



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

Le contrôle des distributeurs par  
la tête de réseau –  
Définition et enjeux

---

**Doctrines** | Concurrences N° 1-2010 – pp. 63-70

**Laurent FRANÇOIS-MARTIN**

[lfrancoismartin@fidalinternational.com](mailto:lfrancoismartin@fidalinternational.com)

| *Avocat aux barreaux des Hauts de Seine et de Bruxelles*



Laurent FRANÇOIS-MARTIN\*

lfrancoismartin@fidaliinternational.com

Avocat aux barreaux  
des Hauts de Seine et de Bruxelles

## Abstract

*The relations between heads of distribution networks and their distributors are currently the subject of renewed antitrust focus. In light of both EU and domestic case law, certain criteria can be applied to determine whether the head of a network should be deemed to have taken control over its distributors. However, where such control is deemed to exist, this is merely a preliminary step in the application of antitrust rules. Indeed, while the concept of "control" arises in the contexts of both cartel law and merger law, its legal consequences differ: in the merger context, it triggers a notification requirement, while in the cartel context, it can entail exclusion from the application of antitrust rules. The central question is thus whether these consequences are alternative or cumulative, in light of the fact that the definition of "control" is the same in both cartel and merger law.*

*Les relations entre une tête de réseau et ses distributeurs font l'objet d'une attention renouvelée en droit de la concurrence. La jurisprudence communautaire et nationale a permis de dégager les critères et les modalités de prise de contrôle par une tête de réseau sur ses distributeurs. Pour autant, dans la mesure où le contrôle est qualifié, il n'est qu'une étape préalable à l'application des règles de concurrence. Ainsi, si cette notion de contrôle se retrouve tant en droit des ententes qu'en droit des concentrations, elle emporte des conséquences juridiques distinctes. Notification en droit des concentrations et/ou exclusion de l'application des règles de concurrences relatives aux ententes.*

*La question centrale est donc de déterminer précisément si ces conséquences sont alternatives ou cumulatives au regard d'une définition commune, en droit des ententes et des concentrations, de la notion de contrôle.*

# Le contrôle des distributeurs par la tête de réseau – Définition et enjeux

1. Alors que la Commission prépare son projet de révision du règlement sur les restrictions verticales<sup>1</sup>, et après que la nouvelle Autorité de concurrence a vu ses pouvoirs redéfinis par la Loi de Modernisation de l'Economie (LME)<sup>2</sup>, les relations entre fournisseurs et distributeurs font l'objet d'une attention renouvelée en droit de la concurrence.

2. Ainsi, la notion de contrôle a été au centre de décisions récentes tant en droit des pratiques anticoncurrentielles que sous l'angle du droit des concentrations. La qualification du contrôle de la tête de réseau sur ses adhérents conditionne ainsi l'obligation de notification de l'opération et son autorisation et/ou l'application des règles de concurrence relatives aux relations verticales.

3. Si les autorités de concurrence ont essayé d'établir des critères permettant de qualifier la notion de contrôle des distributeurs par la tête de réseau (I), il n'en reste pas moins que les conséquences juridiques de cette qualification restent à clarifier (II).

## I. De la notion d'influence déterminante à celle d'autonomie en droit des ententes

4. L'application du droit de la concurrence suppose de faire prévaloir la réalité économique sur la qualification du contrôle d'une entreprise sur une autre. Les autorités de concurrence font une analyse au cas par cas des liens entre opérateurs.

5. En ce qui concerne les réseaux de distribution, les autorités de contrôle fondent leur analyse sur la méthode du faisceau d'indices, pour déterminer en droit des concentrations, l'influence déterminante d'une tête de réseau sur ses distributeurs et, en droit des ententes, l'autonomie desdits distributeurs.

## 1. L'influence déterminante d'une tête de réseau sur ses distributeurs caractérise un contrôle au sens du droit des concentrations

6. La notion de concentration est fondée sur un critère de résultat, à savoir, la prise ou le changement de contrôle, direct ou indirect, d'une entreprise, ou d'une partie d'une ou plusieurs entreprises, lesquels sont caractérisés par la possibilité détenue par l'acquéreur d'exercer une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise cible.

\* L'auteur remercie Inès Daulouède et Stéphanie Tournié, avocats au Barreau des Hauts-de-Seine pour leur coopération dans la préparation de cet article.

1 Projet de règlement CE concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JOUE C(2009) 5365/3 ; Projet de Communication de la Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE SEC(2009) 946/3.

2 Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'Economie, JO RF 5 août 2008.

7. Cette influence déterminante est constituée, le plus souvent, par une prise de participation majoritaire du capital de la cible. Ainsi, si une tête d'un réseau de distribution acquière une participation majoritaire du capital d'un adhérent, l'opération peut être sans difficulté qualifiée de concentration.

8. Cependant, au-delà de cette hypothèse, les autorités de concurrence mènent une analyse circonstanciée des situations susceptibles de permettre à la tête de réseau de limiter l'autonomie d'un adhérent, tant dans sa politique commerciale que dans sa possibilité de changer de réseau. Cette approche de l'Autorité a permis de distinguer deux situations spécifiques de prise de contrôle par une tête de réseau, à savoir, une prise de participation minoritaire conférant une minorité de blocage (1) ou, la conclusion de contrats de distribution permettant à une tête de réseau de contrôler les activités de ses adhérents (2).

