

MEMORANDUM

A : COMP-VBER@ec.europa.eu ; comp-greffe-antitrust@ec.europa.eu

De : Vogel & Vogel

Réf. : Observations du cabinet Vogel & Vogel sur le projet de règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux et de lignes directrices sur les restrictions verticales

Date : 16 septembre 2021

OBSERVATIONS DU CABINET VOGEL & VOGEL SUR LE PROJET DE REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIE APPLICABLE AUX ACCORDS VERTICAUX ET DE LIGNES DIRECTRICES SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES

Nous souhaitons formuler des observations sur l'impact du projet de règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux et de lignes directrices sur les restrictions verticales sur la structure des réseaux de distribution européens et sur certains comportements spécifiques et souligner les développements très positifs de certaines évolutions par rapport à la réglementation actuelle mais également mettre en avant les effets potentiellement négatifs inhérents à certaines modifications envisagées.

I. Observations relatives à l'impact du projet de règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur la structure des réseaux de distribution

A. Idées et tendances positives

Plusieurs modifications figurant dans le projet de règlement d'exemption par catégorie et de lignes directrices apparaissent réellement positives et méritent d'être saluées par les praticiens européens traitant des questions de droit de la distribution et de la concurrence.

1. La reconnaissance positive de l'exclusivité partagée

Jusqu'à présent, la majorité des commentateurs de l'ancien règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux et du règlement n°330/2010 actuellement en vigueur considéraient qu'un système de distribution exclusive ne pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie que si un seul distributeur était désigné pour un certain territoire ou une certaine clientèle.

La définition de la distribution exclusive a été modifiée dans le projet de règlement et est désormais admise la possibilité d'une exclusivité partagée entre plusieurs distributeurs pour un territoire ou une clientèle donnés :

« système de distribution exclusive » : un système de distribution dans lequel le fournisseur alloue un territoire ou une clientèle exclusivement à lui-même, à un acheteur ou à un nombre restreint d'acheteurs, déterminé au prorata du territoire ou de la clientèle allouée de manière à garantir un certain volume d'activités qui préserve leurs efforts d'investissement, et empêche les autres acheteurs de vendre activement sur le territoire exclusif ou à la clientèle exclusive ».

Cette innovation du projet de règlement d'exemption doit être saluée. Il est important de souligner que l'ancien règlement d'exemption automobile n°123/85 admettait que l'exclusivité soit partagée et ce schéma de distribution n'était pas problématique. Certaines entreprises désignaient notamment deux distributeurs exclusifs pour le même territoire étant donné les spécificités dudit territoire, par exemple une ville coupée en deux par un fleuve dans laquelle un des distributeurs était implanté sur la rive nord alors que l'autre distributeur se trouvait sur la rive sud mais qui se voyaient allouer une zone de distribution exclusive commune couvrant toute la ville.

Lors du workshop de Bruxelles et à l'occasion des multiples consultations organisées par la Commission, nous avons souligné que l'exclusivité partagée serait également très utile dans le secteur de l'équipement agricole. Il y a généralement 4 ou 5 distributeurs exclusifs distribuant des tracteurs de différentes marques dans une seule zone de chalandise exclusive. Il y a aussi d'autres distributeurs qui assurent la vente d'autres matériels agricoles complémentaires et qui traitent avec ces distributeurs de tracteurs et leurs clients mais il serait utile de pouvoir nommer 2 ou 3 distributeurs exclusifs de la même marque pour assurer la vente des matériels agricoles de complément afin de répondre aux besoins de ce secteur. Par conséquent, un système d'exclusivité partagée devrait pouvoir bénéficier de l'exemption par catégorie comme le prévoit le projet de règlement.

Toutefois, il est envisagé une limite à la possibilité d'une telle exclusivité partagée. Eu égard aux conditions restrictives du projet de règlement d'exemption par catégorie, cette exclusivité partagée ne serait autorisée que pour « un nombre restreint d'acheteurs, déterminés au pro rata du territoire ou de la clientèle de manière à garantir un certain volume d'activités qui préserve leurs efforts d'investissement ». Cette condition supplémentaire devrait être supprimée. Elle créerait une incertitude juridique inutile et permettrait à d'anciens distributeurs insatisfaits ou à des tiers d'utiliser ces conditions additionnelles comme prétexte pour contester chaque système d'exclusivité partagée en faisant valoir qu'il incombe au fournisseur de démontrer que la cartographie des territoires et le nombre de distributeurs nommés permettent de garantir un volume d'activités qui préserverait leurs efforts d'investissement. Une telle condition n'est pas conforme au droit de la concurrence dès lors qu'il n'a pas pour objectif de protéger un certain type de concurrents mais uniquement de protéger la concurrence en elle-même. Il s'agit d'une règle protectrice en faveur des distributeurs qui n'a pas sa place comme règle de concurrence.

Une interrogation similaire a été soulevée en matière de distribution sélective quantitative. Un ancien distributeur a fait valoir devant les juridictions françaises et devant la CJUE que les critères quantitatifs devaient être objectifs et non-discriminatoires et que le fournisseur devait justifier du bien-fondé de ces critères. La CJUE a fermement rejeté les prétentions de cet ancien distributeur et a considéré que la validité des critères quantitatifs est seulement subordonnée à ce que ces critères soient spécifiés sans que le fournisseur ne doive justifier du fait qu'ils soient objectifs, non-discriminatoires ou bien-fondés. La distribution exclusive étant une forme de distribution quantitative (avec l'attribution d'un territoire et une restriction des ventes actives mais qui reste malgré tout très proche d'un système de distribution sélectif quantitatif notamment en cas de combinaison de la distribution exclusive et sélective avec des ventes actives et passives libres), la même logique devrait donc s'appliquer.

