas de l'exemption conformément à l'article 2, § 3.

Pour lever toute ambiguïté, il conviendrait d'insérer une définition de la franchise à l'article 1 du règlement et de préciser à l'article 2, § 3 que ce type d'accords n'est pas visé par cette disposition.

Le Projet de règlement devrait aussi préciser à l'article 4 le régime des ventes actives et passives au sein d'un réseau de franchise. En effet, la préservation du savoir-faire et de l'uniformité d'un tel réseau devrait permettre l'exemption de la restriction des ventes actives et passives à destination de distributeurs non agréés par le franchiseur, comme l'a par ailleurs décidé le juge communautaire dans la décision Pronuptia susvisée.

De manière générale, il ne paraît pas normal qu'une formule économique aussi dynamique et proconcurrentielle que la franchise ne soit pas spécifiée, voire traitée de manière plus favorable, dans le règlement lui-même.

5. L'agence

Le Projet de lignes directrices distingue toujours entre le contrat d'agence soumis à l'application de l'article 81, § 1 et celui qui y échappe. Le critère de distinction étant celui des risques supportés par l'agent dans l'activité développée pour le compte du commettant. Se trouvent à cet égard reprises les solutions dégagées par le TPICE dans son arrêt du 15 septembre 2005 (affaire T-325/01 DaimlerChrysler AG c/ Commission) et la CJCE dans ses arrêts du 14 décembre 2006 (affaire C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos

SA) et du 11 septembre 2008 (affaire C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL).

La prise en compte de certains risques et frais pour la soumission du contrat d'agence à l'application de l'article 81, § 1 n'apparaît cependant pas toujours pertinente. A titre d'exemple, la prise en charge par l'agent des risques tenant à la perte des stocks qu'il détient, à la non exécution de contrat par les clients avec lesquels il a traité, de même que les frais de promotion qu'il a engagés pour développer les ventes ne devraient pas, en principe, remettre en cause sa situation au regard du droit de la concurrence.

Le Projet de lignes directrices distingue par ailleurs les effets concurrentiels des restrictions verticales sur le marché de la commercialisation des produits ou services contractuels, et les effets concurrentiels sur le marché de l'intermédiation elle-même, c'est-à-dire de la prestation de services d'agence qui constitue l'activité de l'agent. Il paraît cependant sévère de traiter les clauses de monomarquisme ou de non concurrence après l'expiration de l'accord comme des restrictions verticales au sens du règlement (cf point 19 du Projet de lignes directrices) alors qu'elles sont dans certains dispositifs considérées comme inhérentes à l'activité de l'agent (cf Code de commerce français, art. L. 134-3 et L. 134-14).