### 1.1. Une participation minoritaire de la tête de réseau au capital de ses distributeurs conférant une minorité de blocage sur les décisions stratégiques

9. Lors de l'analyse d'opérations dans le cadre desquelles la tête de réseau a acquis une faible participation de capital du distributeur, l'Autorité de la Concurrence a tenu compte de la possibilité que cette participation puisse conférer à la tête de réseau une minorité de blocage lui permettant de maîtriser la prise de décisions stratégiques sur la politique commerciale de ses distributeurs.

10. Ainsi, elle a considéré qu'un franchiseur pouvait exercer une influence déterminante sur ses distributeurs lorsqu'une faible participation dans le capital de la société du franchisé lui permettait d'empêcher le changement de réseau ou d'enseigne. L'Autorité de la concurrence a considéré que l'exigence de l'unanimité, pour modifier des statuts qui stipulent sous quelle enseigne l'activité de la société du franchisé doit être exploitée, conférerait au franchiseur, du fait de sa participation minoritaire au capital, le contrôle sur un des éléments essentiels de la stratégie commerciale du franchisé<sup>3</sup>. De la même manière, l'Autorité a décidé qu'une action de préférence conférerait un contrôle au franchiseur alors même que l'intégralité du capital (en dehors de l'action de préférence) était détenue par le franchisé. Ce contrôle a été qualifié au regard des statuts du franchisé qui conféraient la possibilité au franchiseur de, notamment, [pendant

une durée supérieure à 10 ans] bloquer la possibilité de changement d'enseigne ou encore d'obliger les actionnaires majoritaires à céder le fonds de commerce dès l'instant où ils exploiteraient un fond de commerce similaire sous enseigne concurrente.<sup>4</sup>

### 1.2 Des contrats de distribution conduisant au contrôle du distributeur

11. Au niveau communautaire, même si la Commission a précisé que, en principe, les dispositions typiques d'un contrat de franchise n'étaient pas de nature à conférer une influence déterminante du franchiseur sur son franchisé, dans la mesure où ce dernier continuait de supporter les risques commerciaux inhérents à son activité<sup>5</sup>, elle a considéré que certains pouvoirs issus d'un contrat de distribution pouvaient conférer une influence déterminante à une tête d'un réseau de distribution sur ses adhérents, et ce même en absence de liens capitalistiques. Plusieurs conditions sont alors nécessaires ; « le contrat doit conduire à un contrôle de la gestion et des ressources de l'autre entreprise équivalent à celui obtenu par l'acquisition d'actions ou des éléments d'actifs. Outre le transfert du contrôle de la direction et des ressources, ces contrats doivent se caractériser par une durée extrêmement longue »<sup>6</sup>.

12. La Commission a pu illustrer ces moyens de contrôle dans l'affaire Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Méridien<sup>7</sup> concernant l'achat d'une société « tête de réseau ». Dans cette affaire, la Commission a considéré que, malgré l'absence de liens capitalistiques entre la future société gestionnaire et les hôtels membres du réseau, un contrôle de facto existait sur le fondement des dispositions d'un contrat de gestion. Dans son analyse, la Commission a retenu un faisceau d'indices parmi lesquels se trouvent notamment la durée extrêmement longue des contrats (de 10 à 15 ans), le droit de veto conféré à la société gestionnaire sur les décisions relatives au budget de chaque hôtel et la désignation de la société gestionnaire comme la seule personne habilitée à l'établissement des tarifs des chambres et la gestion des ressources humaines.

13. A l'inverse, la Commission a considéré qu'un contrat d'approvisionnement exclusif réciproque allouant au distributeur la maîtrise totale d'une

3 Autorité de la Concurrence déc. n° 09-DCC-06 du 20 mai 2009 relative à la concentration Evolis S.A./ITM Alimentaire, Autorité de la Concurrence déc. n° 09-DCC-04 du 29 avril 2009, relative à la concentration Noukat Amidis.

4 Autorité de la Concurrence, dec n°09-DCC-64 du 17 novembre 2009, relative à la prise de contrôle exclusif de la société Mikery SAS par la société ITM Alimentaire Est (Groupe ITM Entreprises).

5 COMP/M. 940, UBS/Mister Minit du 9 juillet 1997.

6 Communication juridictionnelle consolidée de la Commission en vertu du règlement n°139/2004 du Conseil relatif au contrôle des opérations entre entreprises, n°C.95 du 16 avril 2008, pt 18

7 COMP/M. 1858 – Lehman Brothers/SCG/Starwood/Le Meridien du 20 juillet 2005.

activité du fournisseur lui conférerait un contrôle sur son fournisseur au sens du droit des concentrations.<sup>8</sup> Dans la qualification du contrôle, la Commission a retenu, notamment, les facteurs suivants : la clause de renouvellement automatique qui permettait de reconduire l'accord pendant une durée illimitée; le fait que le fournisseur ne puisse résilier le contrat que dans le cas d'une violation de l'accord par le distributeur ; le fait que le distributeur puisse demander au fournisseur de cesser la production de tout ou partie des produits sans compensation ; le fait que le fournisseur approvisionne le distributeur au prix coûtant empêchant le fournisseur de tirer un bénéfice de cette activité. Enfin, la Commission a tenu compte d'un contrat d'achat de stock et d'actifs par lequel le distributeur s'engageait à acheter des équipements pour le développement de l'activité du fournisseur qui, en cas de violation de l'accord d'approvisionnement exclusif par ce dernier devraient être remboursés au distributeur.

