



Avis n° 04-A-14 du 23 juillet 2004 relatif à une saisine du Syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI)

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 4 février 2002, enregistrée sous le numéro 02/0017 A, par laquelle le syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis en application de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu les articles 81 et 82 du Traité des Communautés Européennes ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

La rapporteure, le rapporteur général et le commissaire du gouvernement entendus, lors de la séance du 17 mars 2004 ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

I . Le secteur économique concerné par la demande d'avis

A. LA SAISINE

1. Le syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à des pratiques dans le secteur de la distribution mises en œuvre par la société Brother France ayant ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Ce syndicat figure au nombre des organismes qui ont qualité pour saisir le Conseil de la concurrence au titre de l'article L. 462-1 du code de commerce.

2. Selon le saisissant, la société Brother France refuserait d'accorder, à certains revendeurs directs, le bénéfice de contrats de distribution et de conditions tarifaires qu'elle accorde à d'autres distributeurs se trouvant dans des situations identiques. Inversement, elle accorderait ces avantages à des distributeurs ne remplissant pas les critères de sélection qu'elle a déterminés.
3. Le SEBI estime que ces comportements sont discriminatoires et laissent suspecter une entente entre le producteur et certains distributeurs. Il considère qu'un préjudice direct important est causé à ses adhérents, qui se trouvent dans l'impossibilité de bénéficier d'une concurrence non faussée entre réseaux de distribution. Il demande en conséquence au Conseil de la concurrence de procéder à un examen de la situation de la concurrence dans le secteur de l'équipement de bureau et de l'informatique, afin de déterminer si les mécanismes du jeu de la concurrence ne seraient pas être affectés.

B. LE SECTEUR CONCERNÉ

4. Le secteur de la bureautique recouvrait initialement celui de la mécanographie . Depuis l'essor de la technologie numérique, la frontière entre l'informatique de bureau et la bureautique a tendance à s'effacer, ce qui conduit à une redéfinition du secteur d'activité.
5. Selon le syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI) et le syndicat national des entreprises de systèmes et solutions d'impression (SNESSI), le secteur de la bureautique recouvre aujourd'hui, le marché de l'impression en réseau : télécopieurs, imprimantes simples, imprimantes multifonctions, copieurs, équipements divers de bureautique (étiqueteuses, plastifieuses...) et consommables. On y distingue l'offre de matériel grand public et celle du matériel destiné aux professionnels.
6. La société HEWLET-PACKARD semble être l'acteur principal dans ce secteur, notamment pour ce qui concerne les imprimantes et les appareils multifonctions (fax, imprimantes, copieurs, scanners), mais d'autres acteurs significatifs existent : les sociétés EPSON, CANON, LEXMARK, XEROX et RICOH. La société Brother France, qui réalise environ 77 % de son chiffre d'affaires au travers de sa division Image, dont relève le secteur de l'équipement et de l'informatique de bureau, n'occupe sur aucun segment une place de leader.
7. Alors qu'à la fin des années 90, les revendeurs indépendants détenaient une place prépondérante, ils sont aujourd'hui absents du marché de matériel grand public, lequel est dominé par la grande distribution, et ne représentent plus que 40 % de celui à destination des professionnels, qui est partagé entre les vendeurs par correspondance et la grande distribution (source SEBI). Leur nombre a fortement diminué depuis vingt ans pour passer de 10 000 à environ 4 500.
8. La société Brother France, plus particulièrement visée par la demande d'avis, privilégie la vente de ses produits par l'intermédiaire d'un réseau de grossistes agréés, le reste étant réparti, à parts presque équivalentes, entre différentes catégories de clients directs, notamment des revendeurs indépendants, bénéficiant d'un contrat de distribution spécifique qui comporte systématiquement une clause imposant un volume de ventes annuel et accorde à ces revendeurs des conditions tarifaires et des systèmes de remise particuliers.