Le raisonnement de la CJUE dans l'arrêt de principe Jaguar Land Rover/Auto 24 est reproduit ci-après :

- 29 *Il résulte de ces dernières dispositions que, pour ce qui concerne tant les systèmes de distribution sélective quantitative que les systèmes de distribution sélective qualitative, au sens du règlement, des distributeurs doivent être sélectionnés sur la base de « critères définis », au sens de l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du règlement.*
- 30 *Dans ce contexte, les termes « critères définis », au sens de cette disposition, doivent être interprétés comme se référant à des critères dont le contenu précis peut être vérifié.*
- 31 *Il convient de préciser sur ce point qu'il n'est pas nécessaire, en vue de la vérification de leur contenu précis, que les critères de sélection utilisés aux fins d'un système de distribution sélective soient publiés, au risque, ainsi que l'a relevé le gouvernement français, de compromettre le secret des affaires, voire de faciliter d'éventuels comportements collusoires.*
- 32 *Par ailleurs, il ne ressort pas de la définition de la notion de « système de distribution sélective quantitative », figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous g), du règlement, que cette notion doive être interprétée comme comportant une exigence selon laquelle des critères appliqués par le fournisseur pour sélectionner les distributeurs doivent non seulement être « définis », mais, en outre, être objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.*
- 33 *En effet, ce n'est que dans le contexte des systèmes de distribution sélective qualitative que le règlement, par la définition figurant à son article 1er, paragraphe 1, sous h), exige notamment que les critères de sélection utilisés par le fournisseur soient « requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire ».*
- 34 *Ainsi, il découle des termes mêmes des définitions figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f) et g), du règlement que, lorsqu'un système de distribution pour la vente de véhicules automobiles neufs interdit la revente aux distributeurs non agréés et repose sur des critères définis qui limitent directement le nombre de distributeurs, un tel système peut être qualifié de « système de distribution sélective quantitative », au sens du règlement. Le fait que, dans la pratique, les systèmes de distribution de véhicules automobiles neufs comportent très souvent des critères tant qualitatifs que quantitatifs est sans incidence à cet égard, ainsi que JLR et la Commission européenne l'ont reconnu, en substance, lors de l'audience.*
- 35 *Dans ces conditions, ainsi que le soutiennent, en substance, JLR, le gouvernement français et la Commission, si, dans le cadre du règlement, les critères quantitatifs de sélection devaient obligatoirement être objectifs et non discriminatoires, une confusion en résulterait entre les conditions exigées par le règlement pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective qualitative et celles requises par celui-ci pour l'application de l'exemption aux systèmes de distribution sélective quantitative.*
- 36 *Or, il ne ressort pas de l'économie du règlement que le législateur ait voulu prévoir les mêmes conditions d'exemption pour ces deux systèmes de distribution sélective. Au contraire, étant donné que, ainsi qu'il ressort notamment des points 26 et 27 du présent arrêt, le règlement envisage des conditions d'exemption distinctes selon que la distribution sélective en question est qualifiée de « quantitative » ou de « qualitative », les éléments figurant uniquement à l'article 1er, paragraphe 1, sous h), du règlement ne sauraient être*

également appliqués au point g) de cette disposition, sauf à amalgamer ces deux types de distribution sélective.

- 37 Par ailleurs, contrairement à ce qu'Auto 24 a laissé entendre, le fait que, conformément à l'article 5, paragraphe 2, du règlement, un fournisseur ne peut empêcher l'ouverture d'un établissement secondaire par l'un de ses distributeurs agréés n'a pas d'incidence à cet égard.
- 38 En outre, la jurisprudence invoquée par Auto 24 issue de l'arrêt du 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commission* (26/76, Rec. p. 1875), n'a pas d'incidence dans la présente affaire. Sur ce point, il suffit de constater que, dans le cadre du règlement, ainsi qu'il ressort notamment des points 32 à 34 du présent arrêt, un « système de distribution sélective quantitative » se distingue, par définition, de la sélection qualitative des distributeurs faisant l'objet du point 20 de l'arrêt *Metro SB-Großmärkte/Commission*, précité.
- 39 Eu égard à tout ce qui précède, il y a lieu de répondre à la question posée que, par les termes « critères définis », figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du règlement, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

Par ces motifs, la Cour (deuxième chambre) dit pour droit :

Par les termes « critères définis », figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du règlement (CE) no 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié. Pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément.

A la suite de la décision de la CJUE, la Cour de cassation a considéré que, dans un système de distribution sélective quantitative, le fournisseur n'a pas à justifier des raisons de la détermination de ses critères quantitatifs :

« qu'ayant, par motifs propres et adoptés, énoncé qu'aux termes de l'article 1, paragraphe 1, sous g) du règlement d'exemption n° 1400/2002, le système de distribution sélective quantitative est celui dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci et retenu qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons qui l'ont amené à arrêter le "numerus clausus" qui lui sert de critère quantitatif de sélection, fixant un nombre de 72 contrats pour 109 sites parmi lesquels celui de Périgueux ne figure pas, ce dont il résultait un critère précis qui a été vérifié, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; »

Les raisons sous-jacentes de ces décisions sont claires. En droit de la concurrence, les systèmes de distribution limitant le nombre de distributeurs de manière quantitative doivent simplement définir le critère quantitatif

retenu mais la décision d'avoir recours à un tel système et les restrictions relatives au nombre et à l'emplacement des distributeurs n'ont pas, elles, à être justifiées. Lorsque nous avons plaidé l'affaire Jaguar Land Rover devant la CJUE, nous avons insisté sur le fait qu'un fournisseur était responsable du nombre de distributeurs de la marque car il est en charge de l'image de la marque et de la configuration du réseau et la décision va dans le même sens.

Imposer au fournisseur de devoir justifier du nombre de revendeurs dans un système d'exclusivité partagée créerait ainsi une incertitude juridique qui empêcherait les fournisseurs de mettre en place un tel système par crainte que soient intentées des actions contentieuses en raison de la formulation employée dans le projet de règlement d'exemption par catégorie.

