

L'ÉVÉNEMENT DU MOIS

La version définitive du règlement vertical et de ses lignes directrices : un texte assez positif, favorable à la protection des réseaux de distribution et à leur bon fonctionnement, en dépit de quelques imperfections.

La Commission européenne vient de publier le 10 mai 2022 le texte définitif de son règlement et de ses lignes directrices sur les restrictions verticales applicables en particulier aux accords de distribution. Ce texte est à saluer car, issu d'une véritable concertation de la Commission avec les parties prenantes de l'ensemble de l'Union, il tient compte de nombreuses observations des tiers, en particulier des entreprises, des organisations professionnelles et de leurs conseils, qui ont contribué à améliorer les projets initiaux. Globalement, les textes issus des consultations menées par la Commission sont plutôt positifs pour les réseaux de distribution : ils sont favorables à la protection des réseaux et à leur bon fonctionnement même s'ils sont affectés de quelques imperfections.

I. Une meilleure protection des réseaux de distribution

A. Les points positifs

L'on peut d'abord se réjouir du maintien d'une exemption par catégorie simple à appliquer, fondée sur la détention d'une part de marché du fournisseur inférieure ou égale à 30 % sur le marché de la vente des biens ou services contractuels et d'une part de marché de l'acheteur également inférieure à 30 % (mais calculée, de façon raisonnable, non sur son marché local mais sur le marché amont des achats) et l'absence de clauses noires ou rouges. Le maintien de cette règle classique d'exemption par catégorie s'accompagne d'un certain nombre d'innovations bienvenues qui vont dans le sens d'une meilleure prise en considération et protection des réseaux de distribution.

1) La distribution exclusive

Le régime de la distribution exclusive ne tenait pas compte de certaines évolutions nécessaires de ce type de distribution et surtout était devenu insuffisamment protecteur de l'exclusivité consentie aux distributeurs, qui s'était

réduite en pratique comme une peau de chagrin. La Commission a entendu les doléances des têtes de réseau sur ces deux points.

a) La reconnaissance d'une faculté de distribution exclusive partagée

Il s'agissait d'une revendication ancienne des réseaux de distribution de matériels accessoires aux tracteurs. Les zones de chalandise en matière de tracteurs sont assez étendues et il peut être nécessaire de désigner plusieurs distributeurs de matériels agricoles de complément sur une zone de chalandise plus importante. La Commission avait accepté l'idée dans ses premiers projets en autorisant la nomination d'un nombre restreint de distributeurs exclusifs pour une même zone exclusive ou une même clientèle exclusive. Elle avait cependant conditionné l'exclusivité partagée à une détermination au prorata du territoire ou de la clientèle allouée de manière à garantir un certain volume d'activité qui préserve les efforts d'investissement des distributeurs. Cette condition, source d'insécurité juridique et sans doute nid à procès ultérieurs, a heureusement été abandonnée. Dans la version finale du texte, la Commission a choisi d'autoriser, pour bénéficier de l'exemption, un nombre maximal de cinq acheteurs (art. 1er, par. 1, point h, du règlement). Cette innovation, très positive, permet de tenir compte des besoins d'un secteur traditionnellement attaché à la distribution exclusive.

b) Une meilleure protection des distributeurs exclusifs contre les ventes actives des autres territoires

Elargie, la définition des ventes actives prend désormais mieux en considération le ciblage actif des clients par internet, notamment par l'exploitation d'un site internet dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires spécifiques, ou le fait de proposer sur un site internet des langues communément

utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le territoire sur lequel l'acheteur est établi (art. 1er, par. 1, point l du règlement). Il était utile de redonner un peu plus de substance au contenu de l'exclusivité, mis à mal par le développement des ventes en ligne.

c) Une faculté d'extension de la restriction des ventes actives aux clients directs du distributeur exclusif (clause dite de pass on)

Il sera possible de restreindre non seulement les ventes actives du distributeur exclusif lui-même sur un autre territoire exclusif mais également celles de ses clients directs (art. 4, point b, i du règlement). Cette faculté permettra d'éviter certains contournements de l'interdiction des ventes actives hors zone d'exclusivité.

d) La possibilité, en cas d'adoption de différents systèmes selon les pays, de protéger les distributeurs exclusifs contre les ventes actives des distributeurs sélectifs (ou libres) et de leurs clients directs vers les territoires ou clientèles exclusifs

Le règlement reconnaît la faculté de recourir à des systèmes de distribution différents selon les Etats membres (sélectifs, exclusifs ou libres) et, dans ce cas, d'éviter que l'exclusivité accordée dans les Etats sous distribution exclusive ne soit mise à mal par les ventes actives en provenance des Etats dans lesquels a été mise en place une distribution sélective ou libre.

