

CONCURRENCE

1029

La distribution sélective dans le cadre du nouveau Règlement n° 330-2010

La distribution sélective occupe une place à part au sein des contrats de distribution et fait l'objet d'un contrôle tout particulier par les autorités de la concurrence.

Étude par

Didier Ferrier

professeur à l'Université de Montpellier

1 - On comprend des propos qui viennent d'être tenus, que la distribution sélective est aujourd'hui au centre des préoccupations du droit de la concurrence, en matière d'accords verticaux.

Cela tient au succès de la formule mais également à sa situation ambiguë au sein des contrats de distribution.

D'un côté des contrats nettement anticoncurrentiels en raison de l'élimination qu'ils opèrent par le jeu de l'exclusivité : contrat d'approvisionnement exclusif qui prive le distributeur d'une alternative d'approvisionnement et les fournisseurs concurrents d'un débouché, contrat de distribution exclusive qui exclut, dans un secteur géographique déterminé, tout autre distributeur d'une fourniture directe par le concédant. Ces contrats ayant bénéficié, dès l'origine, d'un bilan économique favorable sous certaines conditions.

D'un autre côté un contrat, le contrat de franchise, à la fois anticoncurrentiel parce qu'il conduit à contraindre un franchisé tout en excluant des concurrents, et proconcurrentiel parce qu'il permet la mise en œuvre d'un savoir-faire commercial transformant le franchisé en meilleur compétiteur sur le marché. Ce type de contrat ayant bénéficié à l'origine d'un bilan économique très favorable.

2 - Entre les deux, la distribution sélective. Le distributeur est sélectionné mais sans bénéficier d'une exclusivité territoriale et sans l'argument d'un savoir-faire commercial qu'il serait apte à mettre en œuvre. Le fournisseur ne bénéficie pas d'une exclusivité d'approvisionnement souscrite par le distributeur et se trouve donc en principe en concurrence avec d'autres fournisseurs.

3 - Du point de vue de la concurrence, la distribution sélective n'appellerait donc aucune réserve. Mais elle a rapidement éveillé des soupçons : la sélection n'est-elle pas un instrument utilisé pour éliminer certains revendeurs trop concurrentiels, ou pour contrôler les prix de revente des distributeurs sélectionnés ? Puis elle a inspiré une interrogation plus générale : un fournisseur peut-il librement choisir ses distributeurs ? Se trouvait ainsi mise en balance la liberté de l'industrie : liberté pour le fournisseur de définir les conditions de

commercialisation de ses produits, et la liberté du commerce : liberté pour le distributeur de commercialiser les produits qu'il veut. On observera que l'on évoque toujours « la liberté du commerce et de l'industrie » alors que l'ordre, au moins chronologique, commanderait de viser « la liberté de l'industrie et du commerce ». C'est dire que la liberté du commerce est privilégiée. Cette primauté s'explique en droit de la concurrence puisque l'objectif est d'ouvrir à la concurrence et, en droit européen, les marchés nationaux pour réaliser le marché intérieur, or le commerce est plus que l'industrie facteur d'ouverture du marché. La distribution sélective ne peut donc être admise sans un contrôle par les autorités de la concurrence.

4 - Ce contrôle s'exerce d'abord sur les conditions de la sélection opérée par le fournisseur et l'on constate qu'il s'est assoupli au fil des règlements d'exemption (1). Le contrôle porte ensuite sur les effets de la sélection au regard des distributeurs sélectionnés mais aussi des autres revendeurs et l'on constate qu'il se durcit (2).

1. Le contrôle assoupli des conditions de la sélection

5 - La sélection repose sur des critères préétablis par le fournisseur. Le contrôle porte sur la pertinence et l'application de ces critères.

A. – La pertinence des critères

6 - La pertinence est évidente lorsque les critères sont imposés par la nature même des produits commercialisés : produits dangereux nécessitant une compétence particulière du distributeur, mais aussi produits de haute technicité, produits de standing qui justifieront des critères qualitatifs subjectifs tels qu'aptitude professionnelle, qualification, ou objectifs tels que localisation du point de vente, aménagement, présentation. La jurisprudence et la pratique décisionnelle ont assez largement accueilli ces critères qualitatifs dès lors qu'ils avaient un rapport avec le produit ou l'image de marque du fournisseur. Récemment, les lignes directrices accompagnant le règlement d'exemption n° 330-2010 ont retenu même pour la commercialisation sur l'Internet le critère d'une installation dans au moins un point de vente physique.

