

## LA DÉCISION DU MOIS

### Google Ads : Google de nouveau condamné pour abus de position dominante...

La société Oxone, opérateur de renseignements téléphoniques, utilise la plateforme publicitaire de Google, Google Ads, pour faire la promotion des numéros en 118 dont elle est titulaire. A partir de décembre 2018, et jusqu'en février 2020, elle subit de la part de Google des suspensions et des refus d'annonces publicitaires pour des motifs qu'elle estime injustifiés. Entre-temps, en septembre 2019, Google avertit les annonceurs d'une modification des conditions générales de son service Google Ads, qui, à compter de mars 2020, n'autorisera plus les annonces pour les services de renseignements téléphoniques de transfert et d'enregistrement d'appels. Après avoir mis vainement Google en demeure de surseoir à cet arrêt potentiel de diffusion, l'ensemble des comptes publicitaires d'Oxone est suspendu fin mars 2020. Deux mois plus tard, celle-ci est mise en redressement judiciaire.

Autorisés à assigner Google à bref délai, les organes de la procédure demandaient en l'espèce au Tribunal de commerce de Paris de constater le comportement abusif de Google, qui aurait exploité sa position dominante mais aussi l'état de dépendance économique d'Oxone, le rétablissement de son accès à Google Ads sous astreinte, et l'octroi de dommages et intérêts. Se référant à la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence, le tribunal relève que sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, caractérisé par des barrières à l'entrée significatives, Google dispose d'une part de marché probablement supérieure à 90 %, qui lui confère une position largement dominante, intrinsèquement liée à celle qu'il occupe sur le marché des moteurs de recherche en ligne. Même si, par le passé, elle distinguait entre les services fournis par internet et ceux fournis via des appels

téléphoniques, l'Autorité abandonne aujourd'hui cette segmentation de sorte que, selon le tribunal, les services d'annuaires en ligne et les renseignements téléphoniques doivent être considérés comme appartenant au même marché. En outre, une part importante des offres d'annuaires par voie électronique repose sur l'utilisation combinée du réseau téléphonique et d'internet et la plateforme publicitaire Google Ads constitue pour les acteurs de faible notoriété un vecteur essentiel pour entrer ou se maintenir sur un marché de fourniture de services numériques.

*Selon le tribunal, la domination indéniable de Google sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches lui impose de se montrer particulièrement prudent dans l'édiction et l'application des règles Google Ads pour éviter tout abus sur le marché aval des services d'annuaires.*

En revanche, même si les critères cumulatifs de dépendance économique que sont « la notoriété de la marque du fournisseur, l'importance de la part de marché du fournisseur, l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur et, enfin, la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents » sont en l'occurrence réunis, le tribunal exclut l'état de dépendance économique d'Oxone dès lors qu'elle échoue à prouver que l'importance du chiffre d'affaires qu'elle réalise avec Google résulte d'un choix autre que celui de concentrer, délibérément, son activité sur ce seul partenaire.

Le tribunal estime ensuite que les suspensions d'annonces sans explications, subies entre octobre 2018 et mars 2019, par Oxone sur Google Ads dont les règles de fonctionnement n'étaient alors ni objectives, ni trans-

parentes, ni appliquées uniformément, aux dires de l'AdLC, constituent un abus de position dominante. Il en va de même des suspensions de compte intervenues entre mars 2019 et mars 2020, bien qu'à compter de cette première date, les règles de fonctionnement de Google Ads aient été clarifiées, car elles ont continué d'être appliquées de manière opaque et discriminatoire. Concernant la « nouvelle » règle interdisant les annonces publicitaires pour les services de renseignements téléphoniques, le tribunal considère que, même si elle apparaît claire et introduite avec un préavis suffisant, sa mise en place par Google n'en caractérise pas moins un refus de vente injustifié et inéquitable, dès lors qu'elle intervient, dans un but évident d'éviction, concomitamment au développement de son propre service d'annuaire en ligne (GOOGLE My Business) et de son extension de mise en relation téléphonique (Click To Call). En mettant en oeuvre ces trois abus, Google a commis des fautes qui ont causé directement un préjudice à Oxone « du fait de l'interruption d'activité et de la perte de marge qui en a résulté ». Après avoir exclu un quelconque préjudice moral, le tribunal a fixé le quantum de la réparation à environ 1,2 millions d'euro, en évaluant le gain manqué d'Oxone par rapport au nombre de suspensions subies, à leur durée et à celle de l'interruption totale d'accès, et en tenant compte d'une marge brute moyenne de 33 %. Il a également ordonné le rétablissement de son accès à Google Ads sous astreinte.

