

- **Rappel du contexte et résumé des propositions d'orientations sur l'échange d'information dans le cadre de la double distribution**

Le projet révisé du règlement (EU) n° 330/2010 (ci-après le « **Projet de Règlement** ») portant exemption par catégorie des accords et pratiques concertées verticaux proposait de limiter la sphère de sécurité qu'il institue pour la double distribution en précisant que cet accord ou pratique concertée vertical continuerait à bénéficier de l'exemption par catégorie, sauf pour les échanges d'informations entre ses parties.

Les commentaires recueillis sur le Projet de Règlement par la Commission européenne (ci-après la « **Commission** ») lors d'une première consultation, laquelle s'est tenue entre juillet et septembre 2021, soulignaient le manque d'orientations sur les types d'informations pouvant être échangées entre un fournisseur et un acheteur dans un scénario de double distribution.

En réponse à ces commentaires, la Commission a élaboré un projet d'orientations relatives à l'échange d'informations dans le contexte de la double distribution, destinées à être ajoutées au projet de lignes directrices sur les restrictions verticales (ci-après le « **Projet de LD** »). Ce projet est soumis à la présente contribution publique spéciale.

Ainsi, aux termes du paragraphe 9 de ce projet, il est désormais prévu que « *si les conditions de l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b) du règlement sont remplies, l'exemption prévue par l'article 2, paragraphe 1, du règlement s'applique à tous les aspects de l'accord vertical en question, y compris tout échange d'informations entre les parties qui est nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels par les parties* » (caractères gras ajoutés).

La Commission reconnaît que l'échange d'informations entre un fournisseur et un acheteur peut contribuer aux effets pro-concurrentiels des accords verticaux, y compris dans le scénario de la double distribution dès lors que l'échange d'informations est nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels par les parties.

Tout d'abord et selon la Commission, l'appréciation de la nécessité de l'échange d'information pour améliorer la production ou la distribution peut dépendre du type de réseau de distribution dans lequel les parties se trouvent (par exemple la distribution exclusive, la franchise et la distribution sélective).

La Commission fournit ensuite une liste non-exhaustive d'informations qui remplissent les conditions d'exemption et à l'inverse de celles qui sont généralement exclues et devront être appréciées individuellement au titre de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « **TFUE** ») en prenant en compte les lignes directrices relative aux restrictions horizontales.

Les échanges d'informations entre un fournisseur et un acheteur dans un scénario de double distribution qui ne bénéficient pas de l'exemption n'enfreignent pas nécessairement l'article 101 du TFUE, mais restent soumis aux présomptions établies par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne relative aux échanges d'informations entre concurrents.

Enfin, la Commission préconise de minimiser le risque de voir un échange d'informations, ne bénéficiant pas de l'exemption, soulever des problèmes horizontaux en se limitant par exemple à communiquer des informations agrégées sur les ventes ou ayant un caractère historique, à savoir de garantir un délai approprié entre la production des données concernées et leur échange, ou encore avec la mise en place de pare-feux. En cela, elle agrège à l'encadrement envisagé pour les échanges d'informations dans le cadre de la double distribution celui des échanges d'informations issu de ses lignes directrices en matière de restrictions horizontales¹.

- **Remarques liminaires : gains d'efficiences générés par la double distribution et nécessité d'un encadrement raisonnable**

Par principe, la double distribution a des effets positifs sur la concurrence et assure une distribution efficace des biens et services.

Effectivement, la diversification des canaux de distribution pour un même produit permet de stimuler la concurrence. En cela, la double distribution stimule la concurrence intra-marque par une mise en compétition permanente des différents canaux, chacun d'eux cherchant nécessairement à être plus compétitif que l'autre. Les gains d'efficacité pour la concurrence sont donc indéniables, la double distribution incitant à proposer des services et prix diversifiés, servant ainsi directement le bien-être du consommateur.

