

JOURNAL OF INTERNATIONAL DISTRIBUTION LAW
 JOURNAL DU DROIT DE LA DISTRIBUTION INTERNATIONALE

In Practice

En pratique

Volume 11 – N° 1

ISSN: 2151-8580

Contributors | Rédaction

E. Lippovitz, ed.

dr. J. Mandl, Esq.
 dr. M. Halmai
 dr. R. Takács
 C. Blei, Esq.
 J.-M. Bournoville
 Z. Cohen, Esq.
 A. Hermon
 E. Klaiman, Esq.
 E. Sternberg, Esq.

Contents

- Intra-network communication on parallel trade
- France: Commercial Code, art. R. 134-6
- CJ(EU): case n° C-260/09 (*Activision Blizzard Germany v. Commission*)
- Bibliography
- Glossary

Contenu

- Communications intra-réseau relatives au commerce parallèle
- France: Code de commerce, art. R. 134-6
- CJ(UE): affaire n° 260/09 (*Activision Blizzard Germany v. Commission*)
- Bibliographie
- Lexique

“My distributor complains of parallel imports on its reserved territory. Keeping in mind that parallel trade is protected in the EU, how should I react?”

Let us first put aside the question of the applicability of EU competition law that one would have had to ask if, for example, the parallel import were to originate in a country outside of the EU or if the complaining distributor were to do business outside of the EU. Assuming then that EU law is hypothetically applicable, what are the possible responses to a complaint that, at first glance, is inherently illegal? A distributor operating within the EU must, at least in theory, submit to legitimate parallel trade in the contractual goods on its territory. The network must permit trade in products obtained, for example, through the lack of “imperviousness” of the official network, through the repurchasing of stock in a liquidation sale, or even thanks to the breach of the distribution contract (according to some precedent). On the other hand, the manufacturer and the members of its network do not need to endure unfair procurement methods, such as those linked to theft, counterfeiting, or fraud.

The boundary line between licit and illicit sourcing is not always clear, and yet that is the criteria which must guide the preparation of communications between the parties. In order not to run the risk that their exchanges be redefined as an anti-competitive concurrence of wills, both distributors (I) and network heads (II) should take the greatest care in their communication.

I. Communication by the distributor

• **Responses to criticism.** A distributor criticised by the manufacturer or by other members of the network for its contribution to parallel exports should remind them that this form of trade is theoretically legal, or, better yet, not respond to this type of complaint (we are not suggesting that a distributor hide behind the legality of parallel trade to justify a breach of its distribution contract). In practice, it is certainly difficult for a sole distributor to face hostile “neighbouring” distributors or a manufacturer who reminds it of its contractual duties of loyalty, information or “imperviousness” (all possibly legitimate obligations but mentioned here for an illegal purpose). However, barring active opposition on its part of an anti-competitive policy to hinder, a distributor runs the risk that its passivity be redefined as acquiescence.

• **Complaints.** A distributor should be very circumspect in its potential complaints concerning parallel trade taking place on its territory. It should make sure that the

“Mon distributeur se plaint des importations parallèles sur son territoire réservé. Tout en sachant que le commerce parallèle est protégé dans l'UE, comment devrais-je réagir?”

De premier abord, faisons abstraction de la question relative à l'applicabilité du Droit communautaire de la concurrence que l'on devrait se poser si, par exemple, l'importation parallèle provenait d'un pays hors UE ou si le distributeur plaignant se trouvait en dehors de l'UE. Si donc le droit communautaire est par hypothèse applicable, quelles sont les possibles réponses à une plainte qui, de premier abord, est en soi illicite? Un distributeur opérant au sein de l'UE doit, du moins en théorie, supporter un commerce parallèle légitime des produits contractuels sur son territoire. Le réseau doit permettre le commerce des produits obtenus, par exemple, grâce à l'absence d' “étanchéité” du réseau officiel, grâce aux rachats de stock suivant une liquidation judiciaire, ou même grâce aux infractions du contrat de distribution (selon une certaine jurisprudence). En revanche, le producteur et les membres de son réseau ne doivent pas faire les frais des procédés déloyaux d'approvisionnement, tels ceux liés au vol, à la contrefaçon, ou à la fraude.

La ligne de démarcation entre les approvisionnements licites et illicites n'est pas toujours claire, et pourtant c'est bien le critère qui doit guider la formulation des communications entre les parties. Pour ne pas courir le risque que leurs échanges soient requalifiés en un concours de volontés anti-concurrentiel, les distributeurs (I), comme les têtes de réseau (II), prendront les plus grands soins dans leurs communications.