**14.** Au niveau national, les nouvelles lignes directrices de l'Autorité de la concurrence font écho à l'approche communautaire en se référant à la jurisprudence communautaire précitée et à la Communication juridictionnelle de la Commission (et en particulier le paragraphe 18). Les lignes directrices précisent en outre que, « *les contrats de distribution sont cependant susceptibles de conférer à la tête de réseau une influence déterminante sur ses adhérents. L'Autorité examine toutes les clauses qui permettent à la tête de réseau de limiter l'autonomie de l'adhérent, tant dans la conduite de sa politique commerciale [...] que dans les possibilités de changer de réseau, et détermine si elles sont suffisantes pour conférer à la « tête de réseau » une influence déterminante sur l'entreprise de son « adhérent»* »

**15.** Le Ministre chargé de l'Économie a, antérieurement décidé qu'un contrat d'approvisionnement quasi-exclusif accordait au fournisseur une influence déterminante sur la gestion courante et sur la politique commerciale de son réseau de distribution<sup>10</sup>. Il a considéré que l'influence déterminante était établie dès lors que l'accord de fourniture exclusive entre le fournisseur et les membres du réseau, d'une durée considérablement longue (10-15 ans), prévoyait notamment l'application de pénalités très lourdes en cas de non réalisation des objectifs annuels de progression et de maintien, la transmission au fournisseur des informations sur l'activité des sociétés du réseau,

l'existence d'un droit de préemption et, l'impossibilité de renégocier les volumes d'achat, les montants de la rémunération et les pénalités.

**16.** Inversement, l'Autorité a considéré que des contrats dits de « commission affiliation » ne conféraient pas une influence déterminante à une entreprise chargée de l'animation, l'administration et du développement d'un réseau de points de vente. A la lecture des contrats en cause, il apparaissait que les sociétés d'exploitation concernées étaient libres de définir leur stratégie commerciale et notamment de fixer les prix et assumaient d'autre part, les risques financiers et commerciaux liés à leur activité, notamment ceux relatifs aux produits invendus<sup>11</sup>.

## 2. La notion d'autonomie en droit des ententes, parallèle à la notion d'influence déterminante en droit des concentrations

**17.** La notion d'autonomie en droit des ententes est très proche de la notion de contrôle définie en droit des concentrations.

**18.** Pour qualifier un distributeur d'agent au sens du droit communautaire, les autorités de la concurrence examinent l'indépendance financière et économique de celui-ci, et, notamment, le risque commercial ou financier supporté par le distributeur « agent » en relation avec les activités pour lesquelles la tête de réseau « commettant » l'a désigné. La qualité d'agent s'oppose donc à celle d'opérateur « autonome ».

**19.** En outre, la qualité « d'agent » est fondée sur l'appréciation économique, au cas par cas, du rôle de « l'agent » dans les relations commerciales en cause et, peut donc s'appliquer tant aux contrats d'agence définis par le droit français qu'aux contrats voisins, tels que les contrats de franchise ou de « commission-affiliation », dès lors qu'ils répondent aux critères établis par les autorités de la concurrence.

**20** La Commission s'intéresse aux risques sensibles qui comprennent les risques spécifiques à chaque contrat directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant<sup>12</sup> et aux

<sup>8</sup> COMP/M.3136 – GE/AGFA NDT du 5 décembre 2003

<sup>9</sup> Autorité de la concurrence, lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, 16 décembre 2009, Annexe C, pt 586, est cité la décision France Telecom/CET du 4 janvier 2008 sur les accords de distribution exclusive joints à des relations de prêteurs et à la conclusion de baux commerciaux.

<sup>10</sup> Min.Eco, 5 mars 2009, Inbev/Pédanadel

<sup>11</sup> Autorité de la concurrence, Lettre n°09-DCC-23 du 23 juillet 2009 relative aux changements d'enseigne de points de vente sous enseigne Vetis vers l'enseigne Kiabi

<sup>12</sup> Prise en charge des coûts liés à la fourniture ou à l'achat de biens ou des services contractuels (coûts de transport des biens, par exemple), contribution au budget publicitaire du mandant, financement des stocks et prise en charge des coûts liés à la perte de stocks, exploitation d'un service après-vente, responsabilité du fait des produits à l'égard des tiers, responsabilité à l'égard du commettant en cas d'inexécution du contrat par le client, etc.



risques d'investissement spécifiques à l'opération<sup>13</sup>, en excluant les risques intrinsèques à l'activité<sup>14</sup>». Le projet de réforme des lignes directrices sur les restrictions verticales élargit la notion de risques sensibles, en introduisant un troisième type de risques concernant « d'autres activités » indispensables pour la vente ou l'achat des produits en cause<sup>15</sup>, tels que le service après-vente/réparation.