7 - S'agissant de critères quantitatifs, la pertinence paraît moins évidente. Les autorités de la concurrence avaient d'ailleurs sanctionné de tels contrats à l'occasion des décisions Givenchy et Yves Saint-Laurent, en condamnant la liste d'attente chronologique qui limitait le nombre des distributeurs sélectionnés. La position s'est assouplie avec le règlement d'exemption n° 2790-1999 qui exigeait que les critères de sélection soient « définis » sans préciser leur nature qualitative ou quantitative. Cette solution est confortée par les lignes directrices du nouveau règlement n° 330-2010 qui admettent une limitation quantitative fondée sur le critère du potentiel de chalandise. Il appartient bien sûr au promoteur de la distribution sélective d'expliquer ce critère pour montrer qu'il ne masque pas le recours à une distribution exclusive avec l'attribution d'un territoire réservé.

B. – L'application des critères

8 - La pertinence des critères étant établie, encore faut-il que leur application soit uniformément opérée. La logique impose en effet que la sélection soit conforme aux règles qui la gouvernent. Éliminer un distributeur répondant aux critères ou sélectionner un distributeur qui n'y répond pas est non seulement discriminatoire mais avant tout incohérent. Cela n'exclut pas des sélections différenciées par l'application de critères eux-mêmes différents mais en raison de situations différentes tenant à l'activité des distributeurs, par exemple le grossiste et le détaillant, voire à leur localisation par exemple en zone urbaine et en zone rurale.

Il appartient au promoteur de la distribution sélective de justifier la nature et les conditions d'application de ses critères qu'ils soient qualitatifs ou quantitatifs.

9 - Il faut se garder de voir la souplesse dans l'appréciation des critères comme un signe de laxisme dans le contrôle de la distribution sélective. La distribution sélective n'est pas une formule protégée comme le démontre le contrôle rigoureux de ses effets.

2. Le contrôle durci des effets de la sélection

10 - La distribution sélective une fois reconnue se trouve considérablement affaiblie par le contrôle de ses effets. Effets dans les relations entre fournisseurs et distributeurs sélectionnés mais aussi dans les rapports avec les distributeurs non sélectionnés.

A. – Relations fournisseur/distributeurs sélectionnés

11 - Dans les relations entre fournisseur et distributeurs sélectionnés, les autorités de la concurrence veillent à ce que soit respectée, dans toute la mesure du possible, la liberté commerciale du distributeur.

12 - Si le distributeur doit se plier aux exigences du fournisseur tenant à la commercialisation des produits : présentation et promotion des produits, services accompagnant ou suivant la revente, approvision-

nement minimal, voire objectifs (au demeurant limités) de revente, il doit par ailleurs conserver une large marge de liberté dans ses approvisionnements comme dans ses reventes.

13 - Liberté dans ses approvisionnements puisque le fournisseur ne peut lui interdire d'acquérir certaines marques concurrentes, et le fournisseur ne peut lui interdire de poursuivre son activité et donc de s'approvisionner auprès de concurrents après la fin du contrat.

14 - Liberté dans ses reventes. En premier lieu, avec la liberté de revendre à tout demandeur sauf à un revendeur non sélectionné. Cette exception était considérée comme une évidence par la Cour de justice qui avait affirmé que la distribution sélective n'aurait aucun sens si un distributeur sélectionné, et *a fortiori* le promoteur du réseau, pouvait librement fournir les produits à un distributeur non sélectionné. Le nouveau règlement n° 330-2010 affaiblit cependant l'exception en ne la faisant pas jouer à l'encontre de revendeurs implantés dans des lieux où la distribution sélective n'est pas ou ne devrait pas être mise en place. Ainsi, le principe est que le marché sur lequel n'est pas implantée la distribution sélective est un marché libre où tout distributeur sélectionné peut revendre et même à un distributeur non sélectionné. Le promoteur d'une distribution sélective ne pourrait protéger son réseau et assurer son « étanchéité » selon le terme utilisé dans les années 1990, qu'en développant ce mode de distribution sur tous les marchés. Il est douteux que ce soit économiquement envisageable, et même juridiquement praticable, compte tenu de la diversité des contextes économiques et des systèmes juridiques.