II. Analyse concurrentielle

9. A titre liminaire, le Conseil de la concurrence rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre d'une demande d'avis présentée sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, de qualifier expressément des pratiques au regard des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 dudit code ou des articles 81 et 82 du traité CE. Seule, une saisine contentieuse, donnant lieu à une procédure pleinement contradictoire, serait de nature à conduire à une appréciation de la licéité de pratiques dénoncées au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus de position dominante.
10. Pour autant, le Conseil considère qu'en application de la procédure prévue à l'article L. 462-1 du code susvisé, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées, dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant et où elles mettent en cause des principes de concurrence.
11. En l'espèce, le Conseil observe que la demande d'avis qui lui a été adressée pose la question de savoir si un producteur peut établir un réseau de distribution en prévoyant des différences entre certaines catégories de revendeurs et en obligeant, notamment, certains d'entre eux à s'approvisionner exclusivement chez des grossistes.

A. LE PRINCIPE DE LA LIBERTÉ D'ORGANISATION DU RÉSEAU DE DISTRIBUTION

12. Le Conseil de la concurrence considère, aux termes d'une jurisprudence constante, que la liberté d'organisation de son réseau de distribution par le fournisseur constitue un principe de base, sous réserve que les modes de distribution mis en oeuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché. Il estime ainsi « *qu'il est loisible à une société de déterminer librement les conditions de distribution de ses produits et de faire coexister au sein de son réseau de distribution plusieurs catégories de distributeurs selon le type de relation commerciale qu'elle entretient avec eux, dès lors qu'une telle pratique ne révèle de sa part aucune discrimination de nature anticoncurrentielle* » (Décision n° 97-D-31 du 20 mai 1997, Distribution de produits d'entretien professionnels).
13. De même, un fournisseur peut « *décider de recourir aux grossistes pour démarcher certains points de vente tout en assurant lui-même l'approvisionnement d'autres distributeurs, dès lors que cette répartition des tâches n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché* » (Décision n° 99-D-32 du 25 mai 1999 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de certains articles de papeterie).
14. La détermination des limites au principe général de liberté d'organisation de la distribution se fonde sur le constat qu'un contrat de distribution, s'il constitue bien un accord entre un producteur et ses revendeurs, n'est susceptible de constituer une entente prohibée que dans des conditions précises et, notamment, si certaines clauses de l'accord ou leur mise en oeuvre peuvent être qualifiées d'anticoncurrentielles.