21. Sur le fondement de ces critères, la Commission a pu qualifier un contrat de distribution de contrat d'agent lorsque le distributeur ne distribuait les produits, objets du contrat, qu'aux seuls revendeurs agréés par le fournisseur et pour le compte de celui-ci en contrepartie d'une commission. La tête de réseau ne transférant à son distributeur qu'une partie négligeable des risques sensibles, la Commission a considéré que distributeur et fournisseur ne constituaient qu'une seule « entreprise »<sup>16</sup>.

22. A l'inverse, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE) a jugé que le distributeur qui, en vertu d'un contrat de distribution exclusive, assumait dans une proportion non négligeable, un ou plusieurs risques financiers et commerciaux liés à la vente aux tiers, ne pouvait être considéré comme un « agent » formant une unité économique avec son fournisseur.<sup>17</sup> Dans sa décision, la Cour retient certains indices pour déterminer l'autonomie du distributeur, à savoir, le fait que la propriété des biens à vendre lui soit transférée, qu'il assume une partie des coûts de transport et le coût des invendus (risques spécifiques aux produits) et, qu'il ait investi dans l'infrastructure ou la publicité liée à la vente des produits (risques spécifiques à l'investissement).

23. Le critère de la répartition des risques est donc prépondérant dans la qualification d'un contrat d'agent en droit communautaire. Cependant, en dehors du cas particulier de ces contrats d'agent, la Commission européenne a dégagé le critère de « l'unité économique ». Pour déterminer dans quelle mesure

deux entreprises sont indépendantes, notamment dans le cadre des relations société mère/filiale, la Commission européenne examine toute une série d'indices dont la possibilité pour la filiale de définir sa politique commerciale.

24. La Commission européenne se tient à une définition plus économique que juridique basée non tant sur la qualification donnée par les parties que sur l'autonomie dont dispose en pratique la filiale dans la définition de sa stratégie commerciale<sup>18</sup>.

25. Au niveau national, suivant le même raisonnement, l'Autorité de la concurrence a pu décider récemment que la tête d'un réseau de distribution dans le secteur textile formait une unité économique avec ses distributeurs,<sup>19</sup> en retenant deux critères combinés : les risques supportés par le distributeur et la capacité du distributeur de déterminer sa propre stratégie commerciale. Dans sa décision, elle précise les facteurs caractérisant l'autonomie du distributeur dans la détermination de sa stratégie commerciale et notamment, sa capacité à : « *décider librement du lieu d'implantation de son activité, de l'aménagement de son point de vente, de la promotion de son activité, de l'approvisionnement de son point de vente de la détermination des prix et des conditions commerciales à la clientèle* ».

26. L'Autorité s'intéresse tout particulièrement à la définition des « risques sensibles ». Elle précise notamment que « *les charges financières liées à l'application du contrat d'agence ne constituent pas nécessairement des risques financiers substantiels de nature à conduire à une requalification du contrat d'agence en contrat de distribution traditionnelle*<sup>20</sup> », pour conclure, que « *le risque financier n'est pas dissociable du risque commercial*<sup>21</sup> ».

127. Il faut noter le parallélisme de l'analyse de l'Autorité de la Concurrence avec celle menée par le juge civil dans certaines décisions récentes rendues par

13 Investissements exigés par le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier les conventions pour lesquelles il est mandaté.

14 Il faut comprendre par risques intrinsèques à la profession d'agent « ceux qui sont attachés aux prestations de services d'agence en général, comme le risque que les revenus de l'agent soient subordonnés à sa réussite professionnelle ou les investissements généraux dans un local ou du personnel ». Communication de la Commission, JOCE n° C 291 du 13 octobre 2000, § 15.

15 Projet de Lignes Directrices sur les restrictions verticales de la Commission Européenne, précitée, §14.

16 Comm.CE, dec.n°88/84/CEE, 22 décembre 1987, ARG Unipart, JOCE n° L 45 du 1 février 1988.

17 CJCE, 14 décembre 2006 Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/Compañía Española de Petróleos S.A, aff. C-217/05

18 Cons.Conc. dec n° 97-D-53, du 1er juillet 1997, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données, BOCCRF ; Cons.Conc dec n° 03-D-0 du 14 janvier 2003 relative au comportement de sociétés du groupe Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux, BOCCRF ; Cons. Conc. dec n° 08-D-29 du 3 décembre 2008 relative à des pratiques relevées dans le secteur des marchés publics d'entretien de menuiserie métallerie serrurerie, BOCCRF. Dans ces trois décisions, le Conseil de la concurrence s'est attaché à déterminer dans chaque espèce si les filiales disposaient de suffisamment d'autonomie dans la définition de leur politique commerciale pour pouvoir déposer une offre, en réponse à un appel d'offre, qui soit concurrente de celle de leur société mère ou sœurs et qui interdise alors tout échange d'information anti concurrentielles entre elles.

