

## LA DÉCISION DU MOIS

### En l'absence d'un lien de causalité entre les pratiques anticoncurrentielles et les dommages subis par les concurrents après leur cessation, l'action en réparation est rejetée

En 2008, une filiale d'Engie saisit le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par les sociétés EDF et EDF ENR et EDF ENR Solaire dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque par les particuliers qui seront successivement établies par l'Autorité de la concurrence (V. AdIC, 8 avr. 2009, LawLex091334, prononçant des injonctions à l'encontre d'EDF en vue faire cesser les pratiques, susceptibles d'être abusives ; 17 déc. 2013, LawLex141900, ayant condamné les pratiques à hauteur de 13,8 millions d'euro), la Cour d'appel de Paris (Paris, 21 mai 2015, LawLex15657) et la Cour de cassation (27 sept. 2017, LawLex171587). Prenant appui sur ces décisions, dix entreprises du secteur ont assigné l'opérateur historique et ses filiales, devant le Tribunal de commerce de Paris, en réparation du préjudice qu'elles auraient subi du fait des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre. Le tribunal ayant déclaré leur action prescrite, ces sociétés ont interjeté appel de son jugement.

Sur la prescription, les appelantes soutenaient que le tribunal avait fixé à tort le point de départ de la prescription quinquennale au jour du prononcé des mesures conservatoires. Subsidièrement, elles faisaient valoir que même en retenant cette date comme point de départ de la prescription, l'action ne serait pas prescrite.

La Cour d'appel de Paris valide cette argumentation : les décisions de mesures conservatoires sont temporaires et ne font qu'établir qu'une pratique « est susceptible » d'enfreindre le droit de la concurrence ; elles visent essentiellement à mettre fin de manière urgente à des atteintes à la concurrence, et non à sanctionner une pratique factuellement et juridiquement établie ; de plus, elles renvoient l'examen

de certains griefs à l'instruction, qui, finalement, ne seront pas retenus dans la décision au fond.

Dès lors, le délai de prescription de l'action en réparation des appelantes doit courir à partir de de la décision de condamnation au fond de l'Autorité, et non de la décision de mesures conservatoires en date du 8 avril 2009. Et, quand bien même cette dernière date serait retenue, l'action en réparation litigieuse, exercée le 11 décembre 2014, n'en serait pas pour autant prescrite : du fait de l'application immédiate de la loi Hamon, dont une disposition prévoit que l'ouverture d'une procédure devant l'Autorité interrompt la prescription, le délai aurait cessé de courir depuis la saisine de l'Autorité jusqu'à sa décision en date du 17 décembre 2013, puis de l'appel formé à son encontre, jusqu'à l'arrêt, devenu définitif, de la Cour d'appel de Paris du 21 mai 2015.

*Moins détaillées dans leur motivation, susceptibles d'être remises en cause par une décision au fond, les décisions de mesures conservatoires ne peuvent constituer la base d'une connaissance des pratiques par les victimes de nature à leur permettre d'agir en réparation.*

Sur le fond, les appelantes demandaient réparation, pour la période 2009 à 2014, des pratiques commises entre 2007 et avril 2009 par EDF, qui ont été sanctionnées par l'Autorité et ont pris fin lors des mesures conservatoires en avril 2009. Selon elles, les pratiques se seraient poursuivies sous d'autres formes (utilisation de la notoriété du groupe ; dénigrement ; entretien artificiel d'une activité déficitaire).

Sur l'existence de fautes civiles, la Cour relève que l'arrêt du 21 mai 2015 a définitivement établi deux abus de position dominante qui ont consisté, pour EDF, à user de moyens matériels et immatériels ainsi que d'informations privilégiées pour

avantager sa filiale, chaque comportement constituant une faute civile. En revanche, elle écarte les nouvelles pratiques alléguées, en l'absence de continuité établie entre celles-ci et les abus constatés. Sur le lien de causalité, elle n'exclut pas que les pratiques d'éviction d'EDF, sanctionnées par l'Autorité pour la période de 2007 à avril 2009, aient pu avoir des effets structurants à moyen terme sur les plaignants, même après leur cessation. Toutefois, le lien de causalité entre ces abus et les éventuels dommages subis par les concurrents après leur cessation, « qui relève d'un niveau d'évidence plus complexe à établir que les dommages contemporains des pratiques », fait défaut en l'espèce : les nouvelles pratiques reprochées à EDF ne constituent pas le prolongement des abus sanctionnés, aucune continuité n'étant établie sur la période d'indemnisation sollicitée de 2009 à 2014 et quatre des appelantes étant entrées sur le marché photovoltaïque après la période infractionnelle retenue ou à la toute fin de celle-ci.

