

Madame, Monsieur,

J'aimerais simplement partager avec vous, d'une façon assez rapide, mes réflexions concernant le fonctionnement général des règles actuelles. Mes développements vont se focaliser autour de la distinction ventes actives / ventes passives.

La distinction entre les ventes passives et les ventes actives est à mon sens une source de confusion dans l'esprit des entreprises, des praticiens et des juges.

Je vais partager mes réflexions en prenant un exemple, inspiré de litiges récents, rencontrés à l'occasion de l'exercice de mes fonctions en ma qualité d'avocat :

Historique Rapide - Faits

Le groupe **A** a organisé au sein de l'Union européenne, la distribution des produits de marque **M**, par l'intermédiaire de distributeurs exclusifs indépendants.

En France le distributeur exclusif pour les produits à la marque **M** est la société **B**.

En Espagne le distributeur exclusif pour les produits à la marque **M** est la société **C**.

La société **B** a développé en France un réseau de distribution composé des concessionnaires exclusifs.

Un concessionnaire exclusif a découvert qu'une autre société, la société **D** (grossiste), proposait à la vente (aussi bien à des concessionnaires exclusifs qu'à d'autres commerçants tiers au réseau de la société **B**) des produits à la marque **M**, à des conditions tarifaires très avantageuses, alors qu'il n'était pas membre du réseau de la société **B** en France. La société **B** a découvert que le fournisseur de la société **D** était une société **E**, laquelle s'approvisionnait en produits à la marque **M** auprès du distributeur exclusif espagnol, la société **C**.

La société **B**, distributeur exclusif en France, a actionné en justice les sociétés **D** (grossiste qui approvisionnait d'autres sociétés en France) et **C**, distributeur exclusif en Espagne, pour violation de son exclusivité et du réseau mis en place.

DISCUSSION

Les sociétés **C** et **D** défenderesses, à l'occasion du litige, reconnaissent que le caractère actif des ventes sur le territoire français est illicite (ce qui est normal car la société **C** est également distributeur exclusif de la marque **M**) mais prétendent que – au regard des lignes directrices sur les restrictions verticales prises en application du Règlement n° 2790/1999 précité- seuls trois comportements permettraient de caractériser une vente active et qu'en l'espèce l'approvisionnement en produits à la marque **M** constitue une vente passive :

Arguments des sociétés C et D (défenderesses)

Plus précisément selon les arguments des sociétés C et D, au terme de la définition fournie par la Commission, seuls trois comportements permettent de caractériser une concurrence active :

1 - *Prospecter des clients individuels ou une clientèle exclusive par publipostage ou au moyen de visite ;*

2 – *Prospecter une clientèle à l'intérieur d'un territoire concédé exclusivement par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou d'action promotionnelle ciblée ;*

3 – *Procéder à l'ouverture d'un point de vente ».*

Arguments de la société B (demanderesse)

Or, selon la société **B**, cette affirmation est fautive et les sociétés **C** et **D** procèdent à une transcription erronée de la définition des ventes actives donnée par la Commission.

La Commission européenne définit de manière générale et large la notion de ventes actives et donne à ce titre quelques exemples qui ne sont pas exhaustifs :

*« - par « ventes actives », on entend : le fait de **prospector** des clients individuels à l'intérieur du territoire exclusif ou parmi la clientèle exclusive d'un autre distributeur, **par exemple** par publipostage ou au moyen de visites, le fait de **prospector** une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné concédés exclusivement à un autre distributeur, par le biais d'annonces publicitaires dans les médias ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire, ou encore l'établissement d'un entrepôt ou d'un point de vente à l'intérieur du territoire exclusif d'un autre distributeur ».*

Ainsi, le critère déterminant pour définir une vente active est la **PROSPECTION**.

Le terme « *prospection* » est défini de manière large par le Dictionnaire Petit Robert¹, incluant d'ailleurs la notion de démarchage² : « *Le fait de rechercher les clients éventuels, de visiter la clientèle* ».

