

Contribution du cabinet Grall & Associés

**Jean-Christophe Grall – Nathalia Kouchnir-Cargill –
Clémence Ducros**

**Observations sur le questionnaire de la Commission UE
relatif à l'évaluation du règlement d'exemption par catégorie
n° 330/2010 applicable aux accords verticaux (REC)**

Observations portant sur l'article 4 a) du REC

Aux termes de l'article 4 (a) du règlement n° 330/2010, constitue une restriction caractérisée (« clause noire ») le fait de :

« restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties ».

Les prix de vente imposés sont ainsi ce que l'on appelle une « *hard core restriction* » ou restriction par l'objet en principe non susceptible d'exemption catégorielle ou individuelle.

La Commission expose néanmoins dans ses lignes directrices (points 223 et suivants) des situations dans lesquelles les prix de vente imposés pourraient entraîner des gains d'efficience au sens de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE et ainsi bénéficier d'une exemption individuelle.

Il s'agit notamment (i) des prix imposés dans le cadre du lancement de nouveaux produits et (ii) des prix imposés pour des produits d'expérience ou complexes.

Le point 225 des lignes directrices précise ainsi ce qui suit :

« Toutefois, les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficience, qui seront appréciés conformément à l'article 101, paragraphe 3. En particulier lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles, pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît, pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de vente et, si les distributeurs sur ce marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également. De même, des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximum, peuvent être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs. Parfois, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes. Si un nombre suffisant de clients s'appuient sur ces services pour faire leur choix, mais achètent ensuite les produits à un prix plus bas à des détaillants qui ne fournissent pas ces services (et, de ce fait, n'en supportent pas les coûts), les détaillants offrant un haut niveau de service peuvent réduire ou supprimer ces services qui augmentent la demande pour le produit du fournisseur. Les prix de vente imposés peuvent contribuer à prévenir un tel parasitisme au niveau de la distribution. Les parties devront démontrer à suffisance qu'il peut être attendu des prix de vente imposés que non seulement ils donnent les moyens de surmonter un éventuel parasitisme entre les détaillants sur ces services, mais aussi qu'ils incitent à le faire, et que les services de prévente profitent globalement aux consommateurs, comme élément de la démonstration du respect de toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. »

Pour autant, le niveau de sécurité juridique du point 225 est insuffisant pour que les entreprises s'autorisent à imposer des prix à leurs distributeurs dans ces situations, notamment en raison du risque de sanction encourue et de l'approche restrictive en la matière des autorités de concurrence.

Or, les entreprises, a fortiori celles détenant une part de marché inférieure à 30%, devraient pouvoir bénéficier d'un cadre d'analyse précis des situations dans lesquelles elles pourraient imposer un prix de vente à leurs distributeurs et ce, afin :

- D'être encouragé à réaliser des projets générateurs d'innovation et d'efficience économique ;
- Inciter les distributeurs à réaliser les investissements nécessaires liés à la vente de nouveaux produits et de produits complexes ;
- Prévenir tout parasitisme entre les distributeurs.

La proposition suivante peut ainsi être formulée :

- Développer dans les lignes directrices une grille d'analyse précise des dérogations à l'interdiction de la fixation des prix de revente.

A cet égard, définir avec précision les notions de produits nouveaux, de période de lancement, de produits complexes ou encore de services de prévente.

Observations portant sur les market places

Dans le cadre de l'arrêt « *Coty* »¹, la CJUE a considéré que la clause contractuelle imposée aux distributeurs agréés dans un système de distribution sélective de produits de luxe consistant à leur interdire d'avoir recours de façon visible à des market place pour les ventes par internet n'était pas illicite au regard de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE.

Puis dans la seconde partie de son raisonnement, la CJUE a précisé que dans l'hypothèse où une telle clause devait être considérée comme restreignant la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE, il convenait de déterminer si cette clause pouvait bénéficier de l'exemption catégorielle du règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, objet de la présente évaluation.

Après avoir rappelé les conditions pour bénéficier de l'exemption catégorielle (part de marché inférieure à 30% et absence de restriction caractérisée), la CJUE a clairement indiqué ce qui suit

« Dans ces conditions, même si elle restreint une forme particulière de vente sur internet, une interdiction telle que celle en cause au principal ne constitue pas une restriction de la clientèle des distributeurs, au sens de l'article 4 b) du règlement n° 330/2010 ni une restriction des ventes passives des distributeurs agréés aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4 c) de ce règlement » (point 68)

En d'autres termes, la CJUE considère que l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe d'avoir recours de façon visible à des market places pour les ventes par internet, même si elle devait être considérée comme tombant sous le coup des ententes illicites, sera exemptée au regard du règlement n° 330/2010 puisque ne constituant pas une restriction caractérisée de concurrence, encore appelée « *clause noire* ».

