

BUREAU JURIDIQUE



Position du bureau juridique sur le projet de règlement et de lignes directrices en matière de restrictions verticales

La Commission Européenne a publié le 28 juillet dernier, les projets de règlement et de lignes directrices relatives aux restrictions verticales, pour consultation publique jusqu'au 28 septembre.

Lors de la séance du Conseil d'administration de l'ILEC du 3 septembre 2009, les administrateurs ont été informés des principales modifications apportées par ces projets.

Le Conseil a exprimé le souhait de recueillir l'avis du bureau juridique, qui a débattu de ce sujet lors de la séance du 15 septembre.

Quatre thèmes ont retenu l'attention du bureau juridique, qui n'a pas estimé nécessaire de s'exprimer sur les modifications apportées par les projets de règlement et de lignes directrices en matière de distribution sélective et d'internet.

I – SEUIL DE PART DE MARCHÉ

1-1 Modifications apportées par les projets

Le projet de règlement prévoit que, désormais, pour bénéficier de l'exemption, chacune des parties à l'accord détienne une part de marché inférieure ou égale à 30%. Seule la part de marché du fournisseur est prise en considération par les textes en vigueur.

1-2 Position du Bureau juridique

Le bureau juridique prend acte de l'extension du critère de seuil de part de marché aux distributeurs, et de la volonté de la Commission de prendre en considération, par ce biais, les problèmes de concurrence posés par la puissance d'achat des distributeurs.

Pour autant, il s'interroge sur la pertinence de cette modification du règlement.

Le nombre de distributeurs ayant une part de marché supérieure à 30% dans le secteur de la grande distribution est faible, voire nul.

Cette disposition contraindrait les fournisseurs à évaluer la part de marché de leurs clients, ce qui est de nature à poser des problèmes d'ordre pratique. La détermination, par un fournisseur, du marché pertinent sur lequel il intervient, et conséquemment de la part de marché qu'il détient sur ce marché, n'est pas toujours aisée. A plus forte raison, l'absence d'informations fiables et complètes sur la part de marché de son cocontractant, et la difficulté à définir ce marché, est de nature à instaurer une insécurité juridique. A ce titre, une meilleure définition des critères (géographiques, segments de distribution à prendre en compte,...) serait nécessaire.

II - PRIX MINIMUM IMPOSES

2-1 – Modifications apportées par les projets

Les clauses conduisant directement ou indirectement à fixer un prix minimal restent prohibées. Toutefois, le projet de lignes directrices marque un assouplissement de cette interdiction, en rappelant qu'il est permis aux entreprises de renverser la présomption d'illégalité au titre de l'article 81-3 du Traité CE, mais surtout :

- En indiquant que la Commission aura désormais l'obligation de se livrer à une analyse des effets négatifs qui ne sont plus simplement présumés.
- En introduisant des exemples d'effets positifs, en cas de lancement de nouveaux produits sur le marché, ou pour éviter à un produit de servir de produit d'appel au bénéfice d'autres produits et à son détriment.

2-2 – Position du Bureau juridique

Le bureau juridique est favorable à l'assouplissement de l'interdiction des prix minimum imposés et à l'adoption, par le projet des lignes directrices, de la règle de raison, qui permettra dans certains cas de prendre en compte les intérêts légitimes des industriels.

Il tient cependant à souligner le risque lié au caractère flou de certains critères d'appréciation d'efficacité, en particulier en matière de « *loss leader* » (pratique consistant, pour un distributeur, à vendre un produit à perte pour en faire un produit d'appel), et de la notion de « *nouveaux produits* », notamment quelle est la durée pendant laquelle la Commission considère qu'un produit est nouveau. Il conviendrait également que la Commission précise que le prix imposé permet de maintenir la réputation et l'image des produits et des marques.

Le bureau juridique remarque la contradiction entre les termes des paragraphes 47 et 219 (« *la Commission devra apprécier soigneusement (et non simplement présumer) les effets négatifs probables sur la concurrence avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 81-3 sont remplies* »), qui sous tend l'idée d'une appréciation généralisée à toutes les situations qui lui seront soumises, et ceux des paragraphes 220 et 221, qui énoncent les cas précis et présentés comme une analyse exhaustive des seuls cas dans lesquels les prix imposés peuvent se révéler générateurs de gains d'efficacité.