#### ABUS DE POSITION DOMINANTE

Tribunal de commerce de Paris

10 février 2021

LawLex202100000448JBJ





## Affaire des farines : épilogue ?

La Cour de cassation se prononce une nouvelle fois dans l'affaire des farines, qui a donné lieu à un feuilleton judiciaire depuis 2008. L'Autorité de la concurrence, à la suite d'une demande de clémence d'un meunier allemand, s'était saisie d'office de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des farines en sachet. En 2012 (AdIC 12-D-09 du 13 mars 2012, LawLex20120000366JBJ), elle sanctionnait à hauteur de 142,4 millions d'euro différents accords restrictifs dans le secteur : une entente sous forme de pacte de non-agression entre meuniers allemands et français et une entente entre meuniers français qui avait pour objet de fixer les prix, répartir le marché et limiter la production, qui, selon l'Autorité, avait pour conséquence un verrouillage du marché français éliminant toute forme de concurrence entre les meuniers regroupés au sein de deux sociétés communes assurant la commercialisation, pour l'une, auprès de la grande et moyenne distribution, et, pour l'autre, auprès des hard discounters.

Les parties saisirent la Cour d'appel de Paris au fond et demandèrent concomitamment des sursis à exécution, qui conduisirent à une révision à la baisse des amendes à hauteur des 5/6e du total (Paris, 3 juill. 2012, LawLex201200001843JBJ

et LawLex201200001832JBJ), décisions cassées par la Cour de cassation au motif que les juges parisiens auraient dû tenir compte de l'appartenance des demandeurs à un groupe de sociétés qui était en mesure de lui apporter son soutien (Cass. com., 22 oct. 2013, LawLex201300001529JBJ et LawLex201300001531JBJ).

En l'occurrence, la Chambre commerciale se prononce sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris (Paris, 4 juill. 2019, LawLex201900000898JBJ), rendu sur renvoi après cassation (Cass. com., 8 nov. 2016, LawLex201600001827 et sur rabat d'arrêt, 4 oct. 2017, LawLex201700001637JBJ). La Cour de cassation avait estimé que l'Autorité n'ayant pas apporté la preuve d'éléments factuels de la poursuite du comportement anticoncurrentiel, une entreprise qui n'a participé qu'à une seule réunion ne peut se voir imputer l'entente jusqu'à son terme. La question du pacte de non-agression, et notamment de la continuité de la participation des parties à ce pacte, restait à résoudre.

Selon la cour d'appel, la réception d'invitations à des réunions montre que les autres participants considèrent que l'entreprise partage leurs objectifs, est

prête à en assumer les risques et est des leurs, car même si elle n'a pas la maîtrise de leur envoi, elle peut y mettre un terme et détromper leurs expéditeurs ainsi que les autres membres de l'entente en se distanciant expressément et en indiquant qu'elle ne souhaite plus être conviée. Si la participation d'une entreprise à une seule réunion anticoncurrentielle sans distanciation suffit donc à démontrer son adhésion à l'entente, tel n'est pas le cas en revanche lorsque cette pratique se poursuit pendant plusieurs années et qu'au cours d'une période significative, plusieurs réunions collusoires ont lieu sans que cette entreprise y participe. La Cour de cassation consacre en tout point la solution dégagée par les juges parisiens et retient que la participation au pacte de non-agression a cessé à compter de la date à laquelle l'entreprise concernée a manifesté, avec suffisamment de clarté, après réception d'invitations à participer des réunions qu'elle se distancie de l'entente.

### ENTENTES

Cour de cassation  
chambre commerciale  
10 février 2021  
LawLex20210000420JBJ



## La protection des correspondances avocat-client n'est pas limitée aux seules pièces relatives au dossier de concurrence en cause mais s'étend à l'ensemble des documents liés à l'exercice des droits de la défense.