19 Autorité de la Concurrence, dec n° 09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtement prêt-à-porter féminin et d'accessoires

20 Autorité de la concurrence, dec n° 09-D-23 précitée, point 58

21 Autorité de la concurrence, dec n° 09-D-23 précitée, pt 63

le juge civil<sup>22</sup> relatives à la requalification de contrats de franchise et de « commission-affiliation » en contrat d'agent et contrat de gérant de succursale. Dans ces décisions, le juge civil a tenu compte de l'absence d'indépendance du distributeur dans le cadre de la détermination de sa politique commerciale, et plus particulièrement, dans la fixation de prix de revente et la charge des coûts des invendus.

28. En outre, il apparaît que l'Autorité de la concurrence fait une analyse plus approfondie que la Commission des relations de hiérarchie entre fournisseurs et distributeurs, ne se limitant pas à l'analyse des risques supportés par le distributeur.

29. De manière générale, l'Autorité a dégagé certains critères dans l'examen de la contrôlabilité des contrats de distribution dans le cadre d'opérations complexes. Les critères dégagés pour déterminer dans quelle mesure un contrat de distribution conférerait une influence déterminante à la tête de réseau se retrouvent en droit des ententes. Cette conclusion n'est pas illogique dans la mesure où les autorités de concurrence procèdent à une analyse qui fait prévaloir des éléments comportementaux, déterminés au cas par cas, sur la qualification juridique.

30. Cependant, en droit des concentrations comme en droit des ententes, la qualification de ce contrôle emporte des conséquences juridiques importantes. Ainsi, il est possible de se demander dans quelle mesure l'Autorité de la concurrence est liée par une qualification juridique en droit des concentrations quand elle a à connaître des pratiques sous l'angle du droit des ententes.

## II. Les conséquences juridiques de la qualification d'un contrôle

### 1. L'articulation 'droit des ententes/droit des concentrations'

31. En principe, l'existence d'un contrôle du fournisseur sur son distributeur, caractérisant l'absence d'autonomie de ce dernier, exclut l'application du droit des ententes et rend admissible des pratiques qui, en l'absence de contrôle, seraient qualifiables de « restrictions de concurrence » (1). Il conviendra pourtant de prendre en compte la réflexion actuelle sur les restrictions verticales, qui pourrait déplacer le débat du critère d'application des interdictions de principe vers les effets des pratiques interdites (2).

22 CA Paris, 18 juin 2003, Affaire Mignan/Zannier ; Ch. Soc., 25 mars 2009, Affaire Yves Rocher ; CA Lyon, 13 mars 2009, Affaire Doumenge/PEF Diffusion, CA Paris, 9 avril 2009, Affaire Chattawak II.

### 1.1. Le contrôle excluant l'application du droit des ententes légitime certaines pratiques

32. Les articles 101 du TFUE et L.420-1 du Code de commerce interdisent les accords anticoncurrentiels conclus entre entreprises indépendantes. Un accord intervenu entre un fournisseur exerçant un pouvoir de contrôle sur son distributeur cocontractant (contrat qualifié de façon générique de « contrat d'agence » par la Commission, tel que décrit au point I. B.)<sup>23</sup> est donc exclu du champ d'application de cette interdiction.

33. Le recours à des intermédiaires contrôlés paraît donc être une solution permettant de faire échapper les contrats régissant les réseaux de distribution à la prohibition des ententes anticoncurrentielles. La CJCE a cependant considéré cette exclusion comme partielle, ne concernant que les obligations imposées à l'intermédiaire dans le cadre de ses relations avec les tiers clients (restrictions tenant à la clientèle ou au territoire contractuel, à la liberté de fixation des prix), alors que les obligations imposées dans le cadre des relations directes entre l'agent et le commettant demeureraient soumises à la prohibition (exclusivité d'approvisionnement, non concurrence<sup>24</sup>). L'Autorité de la concurrence, et anciennement le Conseil, n'a pas eu à se prononcer sur cette distinction. Pour autant, alors que la quatrième licence de téléphonie mobile a été attribuée à Free, cet opérateur ayant signé principalement des contrats d'agence, l'Autorité aura certainement à connaître de cette question prochainement.

34. Ainsi, dans la mesure où un contrôle est caractérisé dans les relations entretenues entre un fournisseur et ses distributeurs et que ces derniers ne sont donc pas considérés comme des entreprises indépendantes, ceux-ci sont libres de définir leurs obligations respectives sans risquer que certaines soient considérées comme restrictives de concurrence, pouvant alors être annulées et justifier l'application d'une sanction pécuniaire dans les cas de restrictions les plus graves.

35. Cependant, il faut rester vigilant quant aux conséquences de l'absence d'autonomie au sens du droit des ententes. A ce titre, les infractions au droit de la concurrence des adhérents peuvent être imputées à la tête de réseau de la même manière que la société

23 Lignes Directrices de la Commission sur les restrictions verticales précitées, point 12 définissent les contrats d'agence comme ceux « dans lesquels une personne physique ou morale (l'agent) est investie du pouvoir de négocier et/ou de conclure des contrats pour le compte d'une autre personne (le commettant), soit en son nom propre, soit au nom du commettant, en vue de l'achat de biens ou de services fournis par le commettant ».