B. LE CADRE GÉNÉRAL DE L'ANALYSE DES RESTRICTIONS VERTICALES

15. En l'état actuel des textes applicables, le Conseil examine les accords verticaux en s'inspirant des principes énoncés dans le règlement CE n° 2790/99 de la Commission européenne relatif à l'application de l'article 81 §3 du Traité CE et dans la communication de la Commission européenne relative aux accords d'importance mineure, 2001/C 368/07, en date du 22 décembre 2001. Il pourra, à l'avenir, appliquer directement les nouvelles dispositions de l'article L. 464-6-1 du code de commerce qui fixent des modalités précises d'application de la règle dite « *de minimis* » en droit national.
16. Dans ce cadre, le Conseil examine, en premier lieu, la présence ou l'absence dans l'accord de clauses constitutives de restrictions caractérisées de concurrence du type de celles énumérées à l'article 4 du règlement CE n° 2790/99, dites « *clauses noires* », ou à l'article 11 de la communication 2001/C 368/07, dénommées « *restrictions flagrantes* », c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de vente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs. Il peut, en présence de telles clauses, qualifier l'accord d'anticoncurrentiel.
17. En second lieu, et en l'absence de restrictions caractérisées, il examine l'affectation potentielle du marché et considère que, lorsque la part de marché du fournisseur ne dépasse pas 15 %, il n'y a pas d'effet sensible de l'accord sur le marché ([Décision n° 03-D-53](#) du 26 novembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Biotherm). Ce seuil communautaire a été repris en droit interne dans le nouvel article L. 464-6-1 du code de commerce.
18. Enfin, le Conseil considère que les restrictions introduites par les accords de distribution peuvent, dans certains cas, entraîner des effets positifs pour les consommateurs ou pour la concurrence et que le caractère anticoncurrentiel de certains accords de distribution doit s'apprécier au regard du progrès économique pouvant résulter de leur application. En utilisant le règlement CE n° 2790/99 comme guide d'analyse utile, le Conseil estime que les accords concernant des entreprises détenant des parts de marché inférieures à 30 % sont susceptibles de bénéficier de cette exemption sous réserve de l'absence de restrictions caractérisées, correspondant aux « *clauses noires* » mentionnées au § 16 ci-dessus. Lorsque la part de marché considérée est supérieure à 30 % l'accord n'est pas pour autant automatiquement condamnable et peut encore bénéficier d'une exemption individuelle, en application de l'article 81 § 3 du Traité CE ou de l'article L. 420-4 du code de commerce, au terme d'un bilan concurrentiel global.
19. Mais le Conseil peut également, dans son analyse, prendre en compte d'autres éléments négatifs comme un éventuel effet cumulatif de contrats de distribution dans un même secteur, la présence dans les contrats d'obligations non éligibles à l'exemption mais détachables de l'accord, telles que celles visées à l'article 5 du règlement CE n° 2790/99, ou positifs comme l'existence de règlements communautaires d'exemption sectoriels dont pourraient bénéficier les contrats.
20. Sous réserve de ce qui précède, le Conseil de la concurrence considère qu'un accord vertical qui entre dans le périmètre des textes énumérés au § 15 a, en soi, pour effet d'améliorer la production ou la distribution tout en réservant aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte et que ce bilan positif est présumé, y compris lorsque l'accord comporte des clauses discriminatoires, par exemple dans la sélection des distributeurs. ([Décision n° 03-D-60](#) du 17 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans l'horlogerie de luxe).

21. En dehors des cas où l'examen au fond peut être écarté pour les raisons mentionnées aux points 17 et 18 ci-dessus, le Conseil se refuse à sanctionner des contrats de distribution contenant des clauses discriminatoires lorsque les accords en cause se limitent à régler les relations contractuelles entre un fournisseur et son distributeur sans affecter le fonctionnement du marché. Ces pratiques restrictives ne relèvent pas, alors, de la compétence du Conseil de la concurrence mais de celle des tribunaux judiciaires.
22. Le Conseil de la concurrence retrouve sa compétence, dès lors que les pratiques dénoncées interviennent dans le cadre d'une entente (L. 420-1 du code de commerce) ou révèlent un abus de position dominante ou un état de dépendance économique (L. 420-2 du même code) qui affectent le fonctionnement de la concurrence. L'analyse concurrentielle s'agissant des ententes ou des abus de position dominante n'est pas fondamentalement différente en matière d'accords verticaux de celle menée pour les autres types de pratiques.
23. S'agissant, enfin, de l'abus de dépendance économique, la jurisprudence du Conseil demande que quatre critères soient cumulativement réunis pour établir qu'un distributeur se trouve sous la dépendance de son fournisseur : la part prépondérante du produit dans le chiffre d'affaires du revendeur (à condition toutefois qu'il ne s'agisse pas d'un choix délibéré de politique commerciale du revendeur), la notoriété de la marque du fournisseur, la part de marché du fournisseur et l'absence de solution alternative économiquement équivalente (Cour de cassation, 3 mars 2004, société Concurrence concernant la société Sony ; Conseil de la concurrence, [décision n° 02-D-77](#) du 27 décembre 2002 relative à une saisine de la Société anonyme Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy UGINE Précision, Sprint métal et Usinor Achats ; [décision n° 03-D-42](#) du 18 août 2003 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la distribution des motocycles).