En outre, les appelantes qui prétendent avoir subi, plus d'un an après la cessation des comportements abusifs, une baisse du taux de conversion - à savoir du nombre de prospects concluant un contrat avec elles après avoir consulté leurs offres - et demandent réparation pour la perte des bénéfices futurs sur une période de quatre années alors même que le secteur a traversé à compter de 2010 une crise sans précédent qui a compromis la rentabilité de ses acteurs, ne versent aux débats aucun élément permettant d'attester que les pratiques sanctionnées auraient continué d'influencer les prospects après leur arrêt.

#### SANCTIONS CIVILES

Cour d'appel de Paris  
9 mars 2019  
LawLex19300



## La DIRECCTE peut infliger des amendes administratives pour des dépassements de délais de paiement commis avant l'entrée en vigueur de la loi Hamon.

En 2015, une entreprise s'est vu infliger une amende administrative de 375 000 euro pour des dépassements de délais de paiement commis en 2013. L'entreprise a saisi le tribunal administratif d'une demande d'annulation de la sanction, à laquelle il a été fait droit. Selon les premiers juges, les dispositions de l'article L. 441-6 du Code de commerce dans leur rédaction en vigueur à compter du 17 mars 2014 ne pouvaient s'appliquer à des faits commis en 2013. Le ministre de l'Économie, au soutien de son appel, fait valoir que les dispositions de la loi Hamon, qui prévoient une amende comprise entre 75 000 et 375 000 euro, sont plus douces que les anciennes, qui permettaient de sanctionner les manquements constatés par une amende civile pouvant atteindre 2 millions d'euro. En outre, la loi du 17 mars 2014 constituerait une loi de procédure, immédiatement applicable.

De fait, la cour constate que la loi Hamon n'a pas modifié les délais maximaux de paiement, ni réduit ou étendu la consistance de l'infraction, mais a substitué à l'amende civile un régime de sanction administrative ayant le même objet, qui peut se traduire par une amende d'un montant maximal de 375 000 euro.

Selon la cour, la nouvelle loi n'a « *donc pas procédé à la suppression d'un régime de sanction indissociable d'une réglementation antérieure à laquelle il aurait été mis fin, mais [s'est] limité[e] à modifier les règles de compétence et de procédure au terme desquelles sont adoptées les sanctions infligées, tout en réduisant le plafond des peines encourues, l'initiative en revenant toujours à un agent du ministre de l'Économie et des Finances* ». Il s'agit bien d'une loi pénale plus douce. Aussi le tribunal administratif a-t-il écarté à tort l'application du nouvel article L. 441-6 aux faits commis en 2013.

La cour écarte par ailleurs les griefs tirés de la violation des droits de défense de l'entreprise car l'Administration a suivi toutes les étapes procédurales prévues par l'actuel article L. 470-2 du Code de commerce. Le seul fait que les observations présentées n'aient pas convaincu la DIRECCTE ne suffit pas à faire douter du respect du principe du contradictoire. Par ailleurs, l'article 6 CEDH ne peut être invoqué pour critiquer le cumul des fonctions de constatation des infractions et d'instruction par l'Administration dans le cadre de la procédure en cause.

Enfin, l'entreprise dénonçait le caractère disproportionné de la sanction. La

cour balaie l'argument : selon elle, la DIRECCTE a tenu compte de l'ampleur des retards constatés, du volume d'affaire concerné, ainsi que de la situation économique de l'entreprise et du secteur où elle intervient. En l'occurrence, les 375 000 euro d'amende infligés sanctionnent des retards de paiement de plus de 16 jours en moyenne, au détriment de 78 fournisseurs, portant sur un montant total de factures de plus de 17 millions d'euro.

À l'avenir, sous l'empire de la loi Sapin II, une telle affaire pourrait théoriquement donner lieu à 78 amendes d'un montant compris entre 75 000 et 375 000 euro. Dans sa pratique, l'Administration a cependant fait preuve jusqu'à présent de mesure dans l'application du texte en limitant le cumul des sanctions par catégories de retard : une amende est prononcée pour les retards sur les délais LME et une autre pour ceux sur les délais transports et non par retard de paiement.

### DÉLAIS DE PAIEMENT

Cour administrative d'appel  
de Marseille  
25 février 2019  
LawLex19283

★★★

## Nouvelle divergence entre les formations de la Cour d'appel de Paris : l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce revêt-il ou non le caractère d'une loi de police ?