2) La distribution sélective

a) Une faculté d'extension de l'interdiction des reventes hors réseau aux clients directs du distributeur sélectif (clause dite de pass on)

Il sera possible de restreindre non seulement les ventes hors réseau du distributeur sélectif à des distributeurs non agréés situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélec-



tive est mis en place, mais également celles des clients du distributeur sélectif (art. 4, point c, i), (2), du règlement). Cette faculté permettra d'éviter certains contournements de l'interdiction de revente hors réseau. L'on pense en particulier aux ventes des distributeurs sélectifs à de gros clients ou loueurs qui pourraient être tentés de revendre les produits sélectifs au lieu de les utiliser pour leurs propres besoins. Ces clauses pourraient s'avérer très utiles dans le secteur automobile ou celui des satellites.

b) La possibilité, en cas d'adoption de différents systèmes selon les pays, de protection des distributeurs sélectifs contre les ventes des distributeurs exclusifs (ou libres) et de leurs clients vers les territoires sélectifs

Le règlement reconnaît la faculté de recourir à des systèmes de distribution différents selon les Etats membres (sélectifs, exclusifs ou libres) et, dans ce cas, d'éviter que l'interdiction de revente hors réseau en vigueur dans les pays sélectifs ne soit mise à mal par les ventes actives ou passives à des revendeurs hors réseau en provenance des distributeurs exclusifs et de leurs clients des Etats dans lesquels a été mise en place une distribution exclusive (art. 4, (b), ii, du règlement). Une règle similaire a été prévue pour les distributeurs libres vis-à-vis des pays sélectifs (art. 4, (d), i, du règlement).

3) La distribution libre (ni exclusive, ni sélective)

Pour la première fois, un corpus de règles précise les conditions dans lesquelles la distribution libre (ni exclusive, ni sélective) peut bénéficier de l'exemption par catégorie (article 4, (d) du règlement).

4) Une reconnaissance plus large de la légitimité de la distribution duale (ou double distribution) par rapport aux projets initiaux de la Commission

La distribution duale correspond à un système de double distribution aux clients finals, d'une part par les distributeurs du fournisseur, d'autre part par le fournisseur lui-même sous forme de ventes directes (par ses succursales ou filiales, ou en ventes directes aux grands comptes ou par internet). Les projets initiaux de la Commission auraient privé la quasi-totalité des réseaux de distribution du bénéfice de l'exemption par catégorie. Ils soumettaient en effet la distribution duale à un carcan de conditions impossibles sinon très difficiles à remplir : exemption totale de l'accord seulement en cas de détention d'une part de marché cumulée sur le marché aval, local, inférieure à 10 %, dépassée dans le cas de la plupart des réseaux et souvent très difficile à calculer ; soumission de l'exemption à l'absence de toute restriction par objet, non définie, etc. Eu égard à l'avalanche de critiques suscitées par ce projet, la Commission a mis beaucoup d'eau dans son vin et a accepté d'exempter la distribution duale

de façon plus souple et plus raisonnable.

Le seuil de 10 % a été abandonné, de même que la condition d'absence de restriction par objet. Les échanges d'informations entre fournisseur et distributeurs concurrents en cas de double distribution font l'objet d'un régime plus réaliste (art. 2, point 5 du règlement). L'exemption ne s'applique pas aux échanges d'informations entre le fournisseur et l'acheteur qui soit ne sont pas directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical, soit ne sont pas nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels ou qui ne remplissent aucune de ces deux conditions. Malheureusement, la privation du bénéfice de l'exemption par catégorie en cas de plateforme hybride n'a pas été supprimée ou encadrée par le règlement, ce qui constitue un défaut majeur du texte.

B. Les points négatifs

1) L'exclusion anormale du bénéfice du règlement de la distribution duale en cas de prestation de services d'intermédiation en ligne

Le bénéfice de l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le prestataire des services d'intermédiation en ligne est une entreprise concurrente sur le marché en cause pour la vente des biens ou services objet de l'intermédiation (art. 2, point 6 du règlement).

La Commission a été alertée sur les effets pervers de cette exclusion dans le cadre d'une double distribution aux fournisseurs qui offrent à leurs distributeurs la faculté d'effectuer des ventes sur un site internet mis à leur disposition par le fournisseur. Cette possibilité pourrait en faire des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne et les priver du bénéfice de l'exemption par catégorie alors qu'ils rendent un service d'assistance à leurs distributeurs.

La Commission a tenu compte de ces critiques, mais de façon très insatisfaisante. Les nouvelles lignes directrices verticales indiquent à la section 4.4.4 que la Commission n'estime pas prioritaire l'examen au titre des règles de concurrence des accords verticaux conclus par des plateformes hybrides lorsque l'accord ne contient pas de restrictions par objet et que la plateforme ne dispose pas d'un pouvoir de marché significatif.

Cette déclaration ne résout pas le problème. De nombreux réseaux sélectifs risquent d'être privés du bénéfice de l'exemption par catégorie du fait du maintien de l'exclusion de toutes les plateformes hybrides. Il importe peu que la Commission n'en fasse pas un axe de sa politique de concurrence. Pour agir contre des revendeurs hors réseau, une tête de réseau doit prouver la licéité de son réseau. La charge de la preuve repose sur elle. En principe, le règlement est censé lui faciliter la tâche. Du fait de

l'absence de bénéfice de l'exemption par catégorie, il sera beaucoup plus difficile aux têtes de réseaux de défendre les réseaux sélectifs en justice, ce qui est pour le moins paradoxal.