Pour autant, la pratique décisionnelle a révélé que l'échange d'informations était susceptible d'engendrer des préoccupations de concurrence intra-marque dans le cadre de la double distribution. Le plus souvent, ces préoccupations interviennent lorsque l'échange en question permet au fournisseur d'éliminer la concurrence entre ses distributeurs (à savoir la concurrence intra-marque) afin favoriser son propre canal de vente directe².

Néanmoins, comme en témoigne le rapport d'expert commandé par la Commission pour la révision du règlement (UE) n° 330/2010³, l'échange d'informations fait partie intégrante des accords verticaux, et se révèle même parfois indispensable pour générer les gains d'efficacité attendus en droit de la concurrence, en particulier dans le cadre des réseaux de distribution.

En conséquence, il apparaît d'ores et déjà essentiel que l'échange d'informations soit encadré de façon raisonnable et limité aux hypothèses dans lesquelles il est réellement nocif pour la concurrence intra-marque.

¹ Communication de la Commission, Lignes directrices sur l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale, *JOEU* n° C. 11, 14 janvier 2011, p. 1, para. 89 et s.

² ADLC, Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple.

³ European Commission, Expert Report on the review of the VBER – Information exchange in dual distribution.

Par la présente contribution, il s'agit de donner une opinion sur le « *Draft new section dealing with information exchange in dual distribution* » (ci-après le « **Document** ») et de livrer des propositions ciblées sur certains points qui paraissent pouvoir être améliorés.

1. Correction attendue de la définition du fournisseur (art. 1^{er}, 1^o, d) du Projet de Règlement)

Avant toute chose, nous souhaitons réitérer une observation déjà formulée dans nos commentaires lors des précédentes consultations de la Commission. Nous attirons l'attention de la Commission sur le fait qu'il semble exister une confusion dans la définition du « *fournisseur* » retenue dans le Projet de Règlement. En effet, **le texte limite le « fournisseur » au « fournisseur de services d'intermédiation en ligne »⁴.**

Au regard de cette définition, on pourrait croire que seul le fournisseur de services d'intermédiation en ligne est visé par le Projet de Règlement, alors qu'il semble évident que ce n'est pas le cas.

Plus précisément, dans le cadre de la double distribution, cette confusion engendre une incohérence dans l'application des textes. Effectivement, on pourrait penser que l'exception ne s'applique qu'au fournisseur qui fournit des prestations d'intermédiation en ligne⁵. Or, au contraire, ces fournisseurs sont exclus du bénéfice de l'exemption par l'article 2, paragraphe 7 du Projet de Règlement.

Aussi, la définition du fournisseur devra être élargie pour ne plus être limitée au « *fournisseur de services d'intermédiation en ligne* ».

➤ **Proposition n° 1 : extension de la définition du fournisseur pour ne plus être limitée au « *fournisseur de services d'intermédiation en ligne* ».**

2. Opportunité de réglementer les restrictions de concurrence de nature horizontale dans une réglementation réservée aux préoccupations verticales

Quand bien même les restrictions engendrées par les échanges d'informations sont souvent de nature verticale (impliquant des opérateurs se situant à différents niveaux sur le marché), les préoccupations de concurrence qui en découlent sont, le plus souvent, de nature horizontale.

Ces préoccupations interviennent le plus souvent dans la même hypothèse : un fournisseur favorise la revente en ligne directe de ses produits. Pour se faire, il met en place des mesures de contrôle de la distribution de ses produits par ses distributeurs, ce qui a pour effet de restreindre la concurrence intra-marque entre eux.

A titre d'exemple, dans la décision *Guess*, le comportement visé était celui par lequel le promoteur du réseau de distribution sélective limitait la vente en ligne de ses distributeurs et leur imposait des prix de revente. Or, dans cette décision, si la restriction de concurrence prend sa source dans la relation

⁴ Projet de Règlement, art. 1^{er}, para. 1^{er}, pt. d).