Récemment nous commentions deux arrêts rendus par le pôle 5, chambres 4 et 6, de la Cour d'appel de Paris qui confirmaient un solide courant jurisprudentiel conférant à l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce la qualité de loi de police dans l'ordre international et sa faculté d'éviction de la loi étrangère choisie par les parties lorsque le litige présente un lien de rattachement suffisant avec la France (V. Paris, 19 déc. 2018, LawLex182008 et 9 janv. 2019, LawLex1910, CDC 01/2019). Ce bel édifice vient de s'écrouler avec un nouvel arrêt rendu par la chambre 5 du même pôle.

Dans cette affaire, les parties à un accord international de distribution exclusive avaient décidé que le droit néerlandais s'appliquerait à l'ensemble des litiges nés du contrat. Lors de la rupture des relations, le fournisseur a saisi les juridictions françaises pour obtenir la condamnation du distributeur au règlement d'un arriéré de factures. Les juges du fond ont retenu sa responsabilité dans la rupture, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce et l'ont condamné à des dommages-intérêts se compensant avec ses propres demandes (Paris, 8 oct. 2015, LawLex151245). La Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel : les juges du fond ne pouvaient écarter la loi choi-

sie par les parties en se fondant de façon inappropriée sur le caractère délictuel de l'action (Cass. com., 21 juin 2017, LawLex171115).

Devant la cour de renvoi, le distributeur fait valoir qu'en saisissant les juridictions françaises, le fournisseur a renoncé à l'application du droit néerlandais. Par ailleurs, le caractère de loi de police de l'article L. 442-6 justifie la mise à l'écart de la loi étrangère. Ces arguments n'ont pas convaincu la Cour d'appel de Paris. Celle-ci souligne en premier lieu que la saisine du juge national ne peut s'interpréter comme une renonciation à la loi du contrat, mais comme la simple application des stipulations de la clause attributive de compétence, qui permettaient au fournisseur de soumettre les litiges au tribunal dans le ressort duquel le distributeur a son siège. Comme le souligne la cour, il y a lieu de traiter distinctement la question de la compétence de celle de la loi applicable, rien n'empêchant le juge français d'appliquer le droit étranger.

Surtout, la cour écarte la qualification de loi de police invoquée par le distributeur. En effet, selon le juge, ne relèvent de cette catégorie que les dispositions dont le respect est jugé « *crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics* », tels que « *son organisation politique, sociale*

*ou économique* », « *au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat* ». Les considérants du Règlement Rome I rappellent d'ailleurs que le recours à la loi de police pour évincer le choix des parties n'est justifié que dans des « *circonstances exceptionnelles* ». Or, selon la cour, l'article L. 442-6 assure la protection « *d'intérêts économiques purement privés* », dont la jurisprudence « *comment[ce] à [...] exclure certaines catégories de personnes* ». Les premiers juges ne pouvaient donc écarter l'application au litige de la loi choisie par les parties.

Cette divergence d'interprétation entre les différentes formations de la Cour d'appel de Paris nuit gravement à la sécurité juridique des entreprises, alors que la spécialisation des juridictions a notamment pour objet d'éviter les divergences entre elles. Encore une fois, il faudra attendre que la Cour de cassation joue son rôle unificateur pour que la jurisprudence retrouve une certaine stabilité.

### RUPTURE BRUTALE DE RELATIONS COMMERCIALES ETABLIES

Cour d'appel de Paris  
28 février 2019  
LawLex 19299

☹



## L'Autorité de la concurrence recourt à un engagement « fix-it-first » pour autoriser une concentration.

En novembre dernier, le groupe Dr Oetker a notifié à l'Autorité de la concurrence son intention de prendre le contrôle exclusif de la société Alsa France et des actifs incorporels nécessaires à la fabrication et la commercialisation des produits alimentaires sous marque Alsa et Moench. Procédant à la délimitation des marchés pertinents, l'Autorité constate d'abord qu'il y a lieu de distinguer, du point de vue de la demande, les aides à la pâtisserie et les desserts à préparer, dès lors que les premières constituent des matières premières qu'il faut rassembler et manipuler pour obtenir un dessert tandis que les seconds sont des produits quasi-finis qui nécessitent au plus l'addition de produits frais et des manipulations limitées. Du point de vue de l'offre, toute substituabilité peut également être exclue dès lors que les aides à la pâtisserie ne sont pas produites sur les mêmes lignes que les desserts à préparer, tant au niveau de la production des produits que de leur conditionnement. En revanche, il existe une certaine complémentarité entre les aides à la pâtisserie et les desserts à préparer car le consommateur qui achète une préparation pour gâteau peut être susceptible de compléter cet achat avec des bougies, du nappage ou de la décoration. Concernant le marché des aides à la pâtisserie, l'Autorité précise qu'il regroupe

