

# Confirmation et modernisation des règles de concurrence applicables aux accords de distribution

**Evelyne Friedel,**  
**Avocat Associé,**  
**Docteur en Droit,**  
**Grégoire Toulouse,**  
**Avocat,**  
**Taylor Wessing**



A compter du 1<sup>er</sup> juin 2010, de nouvelles règles de concurrence vont s'appliquer aux accords de distribution en Europe. En effet, la Commission européenne vient d'adopter un règlement permettant d'exempter certaines catégories d'accord de distribution de l'application de l'article 101 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

(1).

Ce nouveau règlement remplace celui de 1999, et est à nouveau accompagné de lignes directrices (2). Deux remarques préliminaires sur la portée des nouveaux textes s'imposent.

D'une part, le nouveau règlement s'appliquera durant les 12 prochaines années mais prévoit une période de transition d'une année pour les accords qui ne satisferaient pas ses conditions à sa date d'entrée en vigueur mais seraient conformes au règlement de 1999 (3).

D'autre part, s'il est courant de considérer que des lignes directrices appartiennent à la « soft law » et ne sont qu'interprétatives, il est essentiel pour les praticiens et les entreprises de les considérer avec sérieux car la Commission les retient pour rendre ses décisions. Quant aux juridictions communautaires, autorités et juridictions nationales, bien que libres de définir leur jurisprudence, elles s'en inspirent souvent (4).

Ces lignes directrices vont surtout bien au-delà d'une simple interprétation du règlement, en ce qu'elles définissent en fait les conditions d'application de l'article 101 du Traité à l'ensemble des accords verticaux conclus entre les entreprises, en ce compris, les contrats d'agence (5), qu'ils soient ou non couverts par le règlement d'exemption. A ce titre, les lignes directrices constituent un outil majeur permettant aux praticiens et aux entreprises d'analyser, au regard de l'article 101§3 du Traité, les accords et pratiques qui ne tombent pas dans le champ d'application du règlement (6).

La révision des textes précédents et l'adoption des nouveaux textes ont été conduites à partir des constats suivants :



- Le règlement de 1999 et les lignes directrices de 2000 se sont avérés être des outils efficaces et cohérents pour le marché et les entreprises ; comme le soulignait la Commission en juillet 2009, leurs dispositions « fonctionnaient de façon globalement satisfaisante et ne devraient pas être fondamentalement modifiées » (7). Aussi, les nouveaux

textes reprennent bon nombre des dispositions existantes.

- Pour autant, il était essentiel de prendre en compte le développement des ventes et de la distribution par Internet – qui a notamment bouleversé la distribution sélective ces dernières années.

- Il fallait aussi s'interroger sur les effets sur les marchés et les réseaux du renforcement de la puissance d'achat de certains distributeurs.

- Enfin, la Commission ne pouvait non plus ignorer l'évolution du droit de la concurrence au-delà des frontières communautaires, évolution initiée aux Etats-Unis et remettant notamment en cause l'interdiction systématique de certaines restrictions dites caractérisées, telle que la fixation du prix de revente.

A partir de ces constats, la présente note rappellera les principales dispositions conservées, améliorées ou précisées, que les entreprises et praticiens doivent prendre en compte dans l'analyse des contrats et des réseaux de distribution, et soulignera les principales innovations, apportées par les nouveaux textes.

## I. Dispositions essentielles, améliorées ou précisées

### A. Champ d'application des nouveaux textes

Le champ d'application des nouveaux textes, comme des précédents, couvre les accords ou pratiques concertées (non formalisées par des contrats écrits) entre deux ou plusieurs entreprises opérant à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution et relatifs à l'achat, à la vente ou à la

1) Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission, du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE L 102*, p. 1, 23 avril 2010.

2) Ces lignes directrices sont disponibles en anglais sur le site de la Commission européenne mais ne sont pas encore publiées.

3) Articles 9 et 10 du règlement.

4) Lignes directrices, §4.

5) Lorsque ces contrats font supporter une charge financière aux agents, conduisant alors à leur requalification en contrats de distribution ; voir §§ 12 et suivants des lignes directrices.

