



Grall & Associés  
AVOCATS

Membre d'Antitrust Alliance

Antitrust  
Alliance

# La Lettre du Cabinet

Mars 2010

mg@mgavocats.fr - www.mgavocats.fr

## FLASH CONCURRENCE N° 3

### Réforme des accords verticaux :

### Point sur le deuxième projet de règlement et de lignes directrices de la Commission Européenne

par Jean-Christophe Grall et Nathalia Kouchnir-Cargill

Le 31 mai 2010, soit à l'expiration du règlement CE n° 2790/1999, entrera en vigueur le nouveau règlement communautaire sur les restrictions verticales, accompagné des traditionnelles lignes directrices de la Commission destinées à aider les entreprises à procéder à l'auto-évaluation de leurs accords.

Le 28 juillet 2009, la Commission Européenne avait publié ses projets de règlement et de lignes directrices en les soumettant à consultation publique jusqu'au 28 septembre 2009.

Dans notre « *Flash Concurrence n°9* » du mois de septembre 2009, nous avons commenté ces projets en exposant les principales innovations.

Depuis lors, la Commission Européenne a établi une deuxième version de ses projets de règlement et de lignes directrices dont voici les principales nouveautés :

#### → Sur le double seuil de part de marché !

Pour mémoire, l'article 3 du premier projet de règlement prévoyait :

« *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.* »

Par cet ajout, la Commission Européenne, souhaitant prendre en considération l'augmentation constante de la puissance d'achat, notamment

dans la grande distribution, avait instauré un double seuil de part de marché, se proposant ainsi de n'octroyer le bénéfice de l'exemption catégorielle qu'aux accords conclus entre un fournisseur et un acheteur ou distributeur dont les parts de marché respectives ne dépassaient pas 30 %.

Beaucoup d'opérateurs économiques s'étaient alors inquiétés de la difficulté de pouvoir évaluer la part de marché du distributeur, étant très délicat pour un fournisseur non seulement de cerner le marché sur lequel le distributeur est présent (notamment géographique), mais également d'en connaître la part de marché exacte, ceci étant source d'insécurité juridique.

La Commission Européenne a modifié son projet de règlement sur ce point en précisant désormais que le marché à prendre en compte pour le fournisseur reste celui sur lequel il vend les produits et services contractuels, mais que le marché pertinent à prendre en compte pour l'acheteur est celui sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

En d'autres termes, la part de marché de l'acheteur ou du distributeur ne s'appréhendera pas au regard du marché sur lequel il revend les biens et services contractuels mais sur le marché sur lequel il les achète, **c'est-à-dire le marché de l'approvisionnement.**

Dès lors, il sera nécessaire que chacune des entreprises ne dépasse pas 30 % de part de marché sur les marchés susvisés pour bénéficier de

l'exemption par catégorie et éviter les affres du bilan concurrentiel.

La définition du marché de l'approvisionnement risque cependant de soulever d'importantes difficultés, les critères de sa détermination s'avérant délicats à appréhender, que ce soit pour le marché des produits ou services concernés ou pour le marché géographique.

Jusqu'à présent, la part de marché de l'acheteur n'était prise en compte que dans les accords dits de « *fourniture exclusive* », c'est-à-dire ceux imposant aux fournisseurs de ne vendre qu'à un acheteur à l'intérieur de la communauté.

L'article 3.2 du Règlement CE n° 2790/1999 précisait qu'il s'agissait du marché sur lequel l'acheteur achète les biens ou les services contractuels.

Les lignes directrices précisait, quant à elles, que « *la part de marché de l'acheteur correspond à sa part de tous les achats sur le marché des achats en cause* » (point 92).

Les lignes directrices renvoyaient alors à la décision bien connue de la Commission Européenne du 3 février 1999 dans l'affaire Rewe/Meinl<sup>1</sup>.

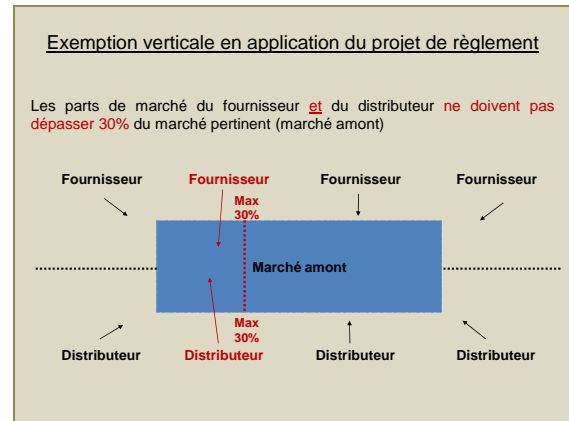
Dans cette décision concernant une opération de concentration sur le marché du commerce de détail de l'alimentation, la Commission était venue préciser que les marchés de l'approvisionnement « *comprennent la vente de biens de consommation courante par les producteurs à des clients tels que les grossistes, les détaillants ou d'autres entreprises* », pour en déduire notamment que la délimitation du marché de l'acheteur se fait généralement du point de vue de l'autre partie en présence sur le marché, à savoir le fournisseur/producteur.