III- REDEVANCES D'ACCES INITIAL AUX LINEAIRES

3 -1 – Modifications apportées par les projets

Les redevances d'accès initial, ou primes de référencement, sont mentionnées dans le projet de lignes directrices. Elles ne figurent pas dans les lignes directrices actuellement en vigueur. Leurs effets négatifs potentiels sont évoqués : elles pourraient constituer, pour le fournisseur, un moyen d'évincer certains concurrents désireux d'entrer sur le marché (elles constitueraient alors des barrières à l'entrée) ; elles inciteraient le fournisseur à en répercuter le coût de ces primes sur les prix.

Le projet mentionne cependant un effet positif potentiel : dans la mesure où le fournisseur est prêt à investir dans une telle redevance pour un produit donné, il montre sa confiance dans le produit.

3-1 Position du bureau juridique

Le Bureau juridique s'étonne de cette introduction, dans les lignes directrices, des notions de primes d'accès aux linéaires, et de conclusions hâtives sur des effets négatifs supposés, qui reposent certes sur des études économiques, mais sur aucune position officielle des instances compétentes en matière de concurrence, ni sur aucune décision juridictionnelle.

Les redevances d'accès constituent, pour l'industriel, une charge inévitable pour vendre son produit. Cette charge est exigée par le distributeur ; elle est le plus souvent liée à l'introduction d'un nouveau produit, et n'a en aucun cas pour fonction de permettre à l'industriel d'évincer ses concurrents.

IV – ACCORDS DE GESTION PAR CATEGORIE

4-1 – Modifications apportées par les projets

Les accords de gestion par catégorie sont visés dans le projet de lignes directrices, qui souligne les effets négatifs supposés de ces accords : exclusion de concurrents du fournisseur « *capitaine de catégorie* », collusion entre distributeurs et entre fournisseurs (par échange d'informations sur les prix et plans promotionnels). Les effets positifs mentionnés sont la possibilité de réaliser des économies d'échelle en permettant aux distributeurs d'optimiser leurs linéaires, et en rationalisant l'offre aux consommateurs, l'objectif de l'accord de gestion par catégorie étant d'adapter l'offre à la demande.

4.2 – Position, du bureau juridique

Là encore, le Bureau tient à manifester son étonnement de l'introduction dans les lignes directrices, de cette notion, qui ne figure pas dans les lignes directrices actuellement en vigueur.

Le bureau juridique tient à rappeler que les accords de gestion par catégorie ont été considérés par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans sa décision Procter & Gamble/ Gillette du 15 juillet 2005, comme « *pouvant être perçus comme largement pro concurrentiels, dans la mesure où ils permettent aux distributeurs d'optimiser leur gestion des stocks et des linéaires, en les affectant aux produits les plus demandés, ce qui permet aux consommateurs de trouver les produits les plus demandés en quantité suffisante* ».

Les lignes directrices sont en contradiction avec la position de la Cour de Justice des Communautés Européennes, et la position qu'elles expriment ne repose que sur une analyse économique.

Par ailleurs, le bureau juridique souligne que les avis du capitaine de catégorie n'ont aucun effet contraignant à l'égard des distributeurs, qui sont libres d'y souscrire ou pas. Ceux-ci ont la maîtrise des conséquences.

Ces accords génèrent de nombreux aspects positifs pour la concurrence, en optimisant l'offre au consommateur, qui dispose d'un choix plus affiné de produits, et en quantité suffisante, au détriment de produits qu'il juge non performants.

En conclusion, l'introduction, dans les lignes directrices, des notions d' « *accords de gestion par catégorie* » et de « *primes d'accès au linéaire* », apporte de la confusion entre, d'une part, le taux de 30% de part de marché, et d'autre part la notion de position dominante. Cette confusion est susceptible de générer une insécurité juridique certaine.