I. Les communications des distributeurs

• **Les réponses aux critiques.** Un distributeur critiqué par le fabricant ou par d'autres membres du réseau pour sa contribution aux exportations parallèles devrait rappeler que cette forme de commerce est *a priori* licite, ou, mieux encore, ne pas répondre à ce type de plainte (nous ne suggérons pas qu'un distributeur se cache derrière l'égide du commerce parallèle pour justifier des infractions au contrat de distribution). En pratique, il est certes difficile pour un seul distributeur de faire face aux distributeurs “voisins” devenus hostiles ou à un fabricant qui lui rappelle ses obligations contractuelles d'information, de loyauté ou d'étanchéité (toutes obligations éventuellement légitimes mais évoquées ici dans un dessein illicite). Néanmoins, sans contestation active de sa part d'une politique d'entrave anti-concurrentielle, un distributeur court le risque de voir sa passivité requalifiée en acquiescement.

• **Les plaintes.** Un distributeur devrait être très circonspect dans ses plaintes éventuelles concernant le commerce parallèle sur son territoire. Il devrait s'assurer que la source

importer's supply source is actually illegal, which may prove difficult in practice since information exchange on distribution channels or on network pricing may be interpreted as manifestations of a policy to hinder.

It takes two (at least) to implement this type of unlawful collusion, and the same risk also exists on the network organiser's side.

II. Communication by the network organiser

• **Complaints.** Generally speaking, manufacturers may not hinder parallel trade in their products that have been put on the market within the EU. This prohibition includes artificially maintaining prices across reserved territories (wanted impervious) by systems of information exchange or by (threats of) penalization in case parallel exports are detected or suspected. Manufacturers have a certain number of organisational and logistical tools at their disposal allowing them to augment, *ab ovo*, the degree of “imperviousness” of their international network (cf. JIDL, Vol. 10, N° 2), without the implementation of these techniques being allowed to result in “absolute” imperviousness or in the elimination of parallel trade. *Subsequent* communication on the subject should thus be rare, generally limited to actions on contractual liability (e.g., for the breach of the prohibition against selling to unauthorized dealers) or to exchanges of information limited to the detection of serious infractions (e.g., counterfeiting).

• **Response to criticism.** Faced with a complaint coming from a distributor, a manufacturer could remind it that, in general, parallel imports are strictly protected within the EU, and that the distributor should not complain unless it has serious and precise doubts as to the legality of the bothersome importer's procurement channels. The manufacturer could also add that its obligation to control the network and safeguard exclusive territories does not include “hunting” for parallel imports. Lastly, the manufacturer could note that its obligation to offer assistance does not contradict the fact that the distributor is an independent businessperson, required to take certain risks inherent in integrating an international distribution network. This independence implies, in particular, that the distributor is free to set its own resale price as a function of all the circumstances affecting its local market (including parallel imports thereon). On its end, the manufacturer should set its sales price in taking into account the same factors, possibly communicated by the distributor. This latter type of communication must be handled with great care in order not to transform an exchange of information into a concurrence of wills. Almost paradoxically, EU legal institutions count on this exchange of information, in particular when it is about parallel imports, to get the manufacturer to lower its prices (which ultimately translates to lower consumer prices). The manufacturer's task is not easy though, as its prices must generate a profit, permit the financial success of its distributors, and contribute to a positive brand image.

Taking into account the severity of EU courts in matters relating to the proof of participation in an illegal hindrance of parallel trade (e.g., C-260/09, *infra*), network heads and their distributors should avoid all informal correspondence and exchanges of information. Communication on this subject should be carefully worded by specialised counsel in order to avoid any suspicion of hindrance.

d'approvisionnement de l'importateur est réellement illicite, ce qui pourrait se révéler difficile en pratique dans la mesure où les échanges d'information sur les circuits de distribution ou sur les prix pratiqués au sein du réseau pourront être interprétés comme les manifestations d'une politique d'entrave.

Il faut être deux (au moins) pour mettre en œuvre une telle concertation illicite, et le même risque existe également du côté de l'organisateur du réseau.

