Projets de révision du règlement d'exemption et des lignes directrices relatifs aux accords verticaux

Consultation de la Commission européenne – Commentaires de l'Afep

La Commission européenne a ouvert une consultation publique début juillet pour recueillir l'avis des parties prenantes sur son projet de révision du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux (ci-après « projet de règlement ») et sur son projet révisant les lignes directrices sur les restrictions verticales (ci-après « projet de LD ») qui remplaceront le régime actuel, lequel expire le 31 mai 2022.

Cette consultation fait suite à diverses étapes de réflexion au cours desquelles l'Afep avait soutenu le principe de cette révision pour notamment mieux prendre en considération l'évolution des pratiques d'achats numériques et la jurisprudence européenne la plus récente en ce domaine.

Les commentaires de l'Afep portent principalement sur le projet de règlement dans la mesure où il structure les futures conditions relatives aux accords verticaux. Ce projet entend :

- revoir le périmètre de la sphère de sécurité prévu dans le règlement d'exemption sur la double distribution, les obligations de parité, les restrictions des ventes actives et certaines mesures indirectes restreignant les ventes en ligne,
- fournir aux acteurs économiques un environnement plus adapté à l'évolution du commerce électronique et des plateformes numériques,
- simplifier la mise en œuvre de ces textes.

Les entreprises de l'Afep saluent, d'abord, la publication de ces deux projets comprenant de nombreuses dispositions positives venant conforter le cadre juridique et clarifier sa mise en œuvre par les acteurs économiques.

Elles apprécient en particulier les améliorations apportées au cadre des ventes en ligne :

- Le fait que le double affichage des prix ne soit plus considéré comme une restriction caractérisée (article 4 projet de règlement et § 195 projet de LD) confirme l'ampleur prise par ce canal de vente et contribue à une meilleure répartition économique des coûts liés aux investissements pour le commerce physique et en ligne. Les fournisseurs pourront ainsi fixer à un même distributeur des prix de gros différents selon les canaux de vente (physique ou électronique) ;
- L'abandon du principe d'équivalence pour la distribution sélective : les fournisseurs ne sont ainsi plus obligés d'imposer, pour les ventes en ligne, des critères globalement équivalents à ceux pratiqués dans les points de vente physiques (suppression de l'ancien § 56 et ajout des § 194 et 221 des LD). En cela, la Commission européenne intègre les décisions jurisprudentielles récentes et reconnaît des caractéristiques différentes à ces deux types de vente qui se complètent toujours plus économiquement.

Les entreprises de l'Afep souhaitent, ensuite, proposer des clarifications et améliorations sur des points majeurs pour les réseaux de distribution.

1. La double distribution

Avec le développement des ventes en ligne, le système de double distribution est devenu un outil très structurant pour les acteurs économiques, en multipliant les canaux de diffusion des produits et services et en offrant au consommateur des possibilités de choix plus larges.

- Orientations envisagées par la Commission dans le cadre du projet de règlement (article 2)

L'introduction d'un nouveau seuil de 10 % de part de marché (article 2.4) est présentée par la Commission comme devant apporter de nouvelles garanties pour bénéficier de la double distribution afin d'éviter

d'éventuels problèmes (« faux positifs »), notamment ceux liés à des accords horizontaux. Elle vise ici en particulier les échanges d'information entre fournisseurs et distributeurs.

La Commission estime que la croissance des ventes en lignes a facilité les ventes directes par les fournisseurs par l'intermédiaires de leurs propres boutiques en lignes ou de places de marché en ligne : « En conséquence, l'exception actuelle concernant la double distribution est susceptible de conduire à l'exemption d'accords verticaux pour lesquels les problèmes horizontaux pourraient ne plus être négligeables.[1] »

Cela se traduit par :

- la fin de l'exemption pour les cas de double distribution pouvant donner lieu à des problèmes de concurrence horizontaux (article 2.4 à 7),
- l'extension de cette exemption à la double distribution pratiquée par des grossistes et/ou importateurs (article 2.4-a).

Concrètement, l'article 2.4 révisé conduit à réduire la zone de sécurité/exemption actuelle aux situations dans lesquelles la part de marché cumulée des parties sur le marché de détail ne dépasse pas 10 %.

- Position des entreprises de l'Afep

Les entreprises sont opposées à l'introduction d'un nouveau seuil dans le système de double distribution traité à l'article 2.