Les arrêts se succèdent en matière de perquisitions de concurrence, et fort heureusement, ne se ressemblent pas. En décembre dernier, la Cour d'appel de Paris avait porté un nouveau coup au secret professionnel des avocats, en considérant que, pour être protégées, les correspondances avec leurs clients devaient satisfaire à trois conditions : i) émaner d'un avocat indépendant, ii) concerner l'enquête de concurrence en cours et iii) être nécessaires à l'exercice des droits de la défense (Paris, 9 déc. 2020, n° 19/07453, LawLex20200003728JBJ). Réduisant à peu de chagrin la portée du *legal privilege*, ces restrictions contredisaient la lettre de l'article 66-5 de la loi de 1971, qui protège l'activité de conseil comme de défense de l'avocat, dans toutes les matières.

Le présent arrêt revient partiellement sur cette solution. Alors que le premier président de la cour d'appel avait estimé que certaines pièces n'avaient pas à être restituées à l'entreprise visitée, dès lors qu'elles ne relevaient « manifestement pas de l'exercice des droits de la défense dans le présent dossier de concurrence ou dans une procédure de concurrence » (V. égal., dans le même sens, Versailles, 28 nov. 2019, LawLex201900001459JBJ,

retenant que des courriels relatifs à des branches du droit sans lien avec un dossier en matière de concurrence ne sont pas couverts par le secret professionnel), la Cour de cassation pose au contraire le principe de l'insaisissabilité de l'ensemble des documents liés à l'exercice des droits de la défense et pas seulement de ceux relatifs au dossier de concurrence en cause. Cet arrêt constitue une première avancée en faveur de la protection de la confidentialité dans un contexte jurisprudentiel de plus en plus défavorable à celle-ci. On peut cependant regretter que la protection se limite toujours aux documents nécessaires à l'exercice des droits de la défense, alors que la loi de 1971 sanctuarise également l'activité de conseil.

En outre, la garantie apportée par la Cour est aussitôt atténuée par une nouvelle restriction apportée aux droits de la défense. Selon elle, « *il n'entr[e] pas dans l'office du juge des libertés et de la détention [...] de se prononcer sur le caractère saisissable ou non des documents en question, le premier président [étant] seul compétent pour en connaître* ». Le juge des libertés et de la détention, que les entreprises ont déjà bien du mal à faire intervenir pour contrôler le déroulement des opérations, puisqu'elles doivent

transiter par les officiers de police judiciaire, qui apprécient l'opportunité de le saisir des éventuelles difficultés rencontrées (Cass. crim., 21 mars 2018, LawLex201800000505JBJ ; Paris, 18 nov. 2015, LawLex201500001665JBJ) n'est donc pas tenu de se prononcer sur les contestations des parties quant au caractère saisissable ou non des documents appréhendés par l'Administration et peut se contenter de déléguer ce contrôle au premier président de la cour d'appel, en versant un ensemble de pièces dans des scellés provisoires, sans examen aucun de leur nature exacte. Dans de telles conditions, peut-on encore parler de contrôle des opérations par le JLD, surtout lorsque la Cour précise, dans le même temps, que les OPJ n'ont pas à être présents tout au long des opérations ?

### ENQUÊTES

Cour de cassation  
Chambre criminelle  
20 janvier 2021  
LawLex202100000292JBJ





## La concurrence des ventes en ligne n'est pas fautive si le franchisé a consenti à leur répartition en fonction de la proximité avec le client et pas des exclusivités territoriales.

Un franchisé titulaire d'un territoire exclusif reproche à son franchiseur d'avoir détourné la clientèle de sa zone car le système de géolocalisation implémenté sur le site de vente en ligne du réseau oriente la clientèle vers des franchisés situés dans des territoires voisins du sien. Les premiers juges ont débouté le franchisé de ses demandes.

La cour d'appel relève qu'il résulte des stipulations contractuelles, librement consenties par le franchisé, que « le concédant s'interdit [...] de consentir, à tout tiers, le droit d'exploiter un magasin sous l'enseigne dans le territoire. En tant que de besoin, il est précisé que le concédant demeure libre : - de distribuer, vendre ou acheter, directement ou indirectement, tous produits [...], à tout tiers dans le territoire, y compris via tout réseau de télécommunication ». En outre, le contrat décrit le site internet du franchiseur « comme mettant un module cartographique à la disposition de l'internaute qui lui permet d'accéder rapidement aux coordonnées du partenaire 'le plus proche' ». Selon la cour, l'exclusivité territoriale était donc limitée à la distribution en boutique et le franchiseur s'était réservé le droit de distribuer, vendre ou acheter les produits contractuels sur le territoire

concedé en dehors d'un réseau physique. En outre, l'existence d'un site internet sur lequel le franchisé pouvait être géolocalisé, afin de permettre aux clients de situer les boutiques du réseau selon un critère de proximité était clairement stipulée. Par conséquent, le franchisé qui avait accepté qu'en vertu de cette clause, les ventes soient réparties entre les franchisés selon un critère de proximité géographique et non en fonction de leurs territoires d'exclusivité, ne pouvait alléguer aucune faute de la part du franchiseur.