2. Une meilleure protection de la distribution exclusive

Plusieurs dispositions du projet de règlement d'exemption favorisent une meilleure protection de la distribution exclusive et sont donc bienvenues.

- L'extension de la définition des ventes actives

Le projet de règlement d'exemption propose une extension de la définition des ventes actives :

« 'ventes actives' : toutes les formes de vente autres que les ventes passives, y compris le ciblage actif de clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou d'autres moyens de communication directe ou par l'intermédiaire de la publicité et de la promotion ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple au moyen de supports papier ou numériques, y compris les médias en ligne, les outils de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires spécifiques ou des groupes de clients ; l'offre sur un site web d'options linguistiques différentes de celles couramment utilisées sur le territoire sur lequel le distributeur est établi constitue normalement une vente active ; de même, l'offre d'un site web dont le nom de domaine correspond à un territoire autre que celui sur lequel le distributeur est établi constitue une vente active ».

L'extension de cette définition est souhaitable. Compte tenu du développement des ventes sur internet, les droits d'exclusivité accordés aux distributeurs exclusifs qui se doivent d'investir pour développer les ventes sur un territoire donné ont été réduits et il était absolument nécessaire de restaurer ces droits afin de redonner davantage de substance à cette exclusivité.

- L'extension de la restriction des ventes actives aux ventes actives réalisées par les clients du distributeur

Dans le projet de règlement d'exemption, la restriction des ventes actives a été étendue aux ventes actives réalisées par les clients du distributeur :

« la restriction des ventes actives du distributeur exclusif ou du distributeur exclusif et de ses clients qui ont conclu un accord de distribution avec le fournisseur ou avec une partie qui a obtenu des droits de distribution du fournisseur, sur un territoire donné ou à une clientèle que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués exclusivement à un acheteur ou à un nombre limité d'autres acheteurs ».

Cette extension est positive dès lors qu'il est nécessaire, pour protéger les distributeurs exclusifs, d'interdire les contournements de la restriction des ventes actives grâce à des contrats conclus entre le distributeur et ses clients.

- **La protection des distributeurs exclusifs contre les ventes réalisées sur un territoire accordé à un distributeur dans un système de distribution sélective**

Le projet de règlement d'exemption par catégorie prévoit que le fournisseur peut protéger les revendeurs exclusifs contre les ventes actives réalisées sur un territoire accordé à un distributeur dans un système de distribution sélective :

« la restriction des ventes actives des membres du système de distribution sélective ou des membres de ce système et de leurs clients qui ont conclu un accord de distribution avec le fournisseur ou avec une partie qui a obtenu des droits de distribution du fournisseur, sur un autre territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués exclusivement à un acheteur ou à un nombre limité d'acheteurs »

Cette extension est souhaitable afin de protéger les distributeurs exclusifs contre ce type de vente en cas d'options différentes pour la distribution sélective ou exclusive selon l'Etat membre en cause.

3. Une meilleure protection de la distribution sélective

- **La protection des distributeurs sélectifs contre les ventes réalisées sur des territoires accordés à un distributeur exclusif**

Afin de protéger les distributeurs sélectifs contre les ventes à des revendeurs non-agrérés dans les territoires en distribution sélective, le projet de règlement d'exemption par catégorie autorise *« la restriction des ventes actives ou passives du distributeur exclusif ou du distributeur exclusif et de ses clients à des distributeurs non agrés situés sur un autre territoire sur lequel le fournisseur exploite un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels »*.

Cette évolution, par rapport aux dispositions actuelles, est souhaitable.

Toutefois, devrait être ajoutée la possibilité de restreindre aussi les ventes réalisées par les distributeurs exclusifs ou par leurs clients à des membres d'un réseau de distribution sélective sur des territoires où le fournisseur a mis en place un système de distribution sélective.

- **L'extension de l'interdiction des ventes réalisées par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agrés**

Afin d'éviter le contournement de l'interdiction des ventes en dehors du réseau par des membres d'un système de distribution sélective, le projet de règlement prévoit la possibilité de restreindre les *« ventes actives ou passives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients à des distributeurs non agrés situés sur le territoire du système de distribution sélective »*.

Il s'agit là d'une évolution positive. Actuellement, il existe une faille dans la réglementation s'agissant de la protection des systèmes de distribution sélective. Un membre d'un réseau de distribution sélective n'est pas

autorisé à revendre à des distributeurs non-agr es mais cette interdiction ne s'applique pas aux clients du distributeur de sorte qu'ils peuvent revendre à un tiers qui, à son tour, peut vendre aux clients finaux. Afin d'éviter toute fraude, il serait utile de préciser qu'une telle restriction peut s'appliquer à l'encontre des ventes actives ou passives « directes ou indirectes » car les méthodes que les revendeurs hors réseau pourraient employer pour contourner ces restrictions légitimes sont sans limites et ils pourraient mettre en place tout un système de revente afin de contourner cette règle.

B. Tendances et idées négatives

1. Une erreur regrettable : les limitations combinées à l'exemption par catégorie à toutes les formes de distribution duale

Le projet de règlement d'exemption prévoit tellement de limitations à la distribution duale que, dans de nombreux cas, étant donné que presque tous les réseaux utilisent certaines formes de distribution duale, il faut s'attendre à ce que de nombreux réseaux, bien que pro-compétitifs, ne bénéficieront plus de l'exemption par catégorie.

Tout d'abord, il semble y avoir plusieurs postulats erronés dans le raisonnement adopté contre toutes les formes de distribution duale. Ces postulats et hypothèses semblent être les suivants :

- la distribution duale serait une nouvelle tendance en matière de distribution, limitée à certains secteurs et favorisée par le développement de la vente par internet,
- elle aurait automatiquement des effets anticoncurrentiels,
- elle se développerait sans qu'il n'existe aucune possibilité de revenir à la situation antérieure,
- et elle devrait être limitée par tous les moyens et de telles limitations ne seraient absolument pas négatives.