15 - En second lieu, liberté dans les reventes avec la liberté de déterminer ses prix de revente. Le fournisseur ne peut imposer un prix minimal de revente, et par là un prix de revente qui ne serait pas maximal, quelle que soit la modalité que puisse prendre cette imposition (stipulation, recommandation avec contrôle ou pressions exercées sur le distributeur). Les lignes directrices accompagnant le règlement n° 330-2010 évoquent les « gains d'efficacité » qui pourraient justifier certaines limitations dans la fixation des prix de revente. Toutefois, en considérant d'une part la pauvreté des arguments économiques au soutien de ces gains d'efficacité, d'autre part celle des exemples de limitations que les lignes directrices considèrent comme acceptables, on comprend que le gain d'efficacité lié à l'imposition de prix de revente relève encore de l'hypothèse d'école. Or, il est regrettable que ne soit pas facilement admis le contrôle des prix de revente contre des prix dégradant le produit ou l'image de la marque, surtout avec un seuil légal de revente à perte anormalement bas (prix d'achat réduit du montant de la rémunération des services rendus par l'acheteur... !), ou contre des prix appelant à l'achat d'autres produits voire de produits concurrents, avec la pratique de la « dérive des ventes ». De telles exceptions permettraient de reconnaître au fournisseur non pas le droit de fixer la politique de prix du distributeur, mais la faculté de préserver l'image de ses produits en imposant un prix de revente au moins égal au prix de revient, c'est-à-dire prenant en compte les coûts de commercialisation.

16 - En troisième lieu, liberté dans les reventes avec la liberté de revendre sur internet. On observera que la question des conditions de commercialisation sur internet n'est pas traitée dans le règlement n°

330-2010 alors pourtant qu'elle avait été soulevée à de multiples reprises au cours des échanges précédant son édiction. Elle est traitée en revanche dans les lignes directrices qui optent clairement pour l'ouverture de ce mode de distribution en estimant qu'il doit être assimilé à de la vente passive, toute limitation de ce type de vente constituant une restriction de concurrence condamnable. Certes, quelques réserves favorables au promoteur de réseau sont émises : exigence d'une commercialisation complémentaire dans un ou plusieurs points de vente physiques, fixation de prix différenciés pour les produits destinés à être revendus dans un point de vente physique et ceux destinés à être revendus sur internet, exigence de présentation des produits et de la marque sur le site de commercialisation..., mais elles laissent tout de même le réseau à la merci des distributeurs sélectionnés parasites (c'est-à-dire ne respectant pas les exigences de commercialisation et n'assumant pas ainsi les coûts correspondants) et des revendeurs parallèles notamment ceux qui commercialisent essentiellement sur internet. La cour d'appel de Paris a vu le danger de cette libéralisation de la revente sur internet. Malgré la position ferme soutenue par l'Autorité de la concurrence, elle-même confortée par la Commission européenne, à l'encontre d'un promoteur de distribution sélective qui refusait de voir ses produits ainsi revendus, elle a décidé d'interroger la Cour de justice sur la possibilité de limiter voire d'interdire ce mode de commercialisation.

17 - La démarche est prudente, au meilleur sens du terme, car la question de l'utilisation d'internet est plus complexe qu'il n'y paraît pour des raisons techniques tenant aux potentialités et aux risques de l'échange électronique mais aussi pour des raisons commerciales tenant à la puissance de ce canal où interviennent notamment les « *pure players* », qui sont aujourd'hui des distributeurs non sélectionnés.

B. – Rapports réseau/distributeurs non sélectionnés

18 - Les rapports entre le réseau et les distributeurs, c'est-à-dire l'ensemble constitué par le fournisseur et les distributeurs sélectionnés, d'une part, et les distributeurs non sélectionnés, d'autre part, sont évidemment conflictuels. La jurisprudence dominante estime que rien ne peut en principe être reproché au revendeur non sélectionné qui s'est approvisionné sans se rendre complice d'une violation par un distributeur sélectionné de son engagement de ne pas revendre à un distributeur hors réseau, et qui commercialise les produits sans porter atteinte à leur image et sans tromper le consommateur notamment en prétendant être lui-même sélectionné. On observera que certaines décisions condamnent toutefois le distributeur non sélectionné pour parasitisme, voire pour concurrence déloyale, parce qu'il profite des efforts commerciaux du réseau sans lui-même y contribuer.

19 - L'utilisation d'Internet par ces distributeurs non sélectionnés, qui auront pu s'approvisionner grâce à l'assouplissement précédemment évoqué de la règle de non rétrocession, et l'utilisation d'Internet par les distributeurs sélectionnés auxquels le fournisseur des produits ne pourra plus imposer les exigences liées à la commercialisation dans un point de vente physique, pourraient demain remettre en cause non seulement l'économie de la distribution sélective mais celle des réseaux de distribution en général.

20 - Il apparaît ainsi que la distribution sélective est aujourd'hui l'argument d'une confrontation entre la liberté de l'industrie et la liberté du commerce dont l'enjeu est l'organisation de la distribution des produits et services.