La CJUE justifie sa décision par le fait qu'il s'agit d'une forme limitée de restriction. Que dès lors qu'il ne paraît pas possible de délimiter au sein du groupe des acheteurs en ligne les clients de plateformes tierces, il ne s'agit pas d'une interdiction absolue qui serait prohibée.

Cet arrêt « *Coty* » a également fait l'objet d'une analyse par la DG Concurrence de la Commission européenne dans le cadre de la « *Competition policy brief* » d'avril 2018 :

- La Commission européenne considère ainsi que les interdictions de vente via des market places dans les accords de distribution sélective pour d'autres catégories de produits que les produits de luxe ne sont pas illicites au regard de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE.

¹ CJUE, 6 décembre 2017, affaire C-230/16

- La Commission européenne estime également que les conclusions de la Cour selon lesquelles les interdictions de vente via les places de marché ne constituent pas des restrictions de la clientèle, au sens de l'article 4, b), du règlement n° 330/2010 ni des restrictions des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, c), dudit règlement sont valables quelle que soit la catégorie de produits concernée et donc aux autres produits que les produits de luxe, dès lors que la question de savoir si une telle interdiction a pour objet de restreindre le territoire ou la clientèle auxquels le distributeur peut vendre ses produits ou si elle limite les ventes passives du distributeur ne peut dépendre de la nature du produit concerné.
- Enfin, la Commission estime également que l'interdiction de vente via les places de marché ne constitue pas une restriction de vente passive, que l'on soit dans le cadre d'un réseau de distribution sélective ou en dehors d'un réseau de distribution sélective :

“Article 4(b) VBER applies - unlike Article 4(c) VBER - also outside of selective distribution. Given that Article 4(b) VBER is not linked to selective distribution, the product category of the distribution agreement cannot matter for its application. Similarly to Article 4(c), Article 4(b) VBER removes the benefit of the VBER for passive sales restrictions outside selective distribution agreements. A marketplace ban does not – according to the Court – restrict passive sales to end users under Article 4(c) VBER. It therefore cannot be said, within the logic of Article 4 VBER, that the very same restriction (a marketplace ban) would amount to a passive sales restriction under Article 4(b), which applies irrespective of product categories, whilst it would not amount to one under Article 4(c) VBER.”

Afin d'assurer un niveau de sécurité juridique suffisant pour les entreprises, il conviendrait d'intégrer l'analyse de l'arrêt Coty par la Commission Européenne dans les lignes directrices du règlement.

La proposition suivante peut ainsi être formulée :

- Ajouter le point suivant dans les lignes directrices dans la partie 3 « Restrictions caractérisées visées par le règlement d'exemption par catégorie » :

« Le fait pour un fournisseur d'interdire à ses distributeurs d'avoir recours de façon visible à une ou plusieurs market places pour vendre ses produits ne constitue pas une restriction de la clientèle des distributeurs, au sens de l'article 4 b) du règlement ni une restriction des ventes passives des distributeurs, au sens des articles 4 b) et c) de ce règlement »

Observations portant sur l'article 4 d) du REC

Aux termes de l'article 4 (d) du règlement n° 330/2010, constitue une restriction caractérisée (« clause noire ») le fait de :

« de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents; »

Ainsi, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, un fournisseur, afin de bénéficier de l'exemption par catégorie conférée par le règlement 330/2010, ne peut pas restreindre les ventes actives et passives entre les membres de son réseau même s'ils agissent à des stades commerciaux différents.

Plus précisément, un fournisseur qui met en place un réseau de distribution sélective dans plusieurs états-membres et qui fait appel à des grossistes pour mettre en place et animer son réseau sur un territoire défini (en général un état-membre) ne devrait pas pouvoir limiter les ventes actives de ses grossistes auprès des détaillants agréés situés sur le territoire d'un autre grossiste.