⁵ Cf. Projet de Règlement, art. 2, para. 4, pt. a) et b) visant le « *fournisseur* ».

entre le fournisseur et ses distributeurs (soit dans une relation verticale), elle conduit à une diminution de la concurrence intra-marque (c'est-à-dire horizontale) entre les distributeurs au sein d'un réseau de distribution⁶.

La situation était la même dans le cadre de la décision *Apple*, où Apple et ses deux grossistes s'étaient entendus pour ne pas se faire concurrence et empêcher les distributeurs de faire jouer la concurrence entre eux, stérilisant ainsi le marché de gros des produits Apple⁷.

Enfin, le Conseil de la concurrence danois (*Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen*) a estimé que les restrictions fondées sur l'échange horizontal d'informations concernant la concurrence intra-marque ne constituaient pas des restrictions verticales⁸.

Aussi, la question se pose de l'opportunité de réglementer des problématiques de concurrence de nature horizontale dans un texte réservé aux restrictions verticales.

➤ **Proposition n° 2: réfléchir à l'opportunité d'intégrer ces dispositions dans la réglementation des restrictions horizontales.**

3. Modification de la nature du seuil de 10 % de part de marché (art. 2, para. 4 du Projet de Règlement)

Le principe de l'instauration d'un seuil de 10 % de part de marché préconisé pour déterminer si un opérateur entre dans le cadre de l'exception ne semble pas satisfaisant en termes de sécurité juridique et d'efficacité du droit de l'Union européenne.

En ce sens, certains ont déjà fait valoir que le seuil de 10 % devrait être réhaussé à 20 % pour faire bénéficier un plus grand nombre d'acteurs du bénéfice de l'exemption.

Pour autant, si le rehaussement du seuil est un premier pas, il ne semble pas pleinement satisfaisant puisque les opérateurs seront toujours obligés de déterminer leur part de marché.

Or, la détermination de la part de marché cumulée des opérateurs concerné s'avère souvent délicate pour la plupart d'entre eux, notamment en ce qu'elle implique de définir le ou les marchés pertinents⁹.

Ce constat est d'autant plus vrai que le seuil retenu étant faible, les opérateurs visés seront souvent des PME agissant au niveau local qui n'ont pas les ressources nécessaires (humaines, matérielles et/ou financières) pour procéder au calcul de leurs parts de marché.

⁶ Com. eur., 17 décembre 2018, AT40428, *Guess*.

⁷ ADLC, Décision n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple.

⁸ DCC, 24 juin 2020, *Hugo Boss/Haufmann et Grisborg*, Concurrences, juin 2020.

⁹ Ceci est d'autant plus vrai que la Commission a entrepris de revoir la définition du marché pertinent *via* un appel à contributions pour mise à jour, ouvert jusqu'au 16 février 2022. La mise à jour de la communication sur la définition du marché est prévue pour le premier trimestre 2023.

Il s'ensuit un vrai sujet en termes de sécurité juridique d'une part, et, d'efficacité du Projet de Règlement, d'autre part. En effet, certains opérateurs pourraient être concernés par la nouvelle réglementation sans pour autant s'y conformer, faute d'avoir les moyens lui permettant de se savoir concernés.

Être en mesure de déterminer si l'on entre dans le champ d'application d'un texte paraît pourtant indispensable pour garantir aux parties la sécurité juridique qu'elles attendent de ce texte et les obliger à adapter leur comportement en conséquence.

Aussi, nous formulons la proposition suivante :

➤ **Proposition n° 3 : remplacer le seuil de parts de marché par un seuil de nature différente, plus facile à déterminer pour les parties** : par exemple, il serait préférable de dégager un **seuil en lien avec les ventes directes du fournisseur**. On pourrait considérer que ne bénéficie pas de l'exemption le fournisseur qui atteint un certain pourcentage de ventes directes soit :

- Par rapport à celle réalisée par l'ensemble des distributeurs pour les mêmes produits ; ou
- Par rapport à l'ensemble des ventes qu'il réalise.