Tous ces arguments sont totalement erronés et ne peuvent être suivis si la Commission veut éviter de commettre une grave erreur.

La distribution duale n'est pas une nouvelle forme de distribution. Elle existe dans la plupart des secteurs et a toujours existé. La franchise, par exemple, constitue une forme de distribution duale par nature, car le fournisseur teste d'abord un concept qui sera reproduit par les franchisés et, généralement, le franchiseur gère lui-même plusieurs points de vente pour de nombreuses raisons : continuer à tester et à améliorer le concept, établir des succursales dans les endroits où les prix de l'immobilier sont trop élevés pour les franchisés ou là où la clientèle n'est pas stable et habituelle. La distribution duale existe dans presque tous les réseaux de distribution car le fournisseur ou les distributeurs doivent répondre aux différents besoins de la clientèle. Certains clients préfèrent avoir une relation directe avec le fournisseur : les gros acheteurs qui ne souhaitent pas négocier avec des centaines de revendeurs ou qui ont besoin du support technique direct du fournisseur ; les petits acheteurs qui souhaitent acheter en ligne directement sur le site web du fournisseur. Les clients locaux peuvent préférer avoir un lien direct avec les distributeurs.

La distribution duale est, par nature, pro-concurrentielle et les effets anticoncurrentiels exceptionnels de ce mode de distribution sont très faciles à contrôler sans que ne soit nécessaire une modification des règles actuellement en vigueur. La distribution duale n'est pas un choix mais une réponse à la demande du marché. Elle a toujours été utilisée comme étant une réponse à des besoins spécifiques. Tous les réseaux de distribution tentent de trouver la meilleure et la plus efficace façon de répondre aux exigences de leurs clients. Parfois, c'est le fournisseur qui est le plus à même de satisfaire ces demandes, parfois c'est le distributeur.

D'un autre côté, les sites internet des fournisseurs sont généralement plus qualitatifs que ceux des distributeurs et les clients peuvent préférer acheter directement sur le site du fournisseur. Le client décide ce qui lui convient le mieux. Dans un grand nombre de décisions de la Cour de cassation, des cours d'appel ou des tribunaux de commerce français, la distribution duale a été reconnue comme étant un mode licite de distribution et comme ne portant pas atteinte aux droits exclusifs accordés aux distributeurs. Jusqu'à présent, bien que la distribution duale ait bénéficié d'une exemption par catégorie pendant des années, il n'y a eu que des cas limités dans lesquels une infraction anticoncurrentielle a été constatée par les autorités de concurrence. Le seul exemple connu est l'affaire danoise Hugo Boss concernant un échange horizontal d'informations entre Hugo Boss et deux distributeurs de la marque. Mais l'Autorité danoise de la concurrence a été parfaitement capable de gérer cette situation avec le règlement d'exemption par catégorie actuel : la relation verticale a bénéficié de l'exemption par catégorie et cette exemption par catégorie applicable aux restrictions verticales n'a pas été appliquée aux restrictions supplémentaires horizontales. Il n'est absolument pas nécessaire de modifier quoi que ce soit à l'exemption par catégorie actuellement applicable à la distribution duale (sauf pour l'étendre aux importateurs et aux grossistes), car les outils actuels sont parfaitement suffisants pour traiter tous les problèmes liés à la double distribution.

Aujourd'hui, la distribution duale est souvent le seul moyen permettant aux fournisseurs dépendants de réduire leur dépendance économique vis-à-vis des grands groupes de distribution actifs dans la vente au détail. C'est un fait reconnu actuellement par les autorités de concurrence que les fournisseurs sont aujourd'hui très dépendants des enseignes de la grande distribution. En France, l'administration en charge de la protection de la concurrence doit régulièrement mener des enquêtes et initier des actions en justice afin de protéger les fournisseurs contre les pratiques restrictives et abusives des groupes de la grande distribution. Un des seuls moyens pour ces petits ou moyens fournisseurs d'essayer de devenir moins dépendants est d'établir un canal de vente directe aux consommateurs finaux. Le projet de règlement et de lignes directrices limiterait de telles initiatives et aurait donc un effet pervers qu'il convient d'éviter.

Le recours à la distribution duale est dicté par le marché et est changeant et réversible. Par exemple, plusieurs marques automobiles ont aujourd'hui cessé d'exploiter une partie de leurs propres succursales ou filiales et ont décidé de vendre ces activités aux concessionnaires (récemment, les médias automobiles ont ainsi publié des articles sur la décision de RRG de vendre plusieurs succursales aux concessionnaires).

Les limitations de la distribution duale contenues dans le projet de règlement d'exemption conduiraient à un système trop lourd, inutile et compliqué, créant une réglementation qui ne peut pas fonctionner et qui priverait de l'exemption par catégorie de nombreux réseaux de distribution efficaces et pro-concurrentiels.

La simple lecture du projet sur la distribution duale montre qu'il s'agit d'un système trop compliqué qui ne fonctionnera jamais dans la pratique et qui aurait des conséquences néfastes pour tous les réseaux européens :

4. *L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. En revanche, elle s'applique à tous les aspects d'un accord vertical non réciproque entre entreprises concurrentes si :*
 - (a) *le fournisseur est un producteur, un grossiste ou un importateur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise concurrente qui fabrique, vend en gros ou importe et que sa part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] % ; ou*

(b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels et que sa part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] %.