La prospection peut donc s'effectuer par tous moyens, le publipostage ou les annonces publicitaires n'étant que des exemples de prospection comme l'indique le texte ce que confirme la Commission en indiquant de simples « *exemples* » dans la liste qu'elle donne. Ainsi, constitue une vente active tous les procédés et moyens mis en œuvre par une entreprise pour trouver des clients.

A titre d'exemples, la **participation à des foires** ou des manifestations est considérée comme une vente active : « *L'interdiction de concurrence active impose aux concédants une obligation de ne pas avoir une démarche active sur le territoire des autres distributeurs, c'est-à-dire une obligation de ne pas prospecter et de ne pas participer à des foires ou manifestations* » (Lamy Droit économique 2009, page 1591, paragraphe 4497).

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 4 décembre 2008³ confirme la définition extrêmement large des ventes actives données par la Commission en se prononçant sur la réalité de ventes passives en l'absence de prospection : « ... *mais a pour objet de satisfaire*

¹ Actualisation 2002.

² « *Activité commerciale qui consiste à solliciter la clientèle à son domicile* », Dictionnaire Robert.

³ CA Paris, 5^{ème} chambre – Section B, SARL Chelmarne Voyages c/ SA Nouvelles Frontières Distribution.

des demandes non sollicitées, ventes passives sans démarchage ou prospection, sous quelque forme que ce soit, provenant de clients de divers horizons souhaitant utiliser ce procédé... ».

LE PROBLEME DE LA DISTINCTION

La charge de la preuve pèse à la société **B**, distributeur exclusif en France, qui doit prouver que la société **C** a vendu activement les produits à la marque **M** à la société **D** (grossiste).

Les sociétés **C** et **D** ont intérêt à soutenir que les ventes ont été passives, et peuvent se mettre en concert sur leur stratégie de défense. A ce titre, la société **D** va soutenir qu'elle a sollicité la société **C** pour acheter les produits objet du litige (pas de démarche active de la société **C**). Donc **C** et **D** vont prétendre que les ventes sont passives et qu'aucun comportement illicite ne peut leur être reproché.

Cette complicité entre les sociétés est un exemple courant en pratique. Et la distinction entre caractère passif et actif de ventes est dépourvue de sens, puisqu'en pratique il sera impossible d'établir le caractère actif en raison de la complicité qui existe entre les deux sociétés **C** et **D** dans mon exemple.

Il y a un risque majeur, le distributeur exclusif espagnol **C**, pourra très facilement avec la complicité d'une société **D** (grossiste) qui se trouve en France, désorganiser la société **B**, en développant un circuit de distribution parallèle sur le territoire français. L'objectif de la société **C** serait de désorganiser la société **B**, ainsi la société **B** fait faillite et la société **C** devient distributeur exclusif également pour la France.

A mon sens, la distinction ventes actives / passives est dépourvue de sens en pratique.

SOLUTIONS :

Il faudra alors, peut être ne pas reprendre cette distinction dans le futur et faire interdire purement et simplement la restriction des ventes actives et passives et permettre aux distributeurs de vendre librement les produits aussi bien activement que passivement dans tous les états membres de l'UE (ce qui va dans le sens de la libre circulation).

Une autre idée, serait de considérer comme étant des ventes passives seules les ventes faites aux utilisateurs finaux.

Ainsi dans mon exemple, la société **D**, grossiste, ne pourrait pas prétendre qu'il s'agissait des ventes passives, puisqu'elle n'est pas un utilisateur final. Mais cette solution (protectionniste pour les réseaux de distribution), pourra également poser des problèmes notamment si on prend l'exemple Internet, la société **D** pourrait en effet commander des grosses quantités par Internet.

Je reste à votre disposition pour évoquer cette question.

Cordialement,

George PETRAKOS

Avocat au barreau d'Athènes