C. L'EXAMEN DES PRATIQUES DISCRIMINATOIRES

24. Si l'accord visé n'entre pas dans le cadre général de l'exemption des pratiques verticales restrictives ou dans celui des accords d'importance mineure, le Conseil examine si les pratiques discriminatoires dénoncées peuvent être qualifiées au regard des dispositions des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce.
25. La nature et les modalités d'application des critères de sélection des distributeurs contenus dans un accord de distribution constituent pour le Conseil de la concurrence des indices utiles pour apprécier le caractère discriminatoire ou non d'un accord .
26. Le Conseil examine la situation dans laquelle se trouvent les différents acteurs et considère qu'aucune discrimination ne peut être relevée lorsque deux opérateurs traités par hypothèse de façon différente, sont placés dans des situations différentes ([Décision n° 00-D-72](#) du 16 janvier 2001 relative à une saisine présentée par la société Time and Diamond ; [Décision n° 01-D-45](#) du 19 juillet 2001 relative à une saisine présentée par la société Casino France).

27. Dans sa [décision n° 01-D-45](#) du 19 juillet 2001, il a ainsi considéré que le groupe « Bausch et Lomb » ne s'était pas livré à une discrimination, en traitant différemment les membres de son réseau et les distributeurs du réseau parallèle, dès lors que le fait de distribuer des produits ayant des caractéristiques différentes dans des réseaux différents ne constitue pas en lui-même une pratique anticoncurrentielle.
28. Le Conseil considère également que les critères de sélection des distributeurs ou clients doivent être objectifs, effectifs (c'est à dire appliqués de manière non discriminatoire entre des agents placés dans des conditions identiques et exerçant leur activité sur le même marché et dans la même zone de chalandise) et contrôlables (Décision n° 89-D-39 relative à des pratiques de la société Kenner Parker Tonka vis-à-vis des grossistes en jouets).
29. Il estime en effet, que « *le fait pour un fournisseur d'accorder des remises différenciées en fonction des stades de distribution et des services rendus à chacun de ces stades n'est pas en soi une pratique prohibée par le droit de la concurrence, si les conditions d'obtention de ces remises n'excluent pas des entreprises qui seraient prêtes à fournir les services requis, si elles sont définies de façon objective, appliquées de façon non discriminatoire et n'ont pas pour objet ou pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer de façon autonome leur politique de prix de vente* ». ([Décision n° 99-D-32](#) du 25 mai 1999 relative à des pratiques mises en œuvres dans le secteur de la distribution de certains articles de papeterie).
30. Le Conseil tient, enfin, pour discriminatoire un contrat de distribution s'il a notamment pour effet d'interdire à un distributeur de s'approvisionner dans un autre Etat membre de la communauté ([Décision n° 97-D-68](#) du 23 septembre 1997 relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques et des films destinés aux arts graphiques industriels ; [Décision n° 00-MC-14](#) du 23 octobre 2000 relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab) .

D. CONCLUSION

31. Les questions soulevées par le syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI) conduisent le Conseil à rappeler que la recherche de pratiques verticales prohibées par le droit de la concurrence et leur sanction éventuelle s'effectuent suivant un raisonnement qui comporte plusieurs étapes :
 - le principe de liberté d'organisation des réseaux de distribution ;
 - la présence ou l'absence, dans les contrats passés entre le fournisseur et ses distributeurs, de restrictions caractérisées de concurrence ;
 - l'application de seuils pour l'appréciation des effets sur le marché de la mise en œuvre d'accords d'importance mineure ;
 - la prise en compte de certains effets positifs des accords verticaux pour le marché et les consommateurs.

32. Il est enfin rappelé que lorsque la part de marché du fournisseur excède 30 %, le caractère discriminatoire de la sélection des distributeurs ou des conditions qui leurs sont faites peut constituer une pratique anticoncurrentielle mais peut aussi, sous certaines conditions, bénéficier d'une exemption individuelle, en application de l'article 81 § 3 du Traité CE ou de l'article L. 420-4 du code de commerce.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Heynard, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse vice-présidents.

Le rapporteur général,
Thierry Dahan

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

© Conseil de la concurrence