Cette solution présente l'avantage de remplacer le seuil de parts de marché par un seuil plus facilement déterminable puisque les opérateurs connaissent nécessairement leur volume de vente directe.

4. Nécessité de dégager un critère général d'appréciation de l'échange d'informations

- **Importance d'un critère général (pt. 10 du Document)**

Dans la lignée de ce qui a été vu au point précédent, la sécurité juridique commande que les opérateurs soient en mesure de déterminer à l'avance, de façon simple et efficace, si l'échange d'informations projeté est de nature à leur faire perdre le bénéfice de l'exemption.

Avant toute chose, limiter les orientations à une liste exhaustive d'informations bénéficiant ou non de l'exemption par catégorie nous semble devoir être exclu. Effectivement, il y aura nécessairement des informations qui n'entreront pas dans les cas spécifiquement prévus. Nous concédons néanmoins qu'une liste d'exemples peut être de nature à éclairer les opérateurs, sous réserve qu'elle ne soit pas exhaustive. Cependant pareille liste « non-exhaustive » laisse inévitablement une faculté d'appréciation plus ou moins importante sur le caractère nécessaire de l'échange d'informations pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels par les parties.

En effet, il pourra dans une certaine mesure être « périlleux » d'échanger des informations qui ne sont pas d'ores et déjà admises par la Commission comme étant nécessaires pour améliorer la production ou la distribution.

Dans le même sens, le recours à une liste d'informations « *blanches* » et une liste d'informations « *noires* » ne paraît pas pleinement satisfaisante. Elle risque de créer des effets de bord et au regard du peu de temps dont les opérateurs disposent pour émettre leurs observations, de nombreux oublis

sont à prévoir. L'on rappellera que la Commission a elle-même abandonné les listes de clauses « blanches » et « noires » dans ses règlements d'exemption par catégorie à la fin des années 1990.

En ce sens, une simple liste « non-exhaustive », de même qu'une liste d'informations « blanches ou noires » n'étant pas suffisantes en termes de sécurité juridique, il convient à notre sens de dégager un **critère général adapté**.

A cet égard, nous accueillons positivement l'initiative d'introduire un critère tenant au caractère « nécessaire » de l'échange d'informations « pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services »¹⁰.

Précisons néanmoins qu'une formulation positive serait sans doute moins sévère et plus attractive que la formulation négative actuelle : au lieu de prévoir que l'exemption par catégorie n'est pas acquise si l'échange d'informations n'est pas nécessaire, il serait préférable de prévoir que cette exemption s'applique dès lors que les échanges d'informations sont nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services.

➤ **Proposition n° 4 : privilégier une formulation positive du critère de « nécessité »** : il est préconisé de remplacer « *l'exemption par catégorie ne s'applique pas à l'échange d'informations entre fournisseur et acheteur qui n'est pas nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens ou des services* » par « *l'exemption par catégorie s'applique à l'échange d'informations pour autant qu'il est nécessaire pour améliorer la production ou la distribution des biens ou des services* ».

- **Importance d'un critère adapté aux systèmes de distribution (pt. 12 du Document)**

Il semble essentiel de veiller à ne pas limiter de façon excessive les échanges d'informations dans le cadre des systèmes de distribution.

Dans les systèmes de type franchise par exemple, l'échange d'informations fait partie intégrante du bon fonctionnement du système. L'essence de ces systèmes réside dans la transmission d'un savoir-faire substantiel qui doit permettre aux franchisés de réitérer la réussite commerciale du franchiseur, ce qui implique nécessairement des échanges d'informations multiples entre les parties.