6) Lignes directrices, §§ 3, 110 et suivants.

7) Voir Communiqué de presse de la Commission du 28 juillet 2009 : IP/09/1197.

8) Article 1er du règlement ; voir aussi, §§ 24 et suivants des lignes directrices.

9) Article 4 du règlement.

10) A noter que le terme « incitations » est nouveau et ne figurait pas dans le règlement de 1999.

11) Article 4 du règlement.

12) Lignes directrices, § 190.

13) Lignes directrices, § 106.

14) Lignes directrices, § 47.

15) Lignes directrices, § 225.

16) D'autres exemples sont donnés par la Commission dans ses lignes directrices, notamment aux §§ 60 et suivants.

17) ICC, Review of EC competition rules applicable to vertical Agreements, Prepared by the Commission on Competition, 28 September 2009.

18) Lignes directrices, § 52.

19) Lignes directrices, §§ 51 et suivants.

20) Lignes directrices, §§ 52 et 53.

revente de produits ou de services (8).

Ainsi, ces textes concernent l'ensemble des relations verticales : fourniture, distribution, achat et vente, de produits ou de services, et non seulement les accords de distribution compris selon une acception étroite, à savoir la revente des produits d'un fournisseur.

## B. Restrictions caractérisées ne permettant pas l'exemption par catégorie

Comme précédemment, un accord contenant une restriction caractérisée (directe ou indirecte) ne peut pas bénéficier de l'exemption prévue par le règlement (9).

Les restrictions apportées à la liberté de l'acheteur de fixer son prix de vente privent l'accord de l'exemption par catégorie. Etant précisé que l'indication d'un prix maximum ou d'un prix conseillé reste permise, sauf si ce prix maximum ou conseillé est en fait un prix minimum ou imposé, du fait de pressions, ou même de simples incitations (10).

Il en est de même des mesures visant à limiter les ventes croisées entre membres d'un réseau de distribution sélective.

Un détaillant membre d'un réseau de distribution sélective ne peut pas non plus être privé de la possibilité d'effectuer non seulement des ventes passives mais aussi des ventes actives auprès des clients finaux.

Aux fins de garantir la réalisation effective d'un marché unique sans frontières, il n'est pas possible de restreindre le territoire sur lequel un acheteur peut vendre, ni la clientèle à laquelle il s'adresse.

Ces dernières restrictions interdites font toujours l'objet de quelques exceptions, notamment,

- la possibilité d'interdire les ventes aux clients finaux par les grossistes,
- la possibilité d'interdire les ventes actives vers des clientèles ou des territoires exclusifs, et
- la possibilité d'interdire les ventes vers des distributeurs non-agrèés par des membres d'un réseau de distribution sélective, sachant que cette possibilité doit désormais rester limitée au territoire réservé pour la distribution sélective (ceci est une nouveauté du texte) ; ce qui signifie qu'un distributeur sélectif, toujours libre de vendre activement et passivement dans toute l'Union européenne, se voit aussi dorénavant bénéficier de la possibilité de vendre à des distributeurs non-agrèés, lorsque ceux-ci sont situés sur des territoires où le fournisseur n'a pas retenu un système de distribution sélective.

## C. Dispositions relatives aux clauses de non-concurrence

Comme précédemment, les clauses de non-concurrence intégrées dans les accords verticaux sont strictement encadrées pour bénéficier de l'exemption prévue par le règlement (11).

Elles ne peuvent dépasser une durée de cinq ans, sauf lorsque la distribution s'opère à partir de locaux du fournisseur (qu'il en soit propriétaire ou locataire). Il importe toutefois de souligner que les clauses de non-concurrence intégrées dans les

accords de franchise, prévues pour toute la durée contractuelle - même excédant cinq ans - échappent à l'application de l'article 101 § 1 du Traité, et n'ont donc pas besoin de bénéficier d'une exemption au titre de l'article 101 § 3 (12).

Les clauses de non-concurrence ne peuvent être exemptées au titre du règlement si elles se poursuivent à l'expiration de la relation contractuelle, sauf notamment lorsqu'il s'agit de protéger le savoir-faire du fournisseur et si leur durée est limitée à une année. Ces hypothèses couvrent les contrats de franchise.