- 5. Si la part de marché cumulée du fournisseur concurrent et de l'acheteur mentionnés à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b) dépasse [10] % sur le marché de vente au détail concerné, mais ne dépasse pas les seuils de part de marché établis à l'article 3, l'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique, sauf en ce qui concerne tout échange d'informations entre les parties, qui doit être évalué selon les règles applicables aux accords horizontaux.*
- 6. Les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), et à l'article 2, paragraphe 5, ne s'appliquent pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influencer, ont pour objet de restreindre la concurrence entre le fournisseur concurrent et l'acheteur.*
- 7. Les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), ne s'appliquent pas si un fournisseur de services d'intermédiation en ligne qui vend également des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles il fournit des services d'intermédiation en ligne conclut un accord vertical non réciproque avec lesdites entreprises concurrentes.*
- 8. Le présent règlement ne s'applique pas aux accords verticaux faisant l'objet d'un autre règlement d'exemption par catégorie, sauf si ce dernier le prévoit.*

Prenons la première branche du système du projet de règlement sur la distribution duale.

Elle subordonne l'exemption par catégorie à une part de marché cumulée du fournisseur et du détaillant sur le marché pertinent de la vente au détail qui ne dépasse pas 10%.

Cette référence à un seuil qui serait calculé au niveau du commerce de détail est impossible à mettre en œuvre en pratique pour de nombreuses raisons :

- Dans la plupart des cas, il n'y a pas de données disponibles concernant les parts de marché sur les marchés locaux de la distribution en aval. Les décisions rendues en matière de contrôle des concentrations concernant les fusions de distributeurs montrent que dans un seul État membre comme la France, il existe entre 100 et 500 marchés locaux pour la distribution au détail en fonction des différents produits ou services distribués. Ces marchés locaux de vente au détail correspondent à la zone de chalandise de chaque distributeur local. Calculer ces parts de marché locales représente déjà une énorme charge de travail dans une opération de concentration. Il serait donc impossible pour de nombreux réseaux de calculer des centaines ou des milliers de parts de marché au niveau de la vente au détail, simplement parce que ces parts de marché ne sont pas connues et très difficiles à estimer. Lorsqu'une autorité nationale de la concurrence doit examiner une opération de concentration dans un secteur de la distribution, elle a généralement besoin de plusieurs mois pour rassembler les parts de marché locales et ne peut finalement les calculer que parce que l'autorité a le pouvoir de demander aux concurrents de lui fournir leurs données, ce qui serait au demeurant impossible et même illicite pour une entreprise par rapport à ses concurrents.
- Il serait non seulement extrêmement compliqué de calculer les parts de marché au niveau de la vente au détail, mais aussi impossible d'opter pour un type de réseau commun si un tel calcul pouvait être effectué,

car le résultat des parts de marché dans les différentes zones serait très certainement différent : moins de 10 % ici, plus de 10 % mais moins de 30 % ailleurs et plus de 30 % dans d'autres zones. Il y aurait plusieurs situations juridiques en fonction des différentes parts de marché locales qui ne permettraient pas d'adopter un système uniforme dans un pays donné.

Pour ces raisons, les rédacteurs des précédents règlements d'exemption par catégorie applicables aux restrictions verticales ont choisi de calculer les seuils d'exemption pour les distributeurs sur le marché amont où les produits contractuels sont achetés. En bref, le seuil de 10 % sur le marché local au niveau du détail n'est pas praticable parce qu'il nécessiterait le calcul de centaines ou de milliers de parts de marché au sein de chaque réseau européen important, avec des coûts de transaction énormes, sans que cela n'ait d'incidence sur la concurrence, en sachant que les données ne sont souvent même pas disponibles.

En outre, ce seuil de 10% ne serait presque jamais applicable et resterait théorique car la plupart des détaillants ont déjà une part de marché supérieure à 10 % dans leur zone de chalandise. Dans de nombreux secteurs, les détaillants sont multimarques et distribuent les produits de plusieurs marques concurrentes. Dans ce cas, leur part de marché est supérieure à 10%. Dans tous les cas, cela priverait la quasi-totalité des réseaux de l'exemption, ce qui n'est pas l'objectif d'un règlement d'exemption par catégorie.

L'introduction d'un seuil de part de marché de 10 % sur les marchés locaux en aval pour la distribution aux consommateurs finaux conduirait à ce que la première branche de l'exemption par catégorie ne soit presque jamais applicable car il faut être conscient du fait qu'il existe des formes de distribution duale par des fournisseurs et des distributeurs aux consommateurs finaux dans presque tous les secteurs de l'économie et que la part de marché des distributeurs dans leur seule zone de chalandise locale est souvent supérieure à 10 %. Cette situation est habituelle pour la distribution de parfums et de voitures, mais également fréquente dans d'autres secteurs. Par conséquent, pour des raisons techniques, l'idée d'un seuil de part de marché calculé sur les marchés locaux de vente au détail n'est pas réaliste et doit être abandonnée.

La seconde branche semble inutile et source de difficultés. Entre 10 et 30 %, le règlement d'exemption par catégorie resterait applicable *« sauf en ce qui concerne tout échange d'informations entre les parties, qui doit être évalué selon les règles applicables aux accords horizontaux »*.

La première difficulté est que, comme la question est compliquée, la rédaction envisagée contient des incertitudes juridiques qui montrent qu'il faut s'en tenir à la version actuelle de la réglementation qui est beaucoup plus claire. Deux exemples illustrent cette complexité : le projet de règlement d'exemption mentionne qu'aucun échange d'informations ne bénéficierait d'une exemption par catégorie et qu'ils seraient évalués selon les règles applicables aux accords horizontaux. Or, dans un accord de distribution, il existe de nombreux échanges d'informations verticaux qui sont nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de distribution. Ils ne sont absolument pas anticoncurrentiels et n'ont jamais été considérés comme tels par aucune autorité de concurrence et, comme ils sont verticaux, ils ne doivent certainement pas être évalués selon les lignes directrices horizontales. Un autre exemple de la difficulté de surréglementer la distribution duale est la contradiction entre le projet de règlement et les lignes directrices. Selon les lignes directrices, l'ensemble de l'accord perd le bénéfice du règlement d'exemption en cas d'échange d'informations. Mais ce n'est pas le régime prévu par le projet de règlement d'exemption par catégorie : selon l'article 2.5. du projet de règlement, l'accord continue de bénéficier d'une exemption par catégorie et seul l'échange d'informations anticoncurrentiel n'est pas exempté.