Réciproquement, la tête de réseau a été privée de la faculté d'opposer au franchisé la clause de non-concurrence post-contractuelle. En effet, de façon assez rare pour être signalée, celui-ci a réussi à faire déclarer cette clause contraire aux dispositions de l'article L. 341-2 du Code de commerce, qui en soumettent la licéité à des conditions identiques à celles exigées par le règlement restrictions verticales. La mise en œuvre de l'article L. 341-2 est souvent évincée par des considérations d'application de la loi dans le temps, les juridictions retenant qu'il ne s'applique pas à des contrats conclus avant son entrée en vigueur (Rennes, 6 nov. 2018, LawLex201900000461JBJ ;

Paris, 11 déc. 2019, LawLex201900001557JBJ ; 19 févr. 2020, LawLex202000000263JBJ). Or, la loi Macron, qui a introduit cette disposition, prévoyait expressément un mécanisme transitoire, laissant un an aux entreprises pour réviser leurs contrats. En l'occurrence, le grief d'illicéité de la clause a été soulevé plus d'un an après l'entrée en vigueur de la loi Macron, de sorte que ses dispositions étaient applicables quelle que soit la date de conclusion du contrat. Constatant que la clause étendait l'interdiction de concurrence postcontractuelle à trois départements et pas seulement « aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat », comme l'exige le 2° du II de l'article L. 341-2, la cour d'appel a conclu à son inapplicabilité au litige (V. déjà, Paris, 22 nov. 2018, LawLex201800001805JBJ) et rejeté la demande de dommages-intérêts du franchiseur.

### FRANCHISE

Cour d'appel de Paris  
3 février 2021

LawLex202100000360JBJ



## Le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux est exclu lorsque le dommage causé par un produit ne résulte que de son utilisation fautive par la victime.

L'exploitant d'un élevage bovin a épandu sur ses prairies un amendement pour le sol (scories d'origine sidérurgiques). Des bêtes étant tombées malades peu après la campagne d'épandage, il a attrait en réparation le vendeur, son fournisseur et le fabricant du produit en cause sur différents fondements (responsabilité du fait des produits défectueux, manquement aux obligations d'information et de délivrance conforme, garantie des vices cachés). N'ayant pas obtenu gain de cause devant la Cour d'appel de Limoges, il a porté l'affaire devant la Cour de cassation.

L'éleveur soutenait d'abord que, n'étant pas chimiste ni producteur de scories, il ne disposait pas de la compétence requise pour apprécier la portée exacte des caractéristiques techniques de cet amendement pour le sol, ni le risque mortel qu'il comportait en cas d'ingestion et que, partant, les intimés avaient manqué à leur obligation d'information et de conseil, à son égard. Mais la Haute juridiction ne fait pas droit à cette argumentation. Elle approuve la Cour d'appel de Limoges d'avoir considéré qu'en épandant en présence de ses animaux, l'éleveur a manqué à un usage de sa profession : i) l'intoxication des bovins, par l'ingestion de l'amendement, resté collé sur l'herbe par la rosée en raison de sa forme pulvérulente, n'a été rendue pos-

sible qu'à la suite de l'erreur majeure de l'exploitant qui a insisté à procéder à un épandage, en présence de ses bêtes, sans attendre qu'il soit tombé suffisamment de pluie pour que les éléments apportés (limailles et autres granulats agglomérés) descendent dans le sol ; ii) en tant qu'éleveur de plus de 600 bêtes sur 270 hectares de terres agricoles, le plaignant constitue un professionnel averti ; iii) les amendements en cause existent depuis de nombreuses années sur le marché ; iv) enfin et surtout, l'éleveur ayant utilisé ces amendements l'année précédente, il ne saurait ignorer les usages en la matière. « Les amendements, quels qu'ils soient, n'ayant pas vocation à être directement absorbés par les animaux », le plaignant n'est pas fondé à reprocher aux intimés un quelconque manquement à leur obligation d'information pour demander réparation d'un dommage qui résulte de sa seule faute.