24 CJCE, 14 décembre 2006, affaire C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicios c/ Compañía Española de Petroleos SA, §47 et s. « Les contrats d'agent commerciaux (...) relèvent en principe de l'article 81 §1, CE. Toutefois, cela ne vaut que si, outre le commettant, l'agent est lui aussi considéré comme entrepreneur et donc qu'il existe un accord entre deux entreprises indépendantes. » ; Voir dans le même sens CJCE, 3e ch., 11 sept. 2008, aff. C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA c/ LV Tobar et Hijos SL.

mère vis-à-vis de sa filiale. Le droit communautaire a reconnu à plusieurs reprises cette responsabilité solidaire, en présumant l'implication d'une société mère qui détient 100% du capital de sa filiale. Les autorités communautaires et nationales ont une approche commune sur ce point, l'assiette de l'amende peut comprendre non seulement le chiffre d'affaires de l'adhérent responsable mais aussi celui de la tête de réseau. Ces aspects ne seront pas développés dans le cadre de cette étude mais doivent être pris en considération dans la stratégie adoptée par une tête de réseau dans ses relations avec ses adhérents.

**36.** L'Autorité de la concurrence, comme précisé ci-dessus, examine les différents éléments de fait et de droit caractérisant ce contrôle. Il en ressort que, tant en droit des concentrations qu'en droit des ententes, les critères déterminants sont la possibilité pour les adhérents de définir librement leur stratégie commerciale (notamment de fixer les prix) et d'assumer les risques financiers et commerciaux liés à leur activité. Ainsi, si une entreprise, tête de réseau est considérée comme exerçant une influence déterminante en droit des concentrations et l'opération de concentration autorisée, dans quelle mesure peut-elle s'en prévaloir dans l'hypothèse où elle ferait ultérieurement l'objet d'une action pour violation de l'article L 420-1 pour avoir, entre autres, fixé les prix de ses adhérents ?

**37.** En substance, il est possible de s'interroger sur la valeur contraignante d'une autorisation de concentration pour l'Autorité alors qu'elle a à connaître un contentieux relatif à des pratiques anticoncurrentielles.

**38.** Une réponse affirmative impliquerait une certaine sécurité pour l'entreprise notificante et une cohérence d'ensemble appréciable. Ainsi, une tête de réseau considérée comme contrôlant ses adhérents dans le cadre d'une analyse « concentration » pourrait imposer à ces derniers des restrictions de clientèle, territoriales ou encore fixer les prix de revente de ces derniers. Sachant que ce dernier élément est un critère important de détermination du contrôle en droit des concentrations mais aussi des ententes, et un vrai sujet d'actualité, cette solution aurait le mérite de la cohérence. Ainsi, l'Autorité, en autorisant la concentration, exclurait aussi les restrictions verticales potentielles imposées aux adhérents dans leurs relations avec les tiers du champ du droit de la concurrence.

**39.** Dans cette optique, un fournisseur a tout intérêt à instaurer une relation contractuelle « contrôlante » avec ses distributeurs. A cet effet, et comme précisé ci-dessus, la simple fixation des prix de revente n'est cependant pas suffisante. Le fournisseur devra encore

prendre à sa charge les risques sensibles liés à l'activité et maîtriser la politique commerciale de ses adhérents.

**40.** Inversement, on entrevoit les difficultés d'un tel systématisme. D'une part, l'Autorité saisit sur des bases juridiques distinctes n'est pas en pratique liée par l'appréciation faite au titre du contrôle des concentrations et se doit de mener à nouveau une analyse approfondie des relations contractuelles entre la tête de réseau et ses adhérents. D'autre part, une décision d'autorisation d'une concentration n'a pas vocation à exclure systématiquement le droit des ententes.

**41.** Cette question de l'équivalence des termes utilisés en droit des pratiques anticoncurrentielles et en droit des concentrations se pose avec une acuité toute particulière sur ces questions de contrôle. A ce titre, les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, se référant à la Communication consolidée de la Commission européenne (et plus précisément au point 93), précise que « *la notion de plein exercice ne se confond pas à celle d'autonomie par rapport à la maison mère telle qu'elle a été définie par l'Autorité en contentieux des pratiques anticoncurrentielles*<sup>25</sup> ». En droit des concentrations, il suffit que l'entreprise soit autonome sur le plan fonctionnel pour être qualifiée de plein exercice. En revanche, l'Autorité, saisie de pratiques anticoncurrentielles présumées, examinera l'autonomie sur le plan non seulement fonctionnel mais aussi statutaire.<sup>26</sup>

**42.** Dans cette hypothèse, si la distinction est clarifiée, la situation est plus ambiguë concernant la notion de contrôle des adhérents par la tête de réseau. Au regard de la similarité des éléments définissant ce contrôle en droit des ententes et en droit des concentrations et de leurs conséquences juridiques, leur articulation nécessite d'être précisée. Il est d'ailleurs regrettable que l'Autorité ne se soit pas saisie de la question dans ses nouvelles lignes directrices relatives au contrôle des concentrations.