Mais les paragraphes 4 et 5 de l'article 2 ne sont pas les règles les plus inquiétantes en matière de distribution duale, même si l'article 2, par. 4, du projet serait impossible à mettre en œuvre en pratique et serait inutile.

Les règles les plus problématiques sont contenues dans les exceptions au règlement d'exemption par catégorie pour la distribution duale qui conduiraient à une grande incertitude juridique et à la perte du bénéfice du règlement d'exemption pour la plupart des réseaux de distribution européens dans la pratique, une conséquence qui n'est certainement pas voulue par Commission.

En vertu de l'article 2, paragraphe 6, l'exemption par catégorie ne s'applique pas du tout aux accords verticaux en cas de restriction par objet entre le fournisseur et l'acheteur. Le problème ici est qu'il a toujours été prévu dans tous les règlements d'exemption par catégorie applicables aux restrictions verticales jusqu'à présent que les clauses noires, c'est-à-dire les restrictions caractérisées qui suppriment le bénéfice de l'exemption par catégorie, doivent être définies de manière précise et étroite. Tel est l'objet de l'article 4. Ici, tout type de restriction par objet supprimera le bénéfice de l'exemption par catégorie. Le problème est qu'il n'existe pas de définition précise des possibles restrictions par objet et il n'y a pas de consensus entre toutes les autorités de concurrence des États membres sur une telle définition. Certaines autorités identifient très facilement des restrictions par objet, d'autres sont plus prudentes et il existe de nombreuses affaires dans lesquelles il a été nécessaire de rappeler à une autorité de concurrence que les restrictions par objet doivent être définies de manière étroite. Cette règle conduira très facilement à des actions initiées par des contractants affirmant que tout comportement du fournisseur à leur détriment est une restriction par objet et supprime le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie, ainsi qu'à des actions initiées par des revendeurs hors réseau contestant la validité de chacun des réseaux de distribution tentant d'agir contre les reventes en dehors du réseau de distribution sélective. Par exemple, il sera prétendu que la décision de nommer un distributeur dans une zone et une succursale dans une autre zone de chalandise dans un réseau de distribution exclusive ou sélective quantitative est une restriction par objet car un distributeur aurait pu être nommé dans les deux zones et que ces nominations sont faites avec l'acceptation tacite des membres du réseau.

Comme presque tous les réseaux de distribution dans presque tous les secteurs pratiquent une forme de distribution duale (en vendant à des distributeurs mais aussi directement aux clients finals par l'intermédiaire de succursales, de filiales, de ventes directes à des clients importants ou spécifiques et par la vente par internet), cela signifie que n'importe qui pourra demander la suppression de l'exemption par catégorie pour de nombreux comportements qu'il interprétera comme des restrictions par objet, sans aucune sécurité juridique des réseaux car la notion de restriction par objet n'est pas clairement définie.

L'exception de l'article 2, par. 7 est également très problématique et mettrait en danger les innovations très pro-concurrentielles de plusieurs réseaux de distribution en faveur de leurs distributeurs.

Selon cet article 2, par. 7. *« les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), ne s'appliquent pas si un fournisseur de services d'intermédiation en ligne qui vend également des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles il fournit des services d'intermédiation en ligne conclut un accord vertical non réciproque avec lesdites entreprises ».*

L'idée derrière cette règle pourrait être que les grandes plateformes pourraient recueillir les informations confidentielles des petits fournisseurs vendant leurs produits sur ces plateformes afin de modifier leurs propres conditions de vente et de faire une concurrence déloyale à ces petites entreprises.

Le problème est qu'en vertu du droit de la concurrence, on ne devrait jamais, au grand jamais, appliquer une règle générale applicable à toutes les entreprises, pour tenter de résoudre un problème spécifique. La conséquence en général est que vous ne traitez pas le problème limité de manière suffisamment précise et qu'au

lieu de cela vous créez un énorme problème dans l'économie de manière généralisée. C'est exactement ce qui se passerait si une telle règle devait être adoptée. De nombreux fournisseurs de produits sélectifs créent des plateformes Internet sur lesquelles leurs distributeurs peuvent vendre les produits contractuels. Parfois, les succursales ou les filiales peuvent également vendre sur ces plateformes ou bien elles sont dédiées uniquement aux distributeurs membres du réseau. Il s'agit d'une aide précieuse pour les distributeurs car ils ne seraient pas en mesure de construire une plateforme ayant la visibilité et les ressources de la plateforme créée par le fournisseur tête de réseau. Mais si l'article 2 (7) devait devenir applicable, une telle initiative pro-concurrentielle du fournisseur entraînerait immédiatement la perte de l'exemption par catégorie, ce qui est un non-sens.

Il serait nécessaire de prévoir que l'art. 2 (7) n'est pas applicable aux plateformes créées par les têtes de réseaux exclusifs ou sélectifs et de limiter ce non-bénéfice du règlement d'exemption par catégorie aux énormes plateformes des GAFAs réalisant des milliards d'euros de chiffre d'affaires et peuvent avoir accès aux données confidentielles des fournisseurs vendant sur leurs plateformes.

2. Les limites excessives apportées à la nomination des agents commerciaux

Le projet de lignes directrices soumet le statut de véritable agent à un si grand nombre de conditions strictes et cumulatives qu'il devient presque impossible de nommer des agents alors même que le recours à ces intermédiaires est nécessaire pour répondre à l'évolution de la demande des clients. La contribution de l'International Distribution Institute a démontré que ces conditions auraient pour effet de considérer des contrats d'agence normaux comme ne répondant pas à la définition des véritables agents au sens du droit de la concurrence.