des produits aux caractéristiques et aux usages distincts : appartiennent à ce marché, même si leur fonction est différente, la levure chimique, destinée à faire lever une pâte et les vermicelles de sucre, utilisés pour décorer un gâteau, dès lors qu'ils participent tous deux à la préparation d'un dessert (V. sur l'existence d'un marché global de l'outillage à main, Paris, 17 mai 1994, LawLex023055). Après avoir écarté tout risque d'effet horizontal sur le marché de la fabrication et de la commercialisation aux grandes et moyennes surfaces (GMS) d'aides à la pâtisserie, l'Autorité considère en revanche que la concentration serait de nature à produire des effets horizontaux sur le marché de la fabrication et de la commercialisation aux GMS de desserts à préparer : la nouvelle entité disposerait d'une part de marché comprise entre 50 et 60 % sur un marché incluant les marques de fabricant (MDF) et les marques de distributeur, ou entre 70 et 80 % sur un marché limité aux seuls produits commercialisés sous MDF, l'incrément de part de marché associé à l'opération se situant entre [10-20] et [20-30] points ; en réunissant les deux opérateurs les plus proches, qui détiennent chacun une marque considérée comme incontournable et dont la gamme de produits est inégalée, la concentration conduirait à la disparition de la contrainte concurren-

tielle significative qu'ils exerçaient l'un sur l'autre ; en outre, à défaut d'alternative crédible aux produits des parties, la capacité des GMS à déréférencer la nouvelle entité apparaît relativement improbable. Pour remédier aux problèmes de concurrence soulevés, l'Autorité a donc eu recours, pour la troisième fois seulement (V. AdlC, 23 nov. 2009, LawLex10124 ; 15 mai 2015, LawLex15714), à un engagement de « fix-it-first » dont le principe consiste en ce que l'identité du repreneur des actifs concernés par la mesure corrective soit connue avant la décision d'autorisation, ce qui permet de générer un gain procédural certain en réduisant l'incertitude et le délai de mise en œuvre de l'engagement du fait de la suppression de la période de recherche et d'agrément du repreneur. En l'occurrence, la concentration est autorisée sous réserve de la conclusion d'un contrat de licence de marque portant sur les desserts à préparer Ancel, pour une durée de cinq ans, renouvelable une fois aux mêmes conditions, avec le groupe proposé par la nouvelle entité, à savoir le groupe Sainte Lucie.

### CONCENTRATIONS

Autorité de la concurrence  
29 janvier 2019  
LawLex19290



## Le dévoiement des procédures de référés n'aura pas lieu : un distributeur régulièrement résilié ne peut obtenir la continuation forcée de son contrat.

Comme nous le signalions en décembre dernier, un constructeur avait résilié, en novembre 2018, le contrat de l'une de ses plateformes régionales de vente de pièces détachées après avoir découvert que celle-ci approvisionnait une société tierce qui les revendait massivement en ligne. La plateforme avait saisi le juge des référés d'une demande de continuation forcée du contrat jusqu'à l'intervention d'un accord transactionnel ou d'une décision judiciaire apportant une solution définitive au différend opposant les parties. Invoquant le risque de destruction de 52 emplois, elle avait obtenu gain de cause (V. T. com. Paris, 5 déc. 2018, LawLex181878).

Le constructeur, qui a interjeté appel, fait valoir que la résiliation procède de la mise en œuvre régulière d'une clause résolutoire pour faute grave après mise en demeure infructueuse, fondée sur la violation d'une clause d'étanchéité licite. Aucun trouble illicite ne peut donc en résulter. Par ailleurs, il estime que le dommage allégué s'avère purement hypothétique, puisque les salariés concernés ne sont pas affectés à la seule activité litigieuse, de sorte que leur licenciement ne présente aucun caractère certain.

Pour sa défense, la plateforme indique

que le contrat n'a pas été valablement résilié, car la mise en demeure de cesser les agissements dénoncés a été notifiée par une société du groupe du constructeur tierce au contrat. Elle précise que le tiers revendeur, avec lequel elle ne maintient des relations que pour les besoins de son activité de réparation, a définitivement désactivé son site Internet. Enfin, elle agit de nouveau le risque social.