II. Les communications de l'organisateur du réseau

• **Les plaintes.** De manière générale, les têtes de réseau ne doivent pas entraver le commerce parallèle de leurs produits mis dans le commerce au sein de l'UE. Cette interdiction comprend le maintien artificiel des prix à travers les territoires réservés (voulus étanches) par des systèmes d'échange d'information ou par des (menaces de) sanctions en cas d'exportation parallèle décelée ou soupçonnée. Les fabricants disposent toutefois d'un certain nombre d'outils organisationnels et logistiques leur permettant, *ab ovo*, d'augmenter le degré d'étanchéité de leur réseau international (v. JDDI, Vol. 10, N° 2), sans que la mise en œuvre de ces techniques puisse résulter en une étanchéité absolue ou à l'élimination du commerce parallèle. Les communications *subséquentes* sur ce sujet devraient donc être rares, étant généralement limitées aux actions en responsabilité contractuelle (e.g., relatives à l'inexécution de l'interdiction de revente hors réseau) ou aux échanges d'information limités au dépistage des infractions graves (e.g., la contrefaçon).

• **Les réponses aux critiques.** Face à une plainte émanant d'un distributeur, un fabricant pourrait rappeler que, de façon générale, les importations parallèles sont strictement protégées au sein de l'UE, et que le distributeur ne devrait pas s'en plaindre à moins qu'il n'y ait des doutes graves et précis sur la légalité des sources d'approvisionnement de l'importateur gênant. Le fabricant pourrait également ajouter que son obligation de contrôler le réseau et de garantir les territoires réservés ne s'étendent pas à la “chasse” aux importations parallèles. Il pourrait enfin rappeler que son obligation d'assistance ne contredit pas le fait que le distributeur est un entrepreneur indépendant, devant prendre certains risques inhérents à l'intégration d'un réseau international de distribution. Cette indépendance implique notamment que le distributeur est libre de fixer son prix de revente en fonction de toutes les circonstances affectant son marché d'implantation (y compris les importations parallèles là-dessus). De son côté, le fabricant devrait fixer son prix de vente en tenant compte des mêmes facteurs, éventuellement communiqués par le distributeur. Ce dernier type de communication doit être menée avec une grande délicatesse, pour ne pas transformer un échange d'information en un concours de volontés. De façon presque paradoxale, les instances communautaires comptent sur cet échange d'information, plus particulièrement quand il porte sur les importations parallèles, pour obliger le fabricant à baisser ses prix (qui se traduit au final par une baisse de prix de consommation). La tâche du fabricant n'est pourtant pas aisée dans la mesure où ses prix doivent dégager un bénéfice, permettre l'essor financier de ses distributeurs, et contribuer à une image de marque positive.

Compte tenu de la sévérité des juges communautaires dans le domaine de la preuve de la participation à une entrave illicite au commerce parallèle (e.g., C-260/09, *infra*), les têtes de réseau et les distributeurs membres se garderont de toute correspondance ou échange d'information informel. Les communications à ce sujet devraient être rédigées soigneusement par un conseil spécialisé, de façon à écarter toute suspicion d'entrave.

Regulations, etc.

Lois, etc.

France : Commercial Code, article R. 134-6

“Commercial agents must register, before starting to do business, on a special register held by the clerk of the commercial court in the jurisdiction in which they are domiciled...”

The obligation of declaration provided for in the first paragraph is not applicable to commercial agents that, being domiciled abroad and not having any establishment in France, only do business on [French] national territory in a temporary and occasional fashion.” [our translation]

NOTE: Decree n° 2010-1310, of 2 November, 2010, “relating to the special register of commercial agents”, “adapts the regulatory part of the Commercial Code in order to inscribe therein the principle according to which commercial agents established abroad proceeding to perform only temporary and occasional services on national territory are not obligated to register on the special register of article R. 134-6 of the Commercial Code, in accordance with the objectives of Directive 2006/123/EC of 12 December 2006 on services in the internal market” [our translation of the official notice].

It remains to be seen what is meant by “temporary and occasional” as well as by “establishment”... While waiting for the courts’ interpretation, agents in this (ambiguous) situation would do well to register instead of risking the fine (mentioned in article R. 134-15).

France : Code de commerce, article R. 134-6

“Les agents commerciaux se font immatriculer, avant de commencer l'exercice de leurs activités, sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel ils sont domiciliés...”

L'obligation de déclaration prévue au premier alinéa n'est pas applicable aux agents commerciaux qui, étant domiciliés à l'étranger et ne disposant en France d'aucun établissement, n'exercent que de façon temporaire et occasionnelle leur activité sur le territoire national.”

NOTE: Le décret n° 2010-1310, du 2 novembre 2010, “relatif au registre spécial des agents commerciaux”, “adapte la partie réglementaire du code de commerce afin d'y inscrire le principe selon lequel les agents commerciaux établis à l'étranger qui ne procèdent sur le territoire national qu'à des prestations temporaires et occasionnelles ne sont pas tenus de s'inscrire sur le registre spécial de l'article R. 134-6 du code de commerce, conformément aux objectifs de la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur” (notice officiel).