La Commission européenne, dans ses lignes directrices, a toutefois constaté, dans certains cas, les effets potentiellement pro-concurrentiels des restrictions imposées dans le cadre d'un réseau de distribution sélective aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants situés sur le territoire d'autres grossistes, précisant notamment, au point 63, que :

« Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs désignés doivent normalement rester libres (voir le point 58). Toutefois, si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur «leur» territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat, les restrictions imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants désignés situés sur le territoire d'autres grossistes pour prévenir un éventuel parasitisme peuvent, dans certains cas, remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. »

Pour autant, le niveau de sécurité juridique du point 63 est insuffisant pour que les entreprises s'autorisent à mettre en œuvre cette exception, notamment en raison du risque de sanction encourue.

En effet, le point 63 est particulièrement flou dès lors qu'il prévoit que les limitations des ventes actives faites aux grossistes peuvent être exemptées « *dans certains cas* », « *si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur «leur» territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat* », cette dernière phrase étant particulièrement peu claire.

Rappelons qu'un fournisseur qui souhaite mettre en place un réseau de distribution sélective, doit le faire dans l'ensemble des Etats-membres de l'Union Européenne s'il veut s'assurer d'une véritable étanchéité de son réseau.

Pour ce faire, il doit, dans la plupart des cas, faire appel à des grossistes pour mettre en place et gérer son réseau dans certains Etats-membres où il n'a pas la possibilité d'approvisionner directement les détaillants.

Dans ces conditions, le fournisseur devrait pouvoir limiter les ventes actives de ses grossistes auprès des détaillants situés sur le territoire d'autres grossistes et ce, afin de :

- Inciter les grossistes à réaliser les investissements nécessaires liés à la mise en place du réseau de distribution sélective sur son territoire et
- Prévenir tout parasitisme entre les grossistes.

Les propositions suivantes peuvent ainsi être formulées :

- (i) Compléter l'article 4 (d) du règlement n° 330/2010 de la manière suivante :
« *de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents, sauf s'il s'agit de restreindre les ventes actives d'un grossiste auprès des détaillants situés sur le territoire que le fournisseur aura réservé à un autre grossiste pour la mise en place du système de distribution sélective* »
- (ii) A défaut, modifier le point 63 des lignes directrices de la manière suivante :
« *Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs désignés doivent normalement rester libres (voir le point 58). Toutefois, ~~si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur «leur» territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat,~~ les restrictions imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants désignés situés sur le territoire d'autres grossistes pour prévenir un éventuel parasitisme ~~peuvent, dans certains cas,~~ remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.* »

<p>Observations sur les caractéristiques d'un vrai contrat d'agence selon les lignes directrices du 19 mai 2000</p>
--

Il ressort d'une jurisprudence désormais ancienne qu'un intermédiaire exerçant son activité au profit d'un commettant « *peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique* »².

En conséquence, la question de savoir si un commettant et son agent forment une unité économique, le deuxième étant un organe auxiliaire intégré dans l'entreprise du premier, est importante aux fins de déterminer si un comportement relève du champ d'application de l'article 101 § 1 du TFUE et est donc susceptible de caractériser une entente anticoncurrentielle.

Selon le point 13 des lignes directrices du 19 mai 2010, le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101 § 1 est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné.

Le point 14 des lignes directrices expose qu'il existe trois types de risques financiers ou commerciaux qui sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence :

- les risques propres à chaque contrat (financement du stock, coût de la distribution des produits et notamment les coûts de transport, la perte ou la détérioration des produits etc...),
- les risques liés aux investissements propres au marché (aménagement des locaux, acquisition d'équipements spécifiques, financement d'actions promotionnelles...) dès lors que ces investissements sont irrécouvrables,
- les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte mais à ses propres risques.

Le point 15 précise que l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable.

La pratique décisionnelle en ce domaine repose toujours sur l'analyse du caractère négligeable ou non des risques encourus par l'agent.

² CJCE, 16 décembre 1975, « Suiker Unie », Affaires jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73

Or, il apparaît sur ce point que les lignes directrices marquent une rigidité excessive pouvant amener les entreprises à considérer trop systématiquement, dans leur auto évaluation, qu'elles sont en présence d'un faux contrat d'agence.

Ainsi, le point 16 des lignes directrices tel qu'il est rédigé laisse à penser qu'un seul des risques listés suffit à considérer qu'un accord ne constitue pas un vrai contrat d'agence.

Il en est de même du point 17 qui précise :

*« Si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités aux points 14, 15 et 16, l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence (...). Le fait que ces risques soient supportés par l'agence suffit à conclure que celui-ci est un distributeur indépendant. Au contraire, si l'agent ne supporte **aucun** des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse et d'apprécier les risques liés aux investissements propres au marché. Enfin, si l'agent ne supporte **aucun** des risques propres au contrat et des risques liés aux investissements propres au marché, il y a lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits ».*

On constate que la notion de caractère négligeable des risques encourus a disparu à ce point 17 et la lecture conjuguée des points 16 et 17 peut amener les entreprises à retenir une approche extrêmement stricte, alors que la pratique décisionnelle est à l'inverse beaucoup plus souple et pragmatique s'agissant de l'appréciation des risques encourus par les agents.