De l'avis de la cour, le contrat autorise la vente à tous types de réparateurs, qu'ils soient ou non agréés, à la seule condition que leur activité ne consiste pas à acheter des pièces de rechange pour les revendre, mais uniquement à entretenir ou réparer des véhicules. Or, en l'occurrence, le tiers revendeur ne se limite pas à un rôle de réparateur, mais se présente comme un acteur de la revente de pièces de rechange, comme le confirme le volume de ses achats auprès du distributeur. Ceux-ci, qui atteignent les 4 millions d'euro, ne peuvent vraisemblablement pas être exclusivement consacrés à une activité de réparation. La violation de la clause d'interdiction de revente hors réseau étant patente, la résiliation immédiate du contrat était justifiée. La cour constate par ailleurs que la mesure a été notifiée par une per-

sonne habilitée à le faire, puisque le courrier en cause était signé par le représentant du constructeur.

Une telle résiliation, parfaitement régulière, ne pouvait donc être la source d'un dommage imminent ou d'un trouble illicite. La cour en conclut, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation (V. Cass. com, 28 nov. 2006, LawLex062456), que « la reprise, même provisoire d'un contrat résilié de plein droit n'entr[e] pas dans les pouvoirs du juge des référés ».

Saluons cette solution : un contrat régulièrement résilié ne peut survivre indéfiniment (V. en matière de distribution sélective, validant le refus d'agrément opposé à un distributeur régulièrement résilié, Paris, 30 sept. 2015, LawLex151190), sauf à remettre en cause le principe de l'interdiction des contrats perpétuels et le droit constitutionnel de rompre un contrat.

### DISTRIBUTION AUTOMOBILE

Cour d'appel de Paris  
20 février 2019  
LawLex19237





## Les enjeux de la révision du règlement sur les restrictions verticales

Les conditions d'exemption des accords verticaux entre fournisseurs et distributeurs ou acheteurs sont définies par le règlement 330/2010 de la Commission. Ce dernier exempt de plein droit tous les accords qui ne contiennent pas certaines restrictions de concurrence (clauses noires et rouges), dès lors que le fournisseur et l'acheteur détiennent moins de 30 % de parts de marché. Le règlement général actuel et les règlements antérieurs ont structuré l'ensemble des contrats de distribution, d'approvisionnement et de fourniture en Europe. Tous les opérateurs économiques se sont efforcés de remplir ses conditions afin de bénéficier de la zone de sécurité (*safe harbor*) résultant de l'exemption automatique de leurs accords. Même lorsque le droit européen de la concurrence n'est pas applicable, le règlement est utilisé à titre de guide d'analyse utile dans l'application du droit national. Le règlement 330/2010 arrivera à expiration le 31 mai 2022. La Commission a lancé une consultation le 3 octobre 2018 en vue de son évaluation. Elle s'interroge sur son efficacité (les objectifs ont-ils été atteints ?), sa rentabilité (les coûts encourus ont-ils été proportionnés aux bénéfices ?), sa pertinence (l'action de l'UE est-elle encore nécessaire ?), sa cohérence (avec d'autres réglementations) et la valeur ajoutée de l'UE. Après une consultation de brève durée sur les principes généraux de la roadmap rendue publique le 6 novembre 2018, à laquelle seules 24 contributions ont été apportées pour toute l'Europe (dont celle de notre cabinet), la Commission a diffusé un important questionnaire pour lequel elle attend des réponses jusqu'au 27 mai 2019. Compte tenu du caractère structurant du règlement, notamment pour l'ensemble des réseaux de distribution, il est indispensable de connaître les enjeux de sa révision et vivement conseillé de faire valoir son point de vue, les absents au débat ayant une grande probabilité de ne pas voir leurs besoins pris en considération.

### 1. La nécessité du renouvellement d'un règlement d'exemption.

Les règlements d'exemption et les lignes directrices qui les accompagnent constituent de précieux outils pour les entreprises. Ils apportent une sécurité juridique, évitent des débats inutiles et facilitent l'auto-évaluation des entreprises. Le règlement général restrictions verticales est sans doute le plus important. Il a certes besoin d'être amendé sur de nombreux points, mais il est essentiel pour les entreprises qu'il soit renouvelé.