Par ailleurs, le Projet de Règlement ne doit pas porter atteinte au pouvoir de police de l'animateur de réseau en limitant ses capacités de contrôle. En ce sens, l'arrêt *Pronuptia* avait déjà insisté sur le fait que « *le franchiseur doit pouvoir prendre les mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne* », notamment des clauses qui « *organisent le contrôle indispensable à cette fin* ». Il en résultait que les restrictions étaient justifiées dès lors qu'elles étaient « *nécessaires à préservation de l'identité et de la réputation du réseau* »¹¹.

¹⁰ Document, pt. 10.

¹¹ CJCE 28 janvier 1986, aff. n° 161/84, *Pronuptia*.

Toutefois, ce constat dépasse le seul réseau de franchise. En matière de distribution sélective par exemple, le contrôle de la revente hors réseau justifie un échange d'informations de nature à éclairer l'animateur de réseau sur l'approvisionnement d'un tiers au réseau.

Ce point semble d'autant plus important que c'est en grande partie grâce aux échanges d'informations que la tête de réseau est en mesure d'avoir un réseau performant et efficace de nature à apporter des gains d'efficacité en matière de concurrence inter-marque.

En conséquence, **l'ajout d'un paragraphe adapté aux réseaux de distribution doit être accueilli positivement¹².**

Pour autant, là encore, les exemples évoqués ne sont pas exhaustifs de sorte qu'ils ne permettent pas réellement d'assurer la sécurité juridique attendue du Projet de Règlement. Aussi, nous préconisons d'ajouter le concept général sous-tendant la règle auquel les parties pourraient spécialement se référer dans le cadre des réseaux de distribution.

A cet effet, il est suggéré d'indiquer que l'échange d'informations « *nécessaires au fonctionnement du système de distribution* » bénéficiera de l'exemption par catégorie.

➤ **Proposition n° 5 : ajouter une première phase au point 12 qui pourrait être rédigée comme suit : « *Dans le cadre des systèmes de distribution, tout échange d'informations nécessaire au fonctionnement du système sera considéré comme bénéficiant de l'exemption par catégorie établie par le règlement d'exemption* ».**

5. Nécessité d'adapter la réglementation aux structures du type coopérative / centrales de référencement et/ou d'achat

Nous attirons l'attention de la Commission sur le cas particulier d'un groupement de commerçants de détail indépendants sous enseigne commune, telle une coopérative de commerçants : le groupement peut être amené à disposer de magasins en propre et/ou réaliser des ventes directement aux consommateurs en qualité de vendeur, même si cela n'est pas sa fonction principale.

Dans de telles situations, il est possible que les échanges d'informations entre le groupement et ses membres soient concernés par les questions relatives à l'exemption de la double distribution.

Néanmoins, en l'état de la rédaction de l'article 4, paragraphe 2 du Projet de Règlement, il est difficile de déterminer si l'exception de double distribution s'applique à ce type de structure. En effet :

- il est certain que cette qualification ne s'applique pas aux centrales de référencement qui n'achètent pas en propre.

¹² Document, pt. 12.

- l'application aux coopératives et centrales d'achat est plus incertaine, mais il nous semble qu'elles ne sont pas nécessairement susceptibles d'être qualifiées de « *producteur, grossiste ou importateur* ».

En tout état de cause, il conviendrait de déterminer si l'exception a vocation à s'appliquer à ce type de groupement.

- **Proposition n° 5 : clarifier l'application de l'exception par catégorie au titre de la double distribution aux structures du type coopérative / centrale de référencement ou d'achat.**
- **Proposition n° 6 : en cas d'application à ces groupements, ajouter une phrase pour préciser un critère d'appréciation général des échanges d'informations au sein de ce type de groupement** (sur le modèle de ce qui a été préconisé pour les systèmes de distribution) : les échanges d'informations bénéficiant de l'exemption par catégorie du Projet de Règlement sont ceux qui « ***sont nécessaires au fonctionnement de la centrale d'achat ou de référencement ou de la coopérative*** ».
- **Proposition n° 7 : en cas d'application à ces groupements, préciser par des exemples les informations nécessaires**, notamment (concernant le service de centralisation des paiements et des factures), les informations sur la situation financière du commerçant lorsque l'animateur d'un réseau de distribution uniforme (franchiseur ou association d'entreprises) apporte un service de garantie et centralisation des factures ou des paiements (ducroire) aux membres du réseau.