En d'autres termes, l'évaluation de la part de marché du fournisseur et de celle du distributeur se fera sur le même marché pertinent, comme le précisait d'ailleurs les points 91 et 92 des actuelles lignes directrices du 13 octobre 2000 évoquant, au travers d'un schéma qui a disparu aujourd'hui du nouveau projet, l'existence d'un même marché « A », marché sur lequel interviennent les fournisseurs et les distributeurs et se distinguant du marché aval de la distribution sur lequel les entreprises sont en contact avec les consommateurs finals.

Il n'en demeure pas moins, ainsi que la Commission l'indique elle-même dans sa décision Carre-

<sup>1</sup> Décision 1999/674/CE de la Commission du 3 février 1999 dans l'affaire n° IV/M 1221 (JOL 274 du 23.10.1999, page 1).

four/Promodès du 25 janvier 2000<sup>2</sup>, que les parts de marché détenues par l'acheteur sur le marché de l'approvisionnement sont particulièrement délicates à évaluer puisqu'il s'agit de calculer la part de marché que représente l'acheteur dans tous les achats sur un marché en cause, ce qui reste difficile à apprécier (voir schéma ci-dessous).



Il est à noter cependant, qu'en ce qui concerne le marché géographique, la Commission confirme, au point 89 de son dernier projet de lignes directrices, que le marché de gros est généralement plus large que celui du commerce de détail et que le plus souvent, le marché sera de **dimension nationale**, voire plus large encore, ce qui est plutôt positif dans le cadre de l'auto-évaluation des accords de distribution.

### ➔ **La distribution sur Internet !**

Nous avons souligné dans notre « *Flash Concurrency* » de septembre 2009 que les ajouts de la Commission Européenne, relatifs au commerce sur Internet, se retrouvaient dans son projet de lignes directrices, le projet de règlement ne donnant aucune précision sur ce point.

La Commission n'a pas changé cette approche, mais a apporté des précisions par quelques petites touches intéressantes.

Voici les principales modifications :

- La Commission considère toujours la vente sur Internet comme un moyen de vente passive mais ajoute que cela reste le cas lorsque le client choisit d'être tenu automatiquement informé par le distributeur de ses nouveautés et promotions (newsletters, mails d'information, sortie de nouveaux produits, etc.).
- S'il est interdit de permettre à un distributeur exclusif d'empêcher des clients situés hors de son territoire d'avoir accès à son

<sup>2</sup> Décision COMP/M 1684.

site Internet ou de les rerouter vers les sites Internet d'autres distributeurs exclusifs ou du fournisseur, la Commission précise qu'il n'est pas illicite d'insérer malgré tout des liens vers les sites Internet d'autres distributeurs ou du fournisseur.

- Autre précision importante : la Commission indique qu'un fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un **ou plusieurs** points de vente physiques ou salles d'exposition (là où le précédent projet ne prévoyait la possibilité d'exiger qu'un seul point de vente physique).
- Enfin, si la Commission persiste à refuser qu'un distributeur puisse payer un prix plus élevé pour des produits destinés à être vendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement, elle ajoute que certaines pratiques de « dual pricing » peuvent être légitimées si les prix plus élevés demandés au distributeur pour les produits vendus sur Internet se justifient par le fait qu'il assure moins de services auprès de la clientèle, d'installation et de conseil notamment, et si de ce fait, le nombre de plaintes ou de demandes de garantie au fournisseur risque d'augmenter (cette justification reste à notre sens quelque peu alambiquée alors qu'une différenciation tarifaire peut se justifier plus largement dans le cadre de conditions catégorielles de vente).

### → **Sur les prix minima imposés !**

Bien que les prix minima imposés demeurent toujours fermement interdits, nous avons précédemment relevé l'ouverture importante qu'avait opérée la Commission dans l'intransigeance de son raisonnement en admettant que les prix de vente imposés pourraient ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence et pourraient ainsi entraîner des gains d'efficacité.

Dans son précédent projet, la Commission envisageait notamment l'utilité de prix de vente imposés lors du lancement par un fabricant d'une nouvelle marque ou de son entrée sur un nouveau marché.

La Commission admet désormais cette utilité pour le **lancement de nouveaux produits**.

Il s'agit là d'un nouvel assouplissement qui revêt une importance certaine. Ceci dit, il reste à déterminer la durée de ladite phase de lancement

durant laquelle un prix de vente imposé pourra être exempté.

Par ailleurs, si la Commission supprime la référence à l'utilisation d'une marque particulière comme produit d'appel comme justification possible d'un prix de vente imposé, elle précise désormais plus généralement que la marge assurée au distributeur par les prix de revente minimum imposés peut leur permettre d'assurer des services additionnels préalables à la vente, notamment dans le cas de produits complexes ou de technologie avancée.

Ainsi, la Commission admet pouvoir, le cas échéant, être convaincue, démonstration à l'appui, que l'application de prix de vente minimum imposés pourrait éviter les actions parasitaires de certains distributeurs qui ne fournissent pas les services susvisés alors que ces services sont bénéfiques pour les consommateurs.