### 2. Éviter la pollution du règlement par des mesures de protectionnisme contractuel.

Certaines organisations professionnelles, comme le CECRA ou le CNPA, représentant les concessionnaires automobiles, sont immédiatement montées au créneau pour réclamer l'incorporation au futur règlement de mesures de protection en faveur des distributeurs. Ces revendications corporatistes doivent impérativement être écartées. L'Europe, confrontée à une concurrence sans précédent, ne trouvera pas son salut dans des mesures protectionnistes alors qu'elle doit redoubler d'efficacité et de compétitivité. C'est aussi vouloir ignorer les règles de base du droit de la concurrence que de vouloir intégrer des mécanismes de protection de tel ou tel contractant dans un texte de concurrence. Le droit de la concurrence a pour objet de promouvoir la concurrence, pas de protéger telle ou telle catégorie de concurrents.

### 3. Réviser les seuils d'exemption.

Les seuils d'exemption sont actuellement fixés à 30 %. Les lignes directrices automobiles comprennent une tolérance pour les accords de distribution sélective qualitative et quantitative jusqu'à 40 %. Dès lors que les autorités de concurrence continuent généralement d'adopter une vision très restrictive des marchés et ont beaucoup de mal à s'extraire de la notion de marché national alors que les enjeux sont de plus en plus européens ou mondiaux, il paraît indispensable de porter les seuils d'exemption à 40 %, au moins pour la distribution sélective qualitative et quantitative, sous peine de pénaliser fortement les entreprises européennes dans la concurrence mondiale.

### 4. Moderniser le règlement et les lignes directrices sur la vente par Internet en respectant le principe de neutralité à l'égard des canaux de distribution.

Les dispositions des lignes directrices sur les ventes par Internet sont devenues obsolètes. Elles doivent être réécrites en tenant compte notamment de la jurisprudence Coty. Il est indispensable d'acter dans les lignes directrices la faculté d'interdire aux distributeurs sélectifs de recourir aux places de marché, une telle interdiction ne constituant ni une restriction de clientèle, ni une restriction de ventes et n'étant pas limitée aux seuls produits de luxe, contrairement à l'interprétation erronée du Bundeskartellamt (autorité allemande de concurrence). La rédaction des lignes directrices en matière de vente par Internet devrait être guidée par un principe de neutralité à l'égard des canaux de distribution. Le droit de la concurrence n'a pas pour objet de planifier les marchés ni d'imposer aux entreprises des choix de régulation : l'inscription dans le règlement et les lignes directrices d'un tel principe

apparaît essentiel compte tenu de la préférence affichée du Bundeskartellamt en faveur des ventes par Internet au détriment des ventes en magasins physiques. De nombreux débats interviendront sur ses modalités d'application et un consensus devra être trouvé. La subordination de la faculté de vente par Internet à la détention d'un magasin physique constitue une possibilité de solution car elle permet de trouver un équilibre entre canaux de distribution. Il est inutile d'aller trop loin en imposant un magasin physique par État membre. La détention d'un magasin physique par groupe d'entreprises au sein de l'Union paraît suffisante. Enfin, il semble indispensable, dans le respect du principe de neutralité, d'autoriser la rémunération des services spécifiques rendus soit par les magasins physiques, soit par les sites Internet, la rémunération des services spécifiques offerts par les seuls magasins physiques n'étant pas présumée constituer un prix dual contrairement à ce qu'affirme le Bundeskartellamt.

### 5. Renforcer les armes juridiques pour protéger le réseau.

Actuellement, la distribution sélective est considérée à juste titre comme ne tombant même pas sous le coup du droit de la concurrence si elle est purement qualitative et en tout état de cause comme exemptée de plein droit en-dessous de seuils d'exemption. Cependant, en pratique, les réseaux de distribution sélective sont très peu protégés contre les reventes hors réseau qui en sont la négation. Il serait important que les lignes directrices rappellent la légitimité de la protection des réseaux sélectifs contre les revendeurs hors réseau ainsi que celle des règles de droit national édictées en vue de rendre cette protection effective, à l'instar de l'actuel article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce.

### 6. Réviser la répression absolue des prix imposés.

La pratique des autorités de concurrence va actuellement dans le sens d'une répression quasi absolue, une simple politique de relevé de prix étant parfois considérée comme suffisante pour compléter le triple test comme mesure de police des prix, alors que les lignes directrices semblaient marquer une ouverture. Il convient de mettre un coup d'arrêt à cette régulation excessive qui ne correspond pas à la jurisprudence européenne (TPICE, 13 janv. 2004, LawLex0470).