2) Les limites excessives à la reconnaissance de la qualité d'agent

Les lignes directrices (points 23 à 45) soumettent la reconnaissance du statut d'agent au sens du droit de la concurrence à l'absence de prise en charge par ce dernier de la totalité des coûts spécifiques aux contrats conclus et/ou négociés par lui, des coûts relatifs aux investissements spécifiques au marché ainsi qu'aux risques relatifs à d'autres activités exercées sur le même marché de produits lorsque cette activité indépendante est requise par le fournisseur (ou en cas de prise en charge, à condition qu'elle demeure absolument non significative). Le luxe de détails relatifs à la prise en charge de ces coûts par le fournisseur et la rigueur probatoire qui lui est imposée risquent de rendre le recours aux agents extrêmement complexe et de le décourager alors qu'il s'agit d'un mode de commercialisation qui devrait au contraire être encouragé, le droit commercial rendant déjà le recours aux agents commerciaux très coûteux.

II. De meilleures règles de fonctionnement des réseaux de distribution

Outre une clarification des obligations de parité (exclusion de l'exemption par catégorie des obligations de parité étendues comprenant les conditions offertes sur d'autres plateformes mais exemption des obligations de parité restreintes aux canaux de vente directe), le nouveau règlement et surtout les lignes directrices apportent des améliorations au fonctionnement des réseaux même si certaines questions ne sont pas réglées de manière satisfaisante.

A. Les points positifs

1) Une atténuation du régime de faveur des ventes par internet

Alors que les lignes directrices antérieures avaient adopté un régime visant à favoriser les ventes par internet par rapport aux ventes physiques, les nouvelles lignes directrices rectifient le tir et s'efforcent de garantir davantage de neutralité. La Commission a pris conscience qu'il n'était certainement plus nécessaire de favoriser les ventes digitales par rapport aux ventes physiques.

Elle abandonne deux principes : l'interdiction des prix duaux de gros à un même distributeur selon qu'il revend en magasin physique ou par internet et l'équivalence des conditions. Il sera désormais possible de pratiquer des prix de gros différents envers un même distributeur selon qu'il revend par internet ou en magasin physique sous réserve que la différence de prix soit liée à des différences de coûts ou d'investissement entre ventes physiques et par internet. De même, dans un système de distribution sélective, les critères relatifs aux ventes par internet n'auront plus à être



globalement équivalents à ceux exigés pour les magasins physiques, pour tenir compte des différences inhérentes aux deux canaux de distribution, sous réserve de ne pas avoir pour objet d'empêcher les ventes par internet.

2) Une plus grande souplesse à l'égard des obligations de non-concurrence renouvelables par tacite reconduction

Jusqu'à présent, pour bénéficier de l'exemption par catégorie, les obligations de non-concurrence ne pouvaient ni être à durée indéterminée, ni excéder 5 ans, ni être tacitement renouvelables au-delà de 5 ans. Désormais, des obligations de non-concurrence contractuelles renouvelables tacitement au-delà de 5 ans pourront être convenues sous réserve que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier le contrat de façon effective de façon à pouvoir en sortir et changer de fournisseur de manière effective au terme des 5 ans. La Commission a entendu les doléances des fournisseurs qui se plaignaient de cette contrainte qui obligeait les parties à résilier les contrats et à renégocier les conditions contractuelles à chaque terme de 5 ans.

B. Les points négatifs

1) Une défiance persistante envers toute forme de prix imposés

Le règlement et les lignes directrices reflètent toujours une défiance généralisée envers les prix imposés alors que l'analyse économique a démontré que leurs effets n'étaient pas nécessairement anticoncurrentiels. Il existe certes dans les lignes directrices un certain nombre de cas d'admission de pratiques de prix imposés, mais la charge de la preuve de leur légitimité semble devoir écarter toute application pratique. Si l'on ajoute le fait que le droit français semble être passé d'un triple test à un simple double test d'évocation de prix imposés et d'acceptation, le droit positif semble de plus en plus éloigné des enseignements de l'analyse économique en ce domaine.

2) Une admission trop limitée des contrats d'exécution

Seule véritable innovation en matière de prix imposés : les contrats d'exécution ne sont plus considérés comme vecteurs de prix imposés à condition que le contrat conclu par le fournisseur soit confié par celui-ci à un distributeur pour son exécution sans choix possible

par l'acheteur. Il s'agit d'une reconnaissance très timide des contrats d'exécution qui ne correspond pas aux besoins du marché, les clients souhaitant en général pour des raisons de sécurité d'approvisionnement avoir le choix entre plusieurs distributeurs.

La révision du règlement a conduit à des améliorations notables en termes de sécurité juridique et d'efficacité des réseaux, mais le régime des restrictions verticales est toujours affecté d'un certain nombre d'imperfections auxquelles il conviendrait de remédier. Bien entendu, les facultés ouvertes par le règlement ne s'appliquent pas automatiquement mais exigent un travail d'adaptation des contrats afin de pouvoir en bénéficier.

Règlement 2022/770 du 10 mai 2022,
JOUE L 134 du 11 mai 2022
Lignes directrices du 10 mai 2022, en attente
de publication au JOUE