L'affaire Daimler Chrysler en est un bon exemple³.

Dans cette affaire, la Commission avait considéré que les agents de la marque Mercedes-Benz étaient des faux agents dans la mesure où ils supportaient des risques considérés importants tels que le risque lié au prix de vente dans la mesure où les remises accordées à la clientèle étaient imputées par le constructeur sur la commission, le risque lié aux frais de transport des véhicules, le risque lié aux frais de promotion, les risques liés aux interventions sous garantie, et enfin les risques liés à l'activité après-vente et la gestion d'un stock de pièces de rechange achetées.

Cette analyse n'a pas été retenue par le TPICE qui a considéré pour chacun des risques retenus par la Commission que ceux-ci étaient en réalité négligeables, précisant pour certains d'entre eux que la Commission avait exagéré sensiblement l'importance des risques supportés par les agents.

³ TPICE 15 octobre 2005, aff. T-325/01, DaimlerChrysler c/ Commission

S'agissant de la pratique décisionnelle française, on peut constater que l'Autorité de la concurrence a également une approche pragmatique ainsi que cela ressort de sa décision n°09-D-23 du 30 juin 2009⁴.

Dans cette affaire, l'Autorité avait à apprécier si les dispositions du droit des ententes devaient s'appliquer au contrat de commission affiliation mis en place par la société Punto Fa s'agissant de la marque Mango.

L'Autorité a relevé dans sa décision un certain nombre de risques financiers encourus par le « distributeur partenaire », à savoir un droit d'entrée de 100 000 €, le financement des aménagements, de tous les équipements, des consommables et des tenues, les coûts de transport, une garantie bancaire à hauteur de la valeur du stock ainsi que la souscription d'assurances.

Pour autant, elle a considéré, pour chaque risque, qu'en pourcentage du chiffre d'affaires, il ne s'agissait pas de risques sensibles.

En revanche, l'Autorité a constaté que le distributeur partenaire n'avait pas de stratégie propre possible, ne disposait que d'une faible marge de manœuvre pour déterminer de façon autonome son prix de vente et surtout a relevé qu'il n'assumait pas le risque commercial principal sur le marché du textile, à savoir le risque d'inventu.

L'Autorité a ainsi considéré que Punto Fa et ses distributeurs partenaires formaient une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et que leurs relations échappaient donc à la prohibition des ententes anticoncurrentielles.

Par ailleurs, on peut constater que plusieurs décisions européennes, dont l'arrêt du TPICE du 15 septembre 2005 dans l'affaire DaimlerChrysler susvisée, mais également une décision plus récente du TPIUE du 15 juillet 2015 dans l'affaire dite de l'acier de pré contrainte⁵, recherchent si le risque économique supporté par l'agent est tel que le contrat le liant au commettant « lui confère ou lui laisse des fonctions se rapprochant économiquement de celle d'un négociant indépendant ».

Ainsi, au point 153 de la décision du Tribunal du 15 juillet 2015, celui-ci pose en principe :

« Pour déterminer l'existence d'une unité économique entre l'agent et l'un de ses commettants, il importe de savoir si cet agent est à même, pour ce qui concerne les activités qui lui ont été confiées par ce commettant, de se comporter comme un négociant indépendant libre de déterminer sa propre stratégie commerciale. Si l'agent n'est pas à même de se comporter comme tel, les fonctions exercées par

⁴ Décision n°09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires (affaire Mango/Punto Fa)

⁵ Aff. T- 418/10

celui-ci pour le compte dudit commettant font partie intégrante des activités de ce dernier ».

Or, les lignes directrices n'apparaissent pas être le reflet de cette grille de lecture.

En conséquence, il apparaît opportun de modifier la rédaction des lignes directrices sur ces points.

Les propositions suivantes peuvent ainsi être formulées :

- (i) assouplir la liste des critères permettant de définir ce qu'est un vrai agent, en insistant et en développant notamment sur la notion de risque négligeable ou économiquement peu sensible.
- (ii) reprendre l'analyse de la jurisprudence sur la distinction de l'agent avec la réalité économique d'un négociant indépendant.