## II. Principales innovations

### A. Prise en compte des effets positifs et pro-concurrentiels de certaines restrictions caractérisées

Les nouvelles lignes directrices soulignent que les restrictions verticales peuvent avoir des effets positifs, « en particulier en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que les prix et en incitant à améliorer la qualité des services. » (13)

Le texte précise aussi que les entreprises pourront démontrer les effets pro-concurrentiels de restrictions caractérisées, en application de l'article 101 § 3. Ainsi, si elles font valoir que des gains d'efficacité résultent de l'introduction d'une restriction caractérisée dans leur accord et que toutes les conditions de l'article 101 § 3 sont remplies, la Commission appréciera avec soin les effets négatifs de l'accord, avant de statuer sur la question de savoir si les conditions de l'article 101 § 3 sont satisfaites (14).

A cet égard, bien que la fixation du prix de revente appartienne à la catégorie des restrictions caractérisées visées par le règlement, la Commission reconnaît que les prix de revente imposés peuvent aussi entraîner des gains d'efficacité (15). A titre d'exemple, lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, la fixation du prix de revente peut être utile durant la période de lancement destinée au développement de la demande. De même, un prix de revente imposé peut permettre aux détaillants de développer des services avant-vente dans l'intérêt des consommateurs (16).

Comme l'a relevé la Chambre de commerce internationale, une telle reconnaissance d'éventuels effets positifs des prix de revente imposés est positive, mais la Commission, comme les autorités nationales, sauront-elles évaluer avec neutralité de telles restrictions, encore qualifiées de caractérisées par le règlement (17)?

### B. Encadrement de la distribution en ligne

Prenant en compte le développement de la distribution en ligne ces dernières années, la Commission souligne à titre de principe que chaque distributeur doit pouvoir utiliser Internet pour vendre ses produits (18).

Les lignes directrices apportent de nombreuses précisions aux fins de réconcilier les ventes par Internet avec la distribution exclusive et la distribution sélective (19).

Des éclaircissements sont donnés sur la distinction

entre ventes passives et ventes actives. Ainsi, une publicité en ligne spécifiquement ciblée vers un groupe de clients ou un territoire précis constitue une vente active, à l'instar de l'envoi de mails non sollicités, alors que disposer d'un site Internet ou un mode d'information automatique déclenché à la demande des consommateurs constituent des moyens de ventes passives (20).

Les mesures suivantes sont considérées par la Commission comme constituant des restrictions caractérisées (21) :

- convenir avec le distributeur qu'il prive les clients d'un autre territoire d'avoir accès à son site, ou re-route ces clients vers les sites d'autres distributeurs ;

- convenir que le distributeur mette fin à la transaction commerciale avec un client si la carte de crédit de ce dernier révèle une adresse hors du territoire ;

- convenir que le distributeur limite le montant de ses ventes faites par Internet ; étant toutefois précisé que le fournisseur peut exiger qu'un certain montant de ventes soit effectué hors ligne, en magasin traditionnel ;

- convenir que le distributeur paie, pour des produits destinés à être revendus par Internet, un prix plus élevé que pour des produits destinés à être revendus hors ligne, sachant que le fournisseur peut toutefois proposer au distributeur une redevance fixe pour soutenir ses efforts de vente hors ligne et en ligne.

Dans le cadre de la mise en place d'un réseau de distribution sélective, il est possible de bénéficier de l'exemption prévue au règlement tout en exigeant du distributeur souhaitant vendre par Internet qu'il dispose d'un magasin traditionnel ou d'une salle d'exposition (22).

Des critères qualitatifs peuvent aussi être exigés en cas de ventes en ligne, qui peuvent ne pas être identiques à ceux fixés pour la vente hors ligne, sous réserve de poursuivre les mêmes objectifs et de justifier les différences par la nature propre des deux modes de distribution (23).