Reste à savoir ce que l'on entend par “temporaire et occasionnelle” ainsi que par “établissement”... Dans l'attente des précisions jurisprudentielles, les agents se trouvant dans cette situation (floue) feraient mieux de s'inscrire au lieu de risquer une amende (mentionnée à l'article R. 134-15).

Caselaw

Jurisprudence

CJ (EU) : 10 February 2010, Case n° 260/09 : [Activision Blizzard Germany \(previously CD-Contact Data\) v. Commission](#)

“The first ground of appeal is, in essence, that the General Court erred in law by not examining whether CD-Contact Data’s conduct, as reflected in the correspondence on which the contested decision is based, had the sole purpose of limiting active parallel sales, in accordance with the distribution agreement between CD-Contact Data and Nintendo, or whether that conduct also related to a limitation of passive parallel sales.” [pt. 33]

“It follows that the General Court assessed the evidence put forward by the Commission in the light of the fact that the distribution agreement between CD-Contact Data and Nintendo provided for the prohibition – prima facie legal – of active parallel sales and by taking into account CD-Contact Data’s argument that this explained the content of that fax.” [pt. 38]

illegal concurrence of wills • hindrance to parallel trade • participation (passive) • proof

Obs.: This decision confirms the *CD-Contact Data* ruling rendered by the CFI on 30 April 2000 (T-18/03) concerning, amongst others matters, the participation of an exclusive distributor in a policy to hinder parallel trade in Nintendo game cartridges (cf. also, rendered the same day: T-12/03, T-13/03). The Commission had issued a hefty fine, contested by the appellant on certain procedural grounds, and reduced thereafter by the CFI. In the present case, the distribution contract was licit in that it only “provided for the prohibition – prima facie legal – of active parallel sales” (C-260/09, pt. 38), and “allowed CD-Contact Data to export passively” (pt. 35). On the other hand, analysis of the distributor's correspondence (especially its

CJ (UE) : 10 février 2011, Aff. n° 260/09 : [Activision Blizzard Germany \(anciennement CD-Contact Data\) c. Commission](#)

“Par son premier moyen, la requérante reproche, en substance, au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en omettant d'examiner si le comportement de CD-Contact Data, tel qu'exprimé dans la correspondance sur laquelle se fonde la décision litigieuse, avait pour seul objet de limiter des ventes parallèles actives, conformément à l'accord de distribution conclu entre CD-Contact Data et Nintendo, ou si ce comportement portait également sur une limitation des ventes parallèles passives.” [pt. 33]

“Il en ressort que le Tribunal a évalué les éléments de preuve apportés par la Commission à la lumière du fait que l'accord de distribution conclu entre CD-Contact Data et Nintendo prévoyait l'interdiction, de prime abord légale, des ventes parallèles actives et en tenant compte de l'argument de CD-Contact Data, selon lequel le contenu de ladite télécopie s'expliquait par ce fait.” [pt. 38]

concours de volontés illicite • entrave au commerce parallèle • participation (passive) • preuve

Obs.: Cette décision confirme l'arrêt *CD-Contact Data* rendu par le TPI le 30 avril 2000 (T-18/03) à propos, notamment, de la participation d'un distributeur exclusif dans une politique d'entrave au commerce parallèle de cartouches de jeu *Nintendo* (v. également, rendus le même jour: T-12/03, T-13/03). La Commission avait infligé une lourde amende, contestée par la requérante sur certains fondements procéduraux, et réduite ensuite par le Tribunal. En l'espèce, le contrat de distribution était licite, en ce qu'il “prévoyait [seulement] l'interdiction, de prime abord légale, des ventes parallèles actives” (C-260/09, pt. 38), et “permettait à CD-Contact Data d'exporter passivement” (pt. 35). En revanche, l'analyse des correspondances du distributeur (notamment sa réponse aux

response to complaints of parallel exports coming from its territory) had demonstrated an illegal concurrence of wills between the distributor and its supplier “with the object not only of limiting active sales but also of limiting parallel trade generally” (pt. 39).