Enfin, il est à noter qu'en ce qui concerne les prix de vente maxima, la Commission les estime légitimes lorsqu'ils permettent d'éviter la pratique dite de la « *double marge* », en prenant le soin de préciser désormais que cela peut notamment permettre à une marque de concurrencer plus efficacement certaines autres marques, notamment les produits vendus sous marque de distributeurs, commercialisés par les distributeurs en concurrence avec leurs propres fournisseurs.

Là encore, la Commission entend appréhender certaines réalités des pratiques de la grande distribution.

Tels sont les derniers contours de la réforme qui s'annonce, étant ici précisé que les entreprises dont les contrats sont en cours au 31 mai 2010 auront jusqu'au **31 mai 2011** pour se mettre en conformité avec le nouveau règlement.



### **Quelques informations :**

**Animation de formations dispensées au sein de l'entreprise ou à notre Cabinet, consacrées :**

- ☞ **A la loi de modernisation de l'économie (LME) du 4 août 2008 : négociabilité des tarifs, fin de la discrimination abusive, négociation et contractualisation des Plans d'Affaires Annuel (« PAA ») 2010 :** conditions générales de vente, conditions catégorielles de vente, conditions particulières de vente, conditions d'achat + services : coopération commerciale et autres obligations, règles de facturation, « **Trois fois net** » comme nouveau seuil de revente à perte issu de la loi **Chatel** du 3 janvier

2008, **Prix de vente conseillés**, situation des grossistes et exception de revente à perte, « **NIP** », etc. ;

- ☞ **A la mise en place de Programme de « compliance » pour se conformer strictement aux règles de concurrence et vérifier la légalité des pratiques des entreprises au droit de la concurrence et de la distribution ;**
- ☞ **Au contrôle des concentrations**
  - Contrôle communautaire des concentrations : [règlement n° 139/ 2004 du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises]
  - Contrôle français des concentrations dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** depuis le 2 mars 2009 : [détermination des seuils, définition du marché pertinent, procédure de notification / Lignes directrices de l'ADLC de décembre 2009] ;
- ☞ **A la rupture fautive des relations commerciales établies [rupture brutale et rupture abusive] ;**
- ☞ **A l'audit juridique des accords de distribution dans le cadre de la réforme actuelle du règlement 2790/1999** : incidences sur les contrats de distribution au regard des articles 101 et 102 du TFUE et des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce sanctionnant les ententes et les abus de domination – Définition des marchés pertinents à prendre en considération désormais ;
- ☞ **A la définition des pratiques anticoncurrentielles** aux termes des dispositions visées sous les articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce, et 101 et 102 du TFUE [ententes et abus de domination / pratiques concertées / standard de preuves requis par les autorités de concurrence ;
- ☞ **Aux enquêtes de concurrence françaises et communautaires** [droits et obligations des personnes enquêtées et des enquêteurs] et ce, dans le cadre des pouvoirs conférés à la nouvelle **Autorité de la concurrence** par la LME du 4 août

**2008 et l'ordonnance du 13 novembre 2008 ;**

- ☞ **Aux échanges d'informations et de statistiques entre entreprises et/ou au sein de fédérations professionnelles** [droit français et communautaire de la concurrence] ;
- ☞ **A l'application des règles de concurrence aux marchés publics ;**
- ☞ **Aux promotions des ventes** [pratiques commerciales trompeuses / déloyales dans le cadre de la loi **Chatel du 3 janvier 2008** et de la **LME du 4 août 2008**, et de la jurisprudence communautaire : jeux – concours – loteries, ventes avec primes, ventes par lots, offres de réductions de prix aux consommateurs, cartes de fidélité, publicité comparative, etc.].
- ☞ **Aux responsabilités et obligations des producteurs et fournisseurs** : responsabilité contractuelle, responsabilité pénale, responsabilité du fait des produits défectueux, obligation générale de sécurité, garantie légale des vices cachés, garantie légale de conformité, garantie commerciale et contractuelle, clauses limitatives de responsabilité.  
\* \* \*
- ☞ **Proposition d'audit de structures tarifaires** : Tarifs / Réductions de prix / CGV / CCV / CPV / services de coopération commerciale et autres obligations / SRP / prix de vente conseillés et limites ;
- ☞ **Proposition de rédaction de plan d'affaires annuel 2010**, comprenant la rédaction d'un contrat cadre et d'un modèle de contrat d'application ou celle d'un contrat unique reprenant l'ensemble de la négociation commerciale : CGV/CCV/CPV et les autres obligations définies par l'article L.441-7-I-3° du Code de commerce + les services de coopération commerciale, avec différentes options rédactionnelles en termes de définition de services et de modalités de rémunération ;
- ☞ **Proposition d'accompagnement juridique de la négociation commerciale annuelle.**

**Retrouvez les Lettres du Cabinet sur notre site [www.mgavocats](http://www.mgavocats)**