Le recours aux agents est déjà rendu difficile par le coût de ces intermédiaires (par exemple, est prévue en droit commercial français une indemnité automatique de deux ans de commissions, sauf en cas de manquement contractuel grave). Ajouter autant de restrictions conduirait à risquer de décourager définitivement les fournisseurs de recourir à des agents, même si leur rôle est économiquement justifié.

3. La nécessité d'admettre en cas de forte concurrence une distribution sélective quantitative au-delà du seuil de 30 % de parts de marché prévu par les lignes directrice

L'exemption par catégorie verticale est soumise à un seuil de part de marché de 30 %. Mais dans le cadre des lignes directrices actuelles pour la distribution automobile, compte tenu de la concurrence intense qui règne dans ce secteur, la Commission a admis que la sélection quantitative ne poserait normalement pas de problème au regard du droit de la concurrence jusqu'à 40 % de parts de marché. Étant donné que l'adoption du règlement d'exemption par catégorie pour le secteur automobile et de ses lignes directrices est reportée d'un an par rapport à l'entrée en vigueur du nouveau règlement d'exemption par catégorie, cette tolérance devrait être rappelée dans les lignes directrices verticales car les fournisseurs automobiles doivent pouvoir construire et imaginer leur stratégie de développement à l'aune du règlement d'exemption vertical applicable à leurs contrats de distribution de voitures neuves. Cette analyse de la concurrence sur le marché de la distribution des voitures neuves a été confirmée par le rapport d'évaluation dans ce secteur et par le fait que les parts de marché faciales des groupes automobiles tendent à sous-estimer l'intensité de la concurrence sur ce marché car les différentes marques d'un même groupe sont en concurrence les unes avec les autres.

4. Absence de possibilité de combiner de manière efficace la distribution exclusive et sélective en matière de commerce de gros

Bien qu'elle ait été envisagée au niveau de la précédente consultation, la Commission n'a pas incorporé l'idée d'un grossiste exclusif chargé de la gestion d'un réseau de distribution sélective au niveau de la vente au détail.

Toutefois, une solution couramment utilisée dans le cadre des systèmes de distribution sélective consiste à désigner un importateur dans un État membre au niveau du marché de gros afin de mettre en œuvre et d'organiser un système de distribution sélective en matière de commerce de détail. Cet importateur doit investir dans la création du réseau de distribution sélective au détail et doit donc être protégé contre les ventes actives d'autres importateurs. Un tel importateur n'a pas la fonction ou le rôle d'un simple revendeur. Il n'est pas sélectionné sur la base de critères spécifiques pour la vente dans un point de vente, mais pour sa capacité à investir, à organiser et à gérer un réseau de distribution. La possibilité de ventes actives en provenance d'autres importateurs ne devrait pas s'appliquer à de tels importateurs actifs au niveau du marché de gros. Le projet de règlement d'exemption par catégorie devrait donc être complété par la possibilité de désigner des importateurs ou des grossistes chargés de l'organisation d'un réseau de distribution sélective avec une restriction des ventes actives au niveau du marché de gros.

II. Observations relatives à l'encadrement de certains comportements spécifiques

A. Idées et tendances positives

1. L'actualisation de l'évaluation des ventes sur internet

La Commission a tenu compte du pouvoir de marché des ventes sur Internet. Le projet de règlement d'exemption par catégorie et le projet de lignes directrices prennent en considération le fait qu'il n'y a aucune raison aujourd'hui de penser que les ventes sur internet devraient être protégées de manière excessive. Internet a depuis longtemps gagné la bataille, il n'est donc plus nécessaire de le surprotéger avec des règles qui désavantagent les magasins physiques. Les magasins physiques traversent une crise sans précédent et doivent faire face à des coûts importants et croissants qui n'affectent généralement pas les sites web, ou pas au même degré. Le traitement préférentiel accordé aux ventes en ligne par les anciennes lignes directrices est devenu obsolète.

Tous les changements apportés dans les nouvelles lignes directrices à cet égard sont très positifs, notamment :

- la possibilité de restreindre les ventes sur les plateformes en ligne dans la lignée de l'arrêt Coty de la CJUE. La Commission européenne et l'AdIC ont reconnu la possibilité d'interdire ou de restreindre les ventes sur les plateformes et ont décidé que cette possibilité n'est pas limitée aux produits de luxe. Le BKA a interprété l'arrêt Coty a contrario comme ayant une portée qui serait limitée aux produits de luxe, ce qui est inexact. L'arrêt Coty considère également que la distribution sélective est possible pour les produits de luxe. Il n'est pas possible de faire une interprétation a contrario en affirmant que la distribution sélective n'est possible que pour les produits de luxe. Cette erreur de droit du BKA a maintenant été rectifiée ;
- la fin de la théorie de l'équivalence stricte des conditions ;
- et l'admission des prix duals.

2. Une définition plus neutre du comportement unilatéral

Les lignes directrices supplémentaires applicables au secteur automobile considèrent que le refus d'accepter un candidat dans un réseau de distribution sélective, bien que le candidat remplisse les critères de sélection, constitue automatiquement un accord avec les autres membres du réseau soumis au droit de la concurrence.

Ceci constitue une erreur. Le refus d'agréer un candidat dans un système de distribution sélective peut être dans certains cas un accord avec un ou plusieurs membres du réseau, par exemple si le fournisseur s'est mis d'accord avec ses distributeurs sur une sélection quantitative et qu'il refuse un candidat supplémentaire. Mais si un fournisseur refuse de traiter avec un candidat pour des raisons personnelles (par exemple : mauvaise conduite antérieure, mauvais résultats antérieurs, manquement antérieur aux obligations contractuelles, défaut de paiement des factures en temps voulu, manque de confiance, nombreuses actions contentieuses infructueuses et infondées intentées par l'ancien distributeur, etc.), il s'agit clairement d'un comportement unilatéral légitime et non pas d'un accord soumis au droit de la concurrence, même si le candidat répond aux critères qualitatifs. Même s'ils restent assez généraux, les développements du projet de projet de lignes directrices verticales sur la distinction entre accord et comportement unilatéral semblent être plus neutres, ce qui est positif.