6. Clarification attendue de la notion de services d'intermédiation en ligne (art. 2, para. 7, du Projet de Règlement)

La notion de services d'intermédiation en ligne visée par l'article 2, paragraphe 7, du Projet de Règlement gagnerait à être précisée.

Un point ne semble pas du tout abordé alors qu'il peut être particulièrement sensible, celui de l'application de cette disposition dans le cadre du réseau de distribution, et plus particulièrement le cas de la tête de réseau qui propose à ses distributeurs un service d'intermédiation en ligne et se trouve susceptible de procéder à des ventes directes afin de favoriser l'attractivité du site.

Plusieurs sous-hypothèses pratiques peuvent se rencontrer, dans lesquelles il reste difficile de déterminer si l'article 2, paragraphe 7, du Projet de Règlement s'applique :

- le fournisseur (tête de réseau ou non) met sa plateforme à disposition de ses distributeurs et revend en concurrence avec ces derniers sur cette même plateforme ;
- le fournisseur (tête de réseau ou non) met une plateforme à disposition de ses distributeurs mais ne l'utilise pas lui-même pour ses ventes directes, concurrençant par ailleurs ses distributeurs mais pas sur cette plateforme ; ou

- le fournisseur (tête de réseau ou non) développe sa propre plateforme sur laquelle il procède à des ventes directes en concurrence avec le site *web* de chacun de ses distributeurs, dans l'hypothèse où l'animateur de réseau a aidé les membres de celui-ci à mettre en place leur propre site Internet.

A notre sens, il convient de mettre en évidence les effets pervers d'un dispositif trop large qui conduirait à priver la tête de réseau du bénéfice de l'exemption dès lors qu'elle met sa plateforme à la disposition de ses distributeurs.

En effet, le risque de perdre le bénéfice de l'exemption pourrait le dissuader de mettre en place ce type de services au profit de ses distributeurs, ce qui conduirait *in fine* à une réduction de la concurrence intra-marque en ligne.

A cet égard, la situation de la tête de réseau qui met à disposition de ses distributeurs une plateforme devrait, nous semble-t-il, être nettement distinguée de celle des plateformes ayant pour objet principal l'intermédiation en ligne et le e-commerce lesquelles devraient être seules visées par l'encadrement prévu par le Projet Règlement.

A ce titre, nous réitérons notre position introductive en vertu de laquelle l'encadrement de l'échange d'informations doit être raisonnable et limité.

Par ailleurs, à titre plus accessoire, pour davantage de cohérence dans l'application du droit de l'Union, il serait certainement judicieux de se référer la notion de services d'intermédiation en ligne déjà dégagée par Règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019 plutôt que de créer une nouvelle notion.

- **Proposition n° 8 : clarifier la notion de « fournisseur de services d'intermédiation en ligne » :**
- en distinguant la situation de la tête de réseau qui met à la disposition de ses distributeurs une plateforme de celle des plateformes ayant pour objet principal l'intermédiation en ligne et le e-commerce qui devraient être seules visées par l'encadrement prévu par le Projet de Règlement ;
 - en se référant à la notion de services d'intermédiation en ligne au sens du Règlement (UE) n° 2019/1150 du 20 juin 2019 ; et
 - en donnant des hypothèses d'application concrètes.

7. Commentaires sur la liste d'informations exemptées (pt. 13 et 14 du Document)

• Informations relatives au prix de revente des acheteurs

En l'état actuel de la rédaction du Document, il est assez difficile de comprendre les informations couvertes par l'exemption en matière de prix.