Setting aside the mainly procedural considerations of what is arguably a “case on specifics”, one remarks what appears to be the first use – at least by EU judges – of the terms “active parallel sales” and “passive parallel sales” (pts. 28 and 33). This is a regrettable combination of the terms “active sales” and “passive sales” (cf. “Glossary” *infra*) with the word “parallel” referring to “parallel trade” or to “parallel imports/exports”. This new appellation is confusing when its use seems to suggest that the contract itself authorizes or prohibits active or passive *parallel* sales (as in pt. 38, cited *supra*), whereas normally the concept of parallel trade concerns a distribution channel taking place outside of – or in spite of – contractual provisions. If a contract were to prohibit active sales within the territory reserved for another distributor, the object sold in contravention of that contract would fall, as a result, onto the parallel market. A clause adding the qualifier “parallel” to the interdiction of “active sales” would thus be redundant. One hopes that authors of international distribution contracts not take inspiration from the Court’s bad example...

-EL

plaintes des exportations parallèles provenant de son territoire) avait démontré un concours de volontés illicite entre le distributeur et son fournisseur “ayant pour objet de limiter non seulement les ventes actives, mais de façon générale le commerce parallèle” (pt. 39).

Abstraction faite des considérations principalement procédurales d’un arrêt pouvant être qualifié “d’espèce”, l’on remarquera ce qui paraît être le premier emploi – du moins par les juges communautaires – des termes “ventes parallèles actives” et “ventes parallèles passives” (pts. 28 et 33). Il s’agit d’une combinaison regrettable des termes “ventes actives” et “ventes passives” (v. “Lexique” *infra*) avec le mot “parallèle” qui fait référence au “commerce parallèle” ou aux “importations/exportations parallèles”. Cette nouvelle appellation se prête à confusion quand son emploi fait penser que le contrat lui-même autorisait ou interdisait des ventes *parallèles* actives ou passives (comme au pt. 38, cité *supra*), alors que normalement la notion de commerce parallèle recouvre un circuit de distribution ayant lieu en dehors – ou en dépit – des prévisions contractuelles. Si un contrat interdisait des ventes actives à l’intérieur d’un territoire réservé à un autre distributeur, l’objet vendu en infraction de ce contrat tomberait, du coup, dans le marché parallèle. Une clause rajoutant le qualificatif “parallèle” à l’interdiction de “ventes actives” serait donc redondante. L’on espère que les rédacteurs des contrats internationaux de distribution ne s’inspirent pas du mauvais exemple de la Cour...

-EL

General Bibliography

Bibliographie générale

Hays, Th., “[Parallel importation under European Union law](#)”, *Sweet & Maxwell* (2004).

Association suisse d’étude de la concurrence, *et al.*, “[Conflit entre importations parallèles et propriété intellectuelle? Actes du Colloque de Lausanne](#)”, *Librairie Droz* (1996).

Glossary

Lexique

active sale / passive sale: “ ‘Active’ sales mean actively approaching... a specific customer group or customers in a specific territory through advertisement in media, on the internet or other promotions specifically targeted at that customer group or targeted at customers in that territory...”

‘Passive’ sales mean responding to unsolicited requests from individual customers... General advertising or promotion that reaches customers in other distributors’ (exclusive) territories or customer groups but which is a reasonable way to reach customers outside those territories or customer groups... are considered passive selling...” (Commission notice: “Guidelines on Vertical Restraints”, 2010/C 130/01, pt. 51)

These terms do not uniquely concern international distribution (*e.g.*, when the reserved territories are within one country), but are systematically mentioned when a distribution network traverses national borders (of EU countries especially).

Note that sales whose conclusion is facilitated by a website may be characterized as active or passive depending on the technical circumstances of the offer (cf. *ibid.*, pts. 52 *et seq.*).

-EL

vente active / vente passive: “par ‘ventes actives’, on entend le fait de prospector... une clientèle déterminée ou des clients à l’intérieur d’un territoire donné par le biais d’annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d’autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire...”

par ‘ventes passives’, on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels... Toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d’autres distributeurs, ou faisant partie d’une clientèle allouée à d’autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d’atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d’une telle clientèle... est considérée comme une vente passive...” (Communication de la Commission: “Lignes directrices sur les restrictions verticales”, 2010/C 130/01, pt. 51)

Ces termes ne concernent pas uniquement la distribution internationale (*e.g.*, quand les territoires réservés se trouvent à l’intérieur d’un pays), mais sont systématiquement invoqués quand un réseau de distribution traverse les frontières nationales (des pays de l’UE notamment).

Notons que les ventes dont la conclusion est facilitée par un site Web peuvent être qualifiées d’actives ou de passives selon les circonstances techniques de l’offre (v. *ibid.*, pts. 52 *et s.*).

-EL