**43.** Si l'évolution actuelle tend vers une difficile mais possible justification de restrictions caractérisées telles que les prix de vente imposés, les clauses contractuelles imposant ces prix de vente continueront-elles à être un indice important du contrôle ? Cette tendance incitera les fournisseurs souhaitant imposer les prix de revente à leurs distributeurs, non tant à s'assurer de l'effectivité d'un contrôle sur leurs distributeurs mais plutôt à dégager et mettre en évidence des gains

<sup>25</sup> Autorité de la concurrence, lignes directrices relatives au contrôle des concentrations précitées, pt 56

<sup>26</sup> Autorité de la concurrence, déc. n°08-D-19 du 31 juillet 2008 relative à une demande de mesures conservatoires de la société AP Molæler-Maersk

d'efficacité. Cette conclusion doit être nuancée au regard de la difficulté d'une telle démonstration, même si la Commission semble revenir sur l'interdiction des prix de vente imposés, considérée par tout le monde jusqu'à aujourd'hui comme *per se*,

## 1.2. La notion de contrôle, un critère à relativiser?

44. L'évolution actuelle tenant au mode d'appréhension des restrictions caractérisées, et plus particulièrement la pratique des prix imposés, semble remettre en cause une interdiction *per se*, tout en maintenant une présomption d'interdiction.

45. Ainsi, la problématique de l'application ou non du droit des ententes à un contrat conférant un contrôle à la tête de réseau sur ses adhérents au sens du droit des concentrations doit être, semble-t-il, relativisée.

46. La jurisprudence américaine a certainement un rôle moteur dans cette évolution. La Cour Suprême des Etats-Unis a mis fin à une jurisprudence constante d'interdiction *per se* des prix imposés par le fournisseur à ses distributeurs en faveur d'une mise en balance des effets anti et pro concurrentiels de la pratique mise en cause (*Rule of Reason*)<sup>27</sup>.

47. Jusqu'à ce jour, le droit communautaire, présume les effets négatifs d'une restriction caractérisée, mais semble dorénavant accorder aux entreprises mises en cause la possibilité de renverser cette présomption en apportant la preuve des gains d'efficacité de ces pratiques. Cependant, le projet de réforme du règlement d'exemption par catégorie n°2790/1999 ainsi que les lignes directrices de la Commission<sup>28</sup> l'accompagnant prévoit, en matière de restrictions concernant les prix de revente, que « *Lorsque les parties démontrent qu'il est probable que des gains d'efficacité résulte de l'introduction de prix de vente imposés dans l'accord et que toutes les conditions de l'article 81, paragraphe 3 sont remplies, la Commission devra apprécier soigneusement (et non pas simplement présumer) les effets négatifs probables sur la concurrence et les consommateurs avant de statuer sur la question de savoir si les conditions de l'article 81 paragraphe 3 sont remplies* »<sup>29</sup>. Ainsi, si l'imposition de prix demeure une restriction caractérisée<sup>30</sup>, lorsque des gains d'efficacité sembleront probables, ces pratiques n'entreront dans le champ d'application de l'interdiction posée par l'article 101

paragraphe 1 TFUE, qu'en fonction d'une analyse au cas par cas de la réalité de leur effet anti concurrentiel. La présomption d'un tel effet est donc écartée, du moins en présence de potentiels gains d'efficacité (la Commission cite notamment le cas de l'entrée sur un nouveau marché, les campagnes promotionnelles de courte durée et la lutte contre l'utilisation de la marque comme produit d'appel)<sup>31</sup>.

48. En conséquence, grâce à l'importance accordée à l'analyse concurrentielle au cas par cas, la pratique des prix imposés pourrait ne plus être systématiquement sanctionnée. Il est possible de se demander, alors, dans quelle mesure celle-ci demeurera un élément de caractérisation du contrôle du fournisseur sur son réseau.

## 2. La notification comme conséquence de la qualification du contrôle

49. Si, au regard des critères dégagés par les autorités en charge du contrôle des concentrations et détaillés plus haut (I.A.), le fournisseur est considéré comme exerçant un contrôle sur son distributeur (voire l'inverse à titre exceptionnel), alors l'acquisition ou le changement de ce contrôle, constitue une opération de concentration devant faire l'objet d'une notification si les seuils de contrôlabilité sont franchis.

50. Ainsi, différents schémas d'opération touchant à l'organisation du réseau de distribution pourront être qualifiables de concentration. Il s'agira, d'une part, de la prise ou du changement de contrôle exercé à titre exclusif et, d'autre part, du passage d'un contrôle exclusif à un contrôle conjoint ou inversement.

51. En outre, un contrat de distribution contenant des clauses telles qu'étudiées ci-dessus (I.A) et prévoyant notamment que la tête de réseau assumera les risques essentiels liés à l'activité et déterminera la politique commerciale de ses adhérents doit être notifié à l'autorité compétente. En principe, la phase de prénotification permettra de déterminer l'existence d'un tel contrôle en évitant le cas échéant que l'entreprise n'engage des ressources importantes dans le cadre de la notification et en lui permettant d'obtenir une lettre de confort de l'autorité.