3. Une réglementation plus pratique applicable aux obligations contractuelles de non-concurrence

De nombreux contributeurs ont fait valoir que la limite absolue et rigide de cinq ans pour bénéficier de l'exemption par catégorie pour les clauses contractuelles de non-concurrence était trop stricte et qu'il devrait être possible de prévoir des clauses de 5 ans renouvelables lorsque la partie contractante a la possibilité de ne pas renouveler le contrat ou d'y mettre fin, permettant également d'éviter les coûts de transaction liés à la renégociation. Le paragraphe 234 du projet de lignes directrices accepte que les obligations de non-concurrence qui sont tacitement renouvelables au-delà d'une période de 5 ans soient couvertes par l'exemption par catégorie, à condition que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord vertical contenant l'obligation, et ce, dans un délai raisonnable et à un coût raisonnable, permettant ainsi à l'acheteur de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans. Ce changement est positif mais devrait être mis en œuvre dans le règlement d'exemption par catégorie et pas seulement dans les lignes directrices.

B. Tendances et idées négatives

1. L'absence d'analyse efficiente et raisonnable de l'imposition du prix de revente

Tant que la concurrence inter-marques est vive, l'imposition du prix de revente présente plus d'avantages qu'il ne suscite de préoccupations. L'imposition du prix de revente est d'abord une incitation du distributeur à se concentrer sur la qualité du service. Il doit offrir des services préalables à la vente, des services de vente et d'après-vente afin de développer la clientèle. Les consommateurs exigent souvent que les prix soient les mêmes dans un même réseau. Ils ne comprennent pas pourquoi le même produit a un prix différent dans le même réseau et ont l'impression d'avoir été trompés si le même produit est proposé à un niveau de prix différent par certains distributeurs. L'imposition du prix de revente est également un moyen de protéger les clients contre les prix excessifs de certains membres du réseau, par exemple pour les pièces détachées dont les clients ont besoin. En outre, si les produits sont vendus à un prix de marché, fixé en fonction de la concurrence des autres marques, les distributeurs ne demanderont pas de rabais supplémentaires au fournisseur qui pourra investir dans la recherche, le développement de nouveaux produits, l'innovation, etc., ce qui ne serait pas possible s'il

devait constamment réduire le prix de revente par l'octroi de ristournes supplémentaires demandées par les distributeurs afin de concurrencer les prix bas de certains distributeurs de la même marque.

Le projet de règlement d'exemption par catégorie et les lignes directrices présentent deux problèmes majeurs en ce qui concerne l'imposition du prix de revente : ils sont encore extrêmement réticents à accepter la légalité de l'imposition du prix de revente même en cas de très forte concurrence inter-marques, ce qui va à l'encontre du consensus des économistes du monde entier et, en tout état de cause, ces projets n'offrent pas suffisamment de sécurité juridique en ce qui concerne la définition de l'imposition du prix de revente et les conditions qui devraient être remplies par les autorités de la concurrence pour démontrer l'existence d'une imposition d'un prix de revente qui demeurent trop imprécises.

2. Une trop stricte limitation de la qualification des contrats d'exécution

Selon le projet de lignes directrices, un contrat d'exécution ne constitue pas une imposition du prix de revente uniquement lorsqu'un acheteur exécute l'accord préalable entre le fournisseur et un utilisateur final spécifique et lorsque cet utilisateur final a renoncé au droit de choisir l'entreprise qui devrait exécuter l'accord. L'argument mis en avant dans le projet de lignes directrices pour écarter la qualification de prix imposé est que le prix de revente n'est plus soumis à la concurrence par rapport au consommateur final.

Mais cet argument s'applique dans tous les cas, dès lors que l'acheteur a consulté plusieurs fournisseurs, a négocié fortement avec eux pour obtenir le meilleur prix et a finalement choisi le fournisseur le plus compétitif, ce fournisseur étant chargé en contrepartie de faire exécuter le contrat localement et de faire livrer les marchandises par les différents membres de son réseau. La concurrence a été pleinement exercée. L'acheteur est satisfait du prix négocié avec le fournisseur et n'en attend pas plus. Par conséquent, l'exclusion des contrats d'exécution de l'imposition du prix de vente devrait être étendue à toutes les exécutions par tous les membres du réseau dans le cas d'un accord entre un fournisseur tête de réseau et un acheteur, laissant l'exécution de l'accord aux membres du réseau du fournisseur.

En résumé :

- la reconnaissance de l'exclusivité partagée est positive mais ne doit pas être limitée par des conditions supplémentaires ;
- la meilleure protection de la distribution exclusive est positive ;
- la meilleure protection de la distribution sélective doit être saluée ;
- les limitations combinées à l'exemption par catégorie de toutes les formes de distribution duale constituent une erreur à rectifier ;
- les limites à la nomination des agents commerciaux sont tout à fait excessives ;
- la distribution sélective quantitative devrait être admise, en cas de forte concurrence, jusqu'à 40 % de parts de marché ;
- la possibilité de combiner de manière efficace la distribution exclusive et la distribution sélective devrait être reconnue au niveau du commerce de gros ;
- la réévaluation du régime des ventes sur internet est très positive ;
- la définition plus neutre du comportement unilatéral est à saluer ;
- la réglementation plus pratique des obligations contractuelles de non-concurrence est positive ;
- les projets devraient être complétés par une analyse plus efficiente et raisonnable de l'imposition du prix de revente ;

- la qualification des contrats d'exécution devrait être étendue.