Cette dernière vise des situations dans lesquelles la commercialisation de produits ou de services aux clients finals est effectuée à la fois par les distributeurs membres du réseau et directement par le producteur tête de réseau. Ainsi, les fournisseurs et leurs distributeurs indépendants se retrouvent-ils en concurrence directe.

Avec l'exemption prévue à l'article 2.4 de l'actuel règlement de 2010 et au § 28 des Lignes directrices actuelles, le développement de ce mode de distribution s'est accru depuis 10 ans sans soulever de difficultés concurrentielles majeures dans des secteurs d'activité très divers[2]. Ces dispositions ont permis d'appliquer dans le monde numérique ce qui est pratiqué de longue date dans le monde physique. Ainsi, le système de double distribution s'est particulièrement développé dans le cadre des franchises. Celles-ci se construisent à partir du savoir-faire spécifique mis en place dans les points de vente originels du fournisseur.

Contrairement à l'approche retenue par la Commission, les entreprises estiment que l'introduction d'un seuil nouveau est une modification majeure qui ne contribue pas à garantir le bénéfice de l'exemption liée à la double distribution pour différentes raisons :

– *L'inadaptation du cadre des accords horizontaux au système de double distribution*

Les entreprises soulignent que les accords horizontaux visent à éviter toute difficulté entre entreprises concurrentes vendant des produits différents afin de maintenir une concurrence efficiente au profit du consommateur. La double distribution consiste à vendre le même produit via une multiplication de canaux, augmentant ainsi la disponibilité de ce même produit pour le consommateur et en amplifiant de facto la concurrence sur le marché de ce produit.

La distribution sélective, notamment, a développé ce système de double distribution dans divers secteur (luxe, automobile…). Elle implique des partages d'information entre le fournisseur et les distributeurs destinés à créer une réelle cohérence de vente autour du produit dans une démarche pro-concurrentielle permettant de répondre au mieux aux demandes du marché et du consommateur. Les informations sensibles susceptibles

[1] Note explicative sur la révision du Règlement, 9 juillet 2021, p. 3

[2] Il est à souligner cependant deux décisions récentes de l'autorité danoise de concurrence qui a considéré que des échanges d'information sensibles entre Hugo Boss et deux de ses distributeurs n'étaient pas couverts par le règlement d'exemption Accords Verticaux (HUGO BOSS / Kaufmann et HUGO BOSS / Ginsborg - Décisions du 24 Juin 2020).

d'entrer dans le périmètre des accords verticaux (prix, part de marché …) sont anonymisées pour permettre néanmoins de réfléchir à des stratégies futures.

Des échanges d'information sont consubstantiels au fonctionnement de la double distribution (gestion et livraison des stocks, par exemple). Au cas d'espèce, ils ne sont pas per se synonymes de pratique anticoncurrentielle. Il serait donc souhaitable que la Commission définisse les échanges qu'elle entend cibler.

L'exclusion de l'exemption pour les échanges d'informations entre des parties détenant sur le marché de détail entre 10 % et 30 % de parts de marché parait une source d'insécurité juridique qui ne se justifie pas au regard du faible risque que de tels échanges d'information font peser sur la concurrence. Cette disposition renforce l'idée trompeuse que les accords verticaux sont présumés illicites et que toute situation non couverte par le règlement d'exemption est nécessairement restrictive de concurrence.

Les entreprises préconisent que les échanges d'informations entre les fournisseurs et le distributeur soient par principe couverts par l'exemption dans la limite de ceux nécessaires aux accords de distribution.

– *La complexité créée par l'introduction d'un nouveau seuil*

Ce nouveau seuil conduirait, d'abord, à priver d'efficacité une grande partie du règlement d'exemption sur les accords verticaux qui a pourtant démontré toute sa dynamique de soutien à l'économie européenne : dans la mesure où de nombreux secteurs d'activité ont recours à la double distribution, l'élargissement de la non-exemption reviendrait à réduire considérablement la portée de ce système de distribution.

Les entreprises s'interrogent aussi sur la manière dont fournisseurs et distributeurs pourront évaluer leurs parts cumulées de marché de détail pour demeurer en deçà du seuil de 10 %, alors que les textes relatifs aux accords horizontaux posent le principe de l'interdiction d