27 Cour Suprême des Etats-Unis, *Leegin Creative Leather Products*, 28 juin 2007.

28 Projet de règlement CE concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, C(2009)5365/3 ; Projet de communication de la Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, SEC(2009)946/3.

29 Projet de communication de la Commission, §219.

30 Projet de règlement concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées précité, article 4

31 A la différence de la *Rule of reason* américaine, les effets positifs sur l'économie (et non sur la concurrence) ne sont pris en compte, au premier stade de l'analyse que pour écarter la présomption et non pour légitimer l'accord. Le droit communautaire s'attachant d'avantage aux gains d'efficacité économiques qu'aux effets pro concurrentiels et n'effectuant la balance entre effet anti concurrentiel et gain d'efficacité qu'au stade de l'exemption sur la base du paragraphe 3 de l'article 81.



## Conclusion

**52.** L'instauration par la LME <sup>32</sup>, de seuils spécifiques au secteur du commerce de détail<sup>33</sup>, a d'ores et déjà conduit, dans les cas où l'existence d'un contrôle est caractérisée, à accroître le nombre d'opérations contrôlables touchant à la structure des réseaux de distribution. En effet, les secteurs d'activité recourant le plus aux réseaux de franchises, commission affiliation et concessions (qui sont les contrats les plus fréquemment considérés par les autorités de contrôle comme contenant de nombreux indices de contrôle) développent une activité de commerce de détail (commerce à dominante alimentaire ou concessionnaires automobiles notamment<sup>34</sup>). L'Autorité de la concurrence va devoir sans aucun doute développer sa jurisprudence en matière de contrôle au sein des réseaux de distribution.

**53.** Parallèlement à cet accroissement des notifications des opérations relatives aux relations entre distributeurs et fournisseurs, l'Autorité va être amenée à clarifier la notion et à distinguer les situations selon qu'il s'agit d'analyser une opération de concentration ou des pratiques anticoncurrentielles présumées. L'effort de définition et de qualification apparaît essentiel tant les conséquences juridiques, (notification ou infraction au droit de la concurrence), pour les entreprises sont importantes. ■

<sup>32</sup> Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de Modernisation de l'Economie précitée

<sup>33</sup> Art. L.430-2 II du Code de commerce

<sup>34</sup> Autorité de la concurrence, dec n°09-DCC-04 du 29 avril 2009 et 09-DCC-06 du 20 mai 2009 précitées.

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par dix chroniques thématiques.

# CONCURRENCES

## Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

## Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott, Christine Varney...

## Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, John Connor, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Didier Theophile, Joseph Vogel...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, *Legal privilege*, *Cartel Profiles in the EU*...

## Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine, Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg, Suisse, Sweden, USA...



## Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ, Laurent FLOCHEL, Penelope PAPANDROPOULOS, Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

## Chroniques

### ENTENTES

Michel DEBROUX  
Laurence NICOLAS-VULLIERME  
Cyril SARRAZIN

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY  
Anne-Lise SIBONY  
Anne WACHSMANN

### PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY  
Mireille DANY  
Marie-Claude MITCHELL  
Jacqueline RIFFAULT-SILK

### DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO  
Dominique FERRÉ  
Didier FERRÉ

### CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL, Stanislas MARTIN, Jérôme PHILIPPE, Igor SIMIC, David TAYAR, Didier THÉOPHILE

### AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL  
Christophe LEMAIRE  
Agnès MAÏTREPIERRE  
Chantal MOMÈGE

### RÉGULATIONS

Joëlle ADDA  
Emmanuel GUILLAUME  
Jean-Paul TRAN THIET

### SECTEUR PUBLIC

Bertrand du MARAIS  
Stéphane RODRIGUES  
Jean-Philippe KOVAR

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique DAUDRET-JOHN  
François SOUTY  
Stéphanie YON

## Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN  
Umberto BERKANI  
Alain RONZANO

## Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne  
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)

<b>Revue Concurrences   Review Concurrences</b>	<b>HT Without tax</b>	<b>TTC Tax included (France only)</b>
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	445 €	454,35 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	395 €	472,42 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + free access to e-archives)</i>	645 €	771,42 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

## **Bulletin électronique e-Competitions | e-bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	575 €	687,7 €
---	-------	---------

## **Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions**

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	745 €	891,02 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print &amp; electronic versions) + e-bulletin</i>	845 €	1010,62 €

## **Renseignements | Subscriber details**

Nom-Prénom | *Name-First name* : ..... e-mail : .....

Institution | *Institution* : .....

Rue | *Street* : ..... Ville | *City* : .....

Code postal | *Zip Code* : ..... Pays | *Country* : .....

N° TVA intracommunautaire/VAT number (EU) : .....

## **Formulaire à retourner à | Send your order to**

### **Institut de droit de la concurrence**

25 rue Balard - 75 015 Paris - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

### **Conditions générales (extrait) | Subscription information**

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France : 30 € | 30 € extra charge for sending hard copies outside France**