Ainsi, relativement à la distribution sélective, des gardes fous sont préservés pour faire face à la concurrence des *pure players*. Comme l'indique l'Autorité française de la concurrence : « *Le déploiement et la pérennité d'un réseau de distribution reposent au premier chef sur la solidarité et l'investissement collectifs de ses membres ; il ne serait donc guère admissible, en particulier lorsque la stratégie concurrentielle du fabricant privilégie non seulement l'image de marque et la qualité des produits, mais aussi l'existence de services de proximité qualifiés tels que le conseil professionnel, que certains détaillants ne jouent pas le jeu et bénéficient de l'effort commun sans y contribuer à proportion. L'appartenance au réseau implique en effet des droits, mais aussi des devoirs* (24). »

### C. Nouveaux seuils de parts de marché pour prendre en compte la puissance d'achat des distributeurs

L'une des principales innovations du nouveau règlement a trait aux parts de marché des

entreprises, parties à un accord de distribution.

Selon le régime antérieur, un accord de distribution pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie si le fournisseur ne détenait pas une part de marché supérieure à 30 %, la part du marché de l'acheteur n'étant pas prise en compte, sauf en cas de fourniture exclusive.

Dorénavant le bénéfice de l'exemption par catégorie implique que chacune des parties à l'accord ne détienne pas une part de marché supérieure à 30 % (25). Cette nouvelle mesure a naturellement pour effet de réduire le champ d'application du règlement d'exemption et justifie tout particulièrement la période de transition d'un an pour les accords déjà en vigueur et exemptés au titre du texte précédent.

Le marché retenu pour l'appréciation de la part du fournisseur est le marché sur lequel il vend. Le marché retenu pour l'appréciation de la part du distributeur est celui sur lequel il achète, et non celui sur lequel il vend. Si cette dernière approche avait été retenue (comme le prévoyait le projet de règlement de 2009), elle aurait été source de nombreuses difficultés pratiques, pour déterminer avec certitude les marchés de revente, notamment locaux, sur lesquels les distributeurs opèrent.

Retenir la part de marché des distributeurs sur leurs marchés amont permet de prendre utilement en compte leur puissance d'achat. Comme le précise la Commission, « *les acheteurs peuvent utiliser leur pouvoir de marché afin de mettre en place des restrictions verticales au détriment final des consommateurs. L'introduction d'un seuil de part de marché pour les acheteurs est particulièrement bénéfique aux petites et moyennes entreprises, qui sont les plus susceptibles d'être lésées par les restrictions verticales induites par un acheteur puissant (en tant que concurrentes d'un acheteur puissant ou comme fournisseur incapable de compenser le pouvoir de marché de l'acheteur)*. (26) »

Pour sa part, l'Autorité de la concurrence souligne que « *cette innovation est cohérente avec la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008, qui a conduit le Parlement français à instaurer un régime spécifique pour les concentrations dans le secteur du commerce de détail, afin de mieux prévenir les abus de pouvoir de marché dans ce secteur clef pour les consommateurs* (27). »

En tout état de cause, lorsque l'une des parties à l'accord disposera d'une part de marché supérieure à 30 %, cela ne signifiera pas que cet accord ne peut pas être exempté de l'application de l'article 101 § 1 du Traité mais il conviendra d'analyser ses effets négatifs et positifs, au regard de chacun des facteurs de l'article 101 § 3.

Les nouveaux textes régissant les relations verticales confirment, améliorent et modernisent le cadre existant, tout en prenant en compte la réalité économique et l'évolution des marchés intervenue au cours de ces dix dernières années.

Il est clair qu'une lecture d'ensemble des nouveaux textes confirme la volonté de la Commission de renforcer encore le marché unique, pour les entreprises, comme pour leurs clients, en ce compris les consommateurs.

21) Lignes directrices, § 52.

22) Lignes directrices, § 54.

23) Lignes directrices, § 56.

24) Autorité de la concurrence, Avis du 28 septembre 2009 sur la révision du règlement (CE) n° 2790/99 et des lignes directrices concernant les restrictions verticales, p. 12.

25) Article 3 du règlement.

26) Antitrust: questions et réponses sur les nouvelles règles de concurrence pour les accords de distribution ; voir site de la Commission.

27) Autorité de la concurrence, Communiqué de presse du 20 avril 2010 : Adoption des nouvelles règles de concurrence européennes relatives aux accords de distribution.