En outre, le produit livré n'a porté atteinte aux animaux qu'en raison de ses conditions d'utilisation fautives, de sorte que c'est à bon droit que la Cour d'appel a pu retenir qu'utilisé correctement, celui-ci n'est pas défectueux au sens de l'article 1245-3 du Code civil.

L'éleveur faisait par ailleurs valoir qu'en ne respectant pas les seuils réglementaires autorisés en éléments de trace métallique ou métalloïde (ETM), l'amendement litigieux exposerait non seulement son utilisateur à un risque de

pollution des sols le rendant impropre à sa destination et relevant, en tant que tel, de la garantie des vices cachés, mais qu'il serait également non conforme à sa commande et caractériserait un manquement du vendeur à son obligation de délivrance conforme. La Cour de cassation rejette, là-encore, son argumentation : les épandages pratiqués en l'espèce restent conformes aux critères de qualités relatifs à l'innocuité des ETM et sont sans conséquence en termes de pollution des sols, aucune mesure curative n'étant à envisager, de sorte que l'amendement en cause, dans des conditions correctes d'utilisation, ne présente aucun vice caché. Enfin, la Haute juridiction rappelle qu'après avoir retenu l'innocuité du produit en cause, la cour d'appel a considéré qu'il avait été livré dans la quantité et le conditionnement prévus au contrat et qu'il constituait un amendement, c'est-à-dire une substance destinée à améliorer les propriétés d'un sol pour le rendre plus fertile, de sorte qu'elle a pu estimer que le produit livré correspondait à la commande.

### CONSOMMATION

Cour de cassation  
Chambre commerciale  
3 février 2021

LawLex202100000393JBJ





### Qui veut la peau de la distribution duale ?

La distribution duale correspond au schéma dans lequel la commercialisation de produits ou de services aux clients finals est effectuée à la fois par des distributeurs membres du réseau et directement par la tête de réseau. Ce mode de distribution est actuellement exempté de plein droit par l'article 2(4) du règlement restrictions verticales. Selon cette disposition, l'exemption « s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que : a) le fournisseur est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents ».

La distribution duale n'a pratiquement donné lieu à aucune difficulté au cours des dix dernières années en droit de la concurrence. Les seules décisions récentes ont été rendues par l'autorité danoise de la concurrence à propos d'échanges d'informations sensibles entre Hugo Boss et deux de ses distributeurs (DCC, 24 juin 2020, Hugo Boss/Kaufmann et Ginsborg, Concurrences, juin 2020). Selon l'autorité danoise, ces échanges d'informations horizontaux n'étaient pas couverts par le règlement d'exemption.

Le sujet de la distribution duale a émergé de façon plus sensible dans le *Commission Staff Working Document* du 8 septembre 2020 (p. 156-159). Ont notamment été signalés : la portée de l'exemption quant aux échanges d'informations entre fournisseur et distributeur, la nécessité d'étendre son exemption aux accords entre importateurs privés et distributeurs, l'incertitude de la portée de l'exemption au titre du règlement vertical par rapport aux Lignes directrices horizontales, la question de l'application du règlement aux marques distributeurs et la notion de concurrent potentiel. Les autorités se sont interrogées sur l'application de l'exemption de distribution duale aux plateformes hybrides et aux fournisseurs de services qui les achètent sur le marché *upstream*. Enfin, certains concessionnaires automobiles, inquiets de la possible croissance des ventes directes des constructeurs, ont demandé que l'exemption soit conditionnée à un pourcentage maximum des ventes directes des constructeurs automobiles par rapport à leurs ventes totales, par exemple 20 %.

La question a été abordée de façon encore plus précise dans l'*Inception Impact Assessment* de la Commission publié fin octobre 2020 comme le premier thème majeur impliquant une analyse plus approfondie dans le cadre de la révision du règlement. Enfin, la Commission a lancé le 18 décembre 2020 une consultation jusqu'au 26 mars 2021, la distribution

duale étant évoquée en numéro 1 des thèmes centraux avec 4 options législatives allant du *statu quo* à l'absence d'exemption par catégorie, en passant par l'extension aux importateurs privés ou à la subordination de l'exemption à une part de marché aval de la distribution aux clients finals de moins de 20 %.