En effet, certains exemples donnés peuvent paraître contradictoires.

D'un côté, les « *informations relatives aux prix auxquels l'acheteur revend les biens ou services* » sont considérées comme nécessaires¹³ mais de l'autre, ne sont pas considérées comme nécessaires les « *informations relatives aux prix réels futurs auxquels le fournisseur ou l'acheteur vendra les biens ou services contractuels en aval* »¹⁴.

Il serait bienvenu d'éclaircir les hypothèses dans lesquelles l'échange d'informations sur les prix est couvert par l'exemption par catégorie du Projet de Règlement.

A ce titre, il semble important de préciser que les informations concernant les prix de revente sont susceptibles de créer des restrictions de concurrence dans le cadre de la double distribution.

En effet, la connaissance par la tête du réseau des prix de revente de ses distributeurs lui permet de contrôler la politique de prix et d'annihiler la concurrence pour privilégier son propre circuit de vente directe.

Un échange d'informations entre le fournisseur et ses distributeurs portant sur les prix de revente recommandés relève d'une certaine naïveté en pratique. En effet, il est facteur évident de collusion : on ne voit pas comment le fournisseur pourra vendre ses produits aux clients finaux à un prix différent de celui recommandé à ses distributeurs, et de la même manière comment ces derniers pourront revendre à un prix supérieur. Cela aboutirait selon nous à favoriser une entente sur les prix au sein du réseau.

Pour cette raison, nous pensons que le Projet de Règlement devrait également être modifié pour ne plus faire bénéficier de l'exemption par catégorie les prix recommandés ou maxima. Si les inclure dans le champ de l'exemption a pour avantage de valider des mécanismes de lutte contre l'inflation, leur impact négatif sur la concurrence semble excéder cet avantage lequel est relatif puisqu'il suffit de relever régulièrement les prix recommandés ou maxima pour annuler leur effet anti-inflation.

Prenons à nouveau pour référence la décision *Guess* dans laquelle Guess faisait directement concurrence à ses distributeurs sélectifs en vendant en ligne. C'est à raison des restrictions faites aux distributeurs en matière de prix de revente que Guess a pu réduire l'attractivité du réseau de détaillants et vendre à des conditions plus avantageuses en ligne¹⁵.

➤ **Proposition n° 9 : éclaircir les hypothèses dans lesquelles l'échange d'informations sur les prix est couvert par l'exemption par catégorie du Projet de Règlement.** De manière générale, nous sommes plutôt d'avis que les échanges d'informations sur le prix de revente **ne sont pas nécessaires**. Néanmoins, si le Projet de Règlement devait continuer à accorder le bénéfice de l'exemption par catégorie aux prix recommandés ou maxima, les échanges d'informations d'un fournisseur à ses distributeurs agréés portant sur ces prix recommandés ou maxima devraient être couverts par l'exemption dans la stricte limite de la nécessité pour la tête de réseau de communiquer sur ce sujet.

¹³ Document, pt. 13, e).

¹⁴ Document, pt. 14, a).

¹⁵ Com. eur., 17 décembre 2018, AT40428, *Guess*.

- **Informations relatives aux campagnes de promotion de biens**

Les informations relatives aux « *campagnes de promotion de biens* » sont jugées nécessaires par le Projet de Règlement¹⁶.

Dans la lignée des observations formulées pour le prix de revente, nous ne sommes pas certains que ces informations soient réellement nécessaires. Effectivement, il s'agit d'informations sensibles qui facilitent la collusion par les prix et permettent au fournisseur d'avoir une emprise sur ses distributeurs.

Nous pouvons citer en ce sens la décision *Hugo Boss* du Conseil de la concurrence danois dans lequel la divulgation d'informations sur les campagnes promotionnelles avait justement conduit à une pratique concertée sur les prix entre Hugo Boss et ses distributeurs¹⁷.

- | |
|--|
| ➤ Proposition n° 10 : nous sommes plutôt d'avis que les informations relatives aux campagnes promotionnelles ne sont pas nécessaires au sens du Projet de Règlement. |
| ➤ Proposition alternative n° 10 : considérer que seules sont nécessaires les échanges sur les campagnes de promotion nationale, à l'exclusion des campagnes locales : dans le cadre d'une proposition plus modérée, nous suggérons de limiter les informations relatives aux campagnes de promotion nationales, pour laisser toute latitude aux distributeurs de définir des campagnes publicitaires locales sur certains produits. |

- **Informations relatives à la fourniture des biens ou services contractuels, y compris les informations relatives à la production, à l'inventaire, aux stocks, aux volumes de vente et aux retours**

Nous suggérons de préciser le fait que ce type d'informations ne doivent en aucun cas porter sur la revente des biens ou services contractuels par les distributeurs.

- | |
|---|
| ➤ Proposition n° 11 : préciser le fait que informations relatives à la production, à l'inventaire, aux stocks, aux volumes de vente et aux retours ne doivent en aucun cas porter sur la revente des biens ou services contractuels par les distributeurs. |
|---|

8. Observations supplémentaires

De manière générale, les clarifications rédactionnelles apportées par rapport à l'ancienne version du Projet de LD sont accueillies de manière positive, le texte étant plus accessible que dans sa version de juillet. A ce titre, à titre d'exemple, l'insertion de la définition d'un « accord non réciproque » semble bienvenue¹⁸.

¹⁶ Document, pt. 13, f).

¹⁷ DCC, 24 juin 2020, *Hugo Boss/Haufmann et Grisborg*.

¹⁸ Document, pt. 2.

En revanche, la notion d'« échange d'informations » semble excessivement large¹⁹. L'article 101, paragraphe 1^{er}, du TFUE interdit tout « *accord ou pratique concertée* » susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Or, l'accord implique une intention commune d'avoir un comportement anticoncurrentiel sur le marché, ou *a minima* l'acquiescement d'un opérateur, au moins tacite, à une mesure unilatérale prise par un autre opérateur²⁰.

Désormais, on comprend que dans le cadre de la double distribution, le simple échange d'informations suffit à constituer une pratique anticoncurrentielle au sens de cette disposition.

Le constat est d'ailleurs vérifié à la lecture du point 11 du Document, lequel définit de façon extrêmement large l'échange d'informations en allant jusqu'à l'étendre à la « *communication des informations sans que l'autre partie l'ait demandé* ».

Cette définition pourrait sembler excessivement large puisque le simple fait de recevoir certaines informations (passivement) peut faire perdre le bénéfice de l'exemption, alors même qu'il n'y aurait pas eu acquiescement à un comportement anticoncurrentiel.

Par ailleurs, la question se pose de sa conformité au point 4.2.1 du projet de LD sur les restrictions verticales qui prévoit que le Projet de Règlement régit uniquement les accords ou pratiques concertées à l'exclusion des « *comportements unilatéraux* », expressément exclus du champ d'application du règlement.

Pour davantage de lisibilité, les définitions pourraient être transférées à l'article 1^{er}, 1^o, c) du Projet de Règlement. La définition de l'« *échange d'informations* » dans la nouvelle section (révisée ou non) pourrait être insérée dans les définitions du Projet de Règlement (à son article 1^{er}, paragraphe 1^{er}) ; il en va de même pour la définition de l'« *accord non réciproque* » et pour la définition de l'« *entreprise concurrente* », lesquelles paraissent superflues dans la mesure où ces notions sont déjà définies par le Projet de Règlement (à son article 1^{er}, paragraphe 1^{er}, point c)).

* * *

¹⁹ Document, pt 11.

²⁰ TPICE, 26 octobre 2000, aff. T-41/96, *Bayer AG c/ Commission*, pt. 71.