Des sources autorisées laissent entendre que la distribution duale pourrait ne plus être exemptée par le futur règlement vertical. Les craintes des distributeurs quant au développement des ventes directes des fournisseurs, les demandes de clarification du texte et les excès de certaines plateformes hybrides ont ainsi conduit à une situation assez aberrante dans laquelle une forme de distribution généralisée dans tous les secteurs de l'économie et ne posant aucun problème de concurrence ne serait plus exemptée par catégorie. Il est important de ne pas laisser commettre une telle erreur, qui priverait en pratique le règlement de la quasi-totalité de son effet utile, et ce d'autant qu'aucun des postulats ou des critiques des adversaires de la distribution duale n'apparaissent justifiés.

#### 1. La distribution duale n'est pas du tout un phénomène nouveau.

Elle existe depuis longtemps et de façon répandue dans la plupart des secteurs de l'économie : les pneus, les produits alimentaires et de consommation courante, les parfums, les cosmétiques, les vêtements, les chaussures, les appareils électriques, les voitures, les motos, les cycles, les fleurs, etc. Certains systèmes de distribution sont même duals par essence, comme la franchise qui implique le développement d'un savoir-faire dans ses propres magasins avant sa duplication par les franchisés.

#### 2. Ne plus exempter la distribution duale ou la limiter à un seuil de part de marché de 20 % en aval priverait le règlement d'exemption de la quasi-totalité de son effet.

Une absence d'exemption rendrait le règlement quasiment inutile car la quasi-totalité des secteurs a recours à la distribution duale. Il en irait de même de la limitation de l'exemption à 20 % du marché aval. Dans de nombreux secteurs, les distributeurs sont multi-marques et détiennent plus de 20 % de part de marché dans leur zone de chalandise. Du reste, il existe des milliers de zones de chalandise pour chaque produit vendu au détail en Europe pour lesquelles aucune statistique n'est immédiatement disponible. Soumettre l'exemption à une part de marché en aval conduit à la rendre impossible à calculer ou à satisfaire. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les règlements verticaux ont toujours défini la part de marché des distributeurs sur le marché amont de l'approvisionnement.

#### 3. La non-exemption de la distribution duale apparaît aberrante car elle est pro-concurrentielle alors que son abrogation aboutirait à une insécurité juridique absolue et à des effets pervers économiques sensibles.

La distribution duale permet de répondre au mieux à toutes les incitations du marché en fonction des demandes des clients : vente directe aux clients importants sollicitant un interlocuteur unique, ou par un site internet mono-marque très qualitatif pour répondre aux besoins de conseil des clients et à l'image de la marque, ou encore aux emplacements trop coûteux ou destinés à une clientèle de passage ; vente par des distributeurs lorsqu'ils sont mieux placés pour répondre aux besoins de la clientèle locale. Perturber la distribution multi-canal risque au contraire d'inciter les fournisseurs à privilégier la vente directe. En outre, s'en remettre à une auto-évaluation conduirait à une incertitude juridique et à des solutions juridiquement divergentes d'un Etat membre à un autre.

#### 4. Les demandes protectionnistes de certains distributeurs en vue de limiter les ventes directes des fournisseurs sont étrangères au droit de la concurrence.

Vouloir interdire ou limiter les ventes directes des fournisseurs aux clients finals est par essence réducteur de concurrence et inefficace car cela conduirait à réduire l'offre de produits et de services différenciés au profit des clients finals. Le droit de la concurrence a pour objectif de protéger la concurrence et pas une typologie de concurrents. Le droit commun des contrats et le droit des pratiques restrictives fournissent déjà une panoplie complète d'instruments juridiques pour prévenir tout abus en matière de ventes directes.

#### 5. Enfin, les risques d'atteinte à la concurrence du fait des échanges d'informations potentiels peuvent être facilement résolus.

La plupart des informations échangées dans un rapport vertical sont pro-concurrentielles car elles permettent aux fournisseurs de mieux répondre à la demande du marché. Le risque d'échanges horizontaux comme celui évoqué dans l'affaire Hugo Boss est minime en pratique comme le démontre l'extrême rareté des décisions en la matière et peut être prévenu par des séparations fonctionnelles et des murailles de Chine entre responsables des distributeurs et de la distribution directe. La distribution duale apparaît donc largement comme un faux problème du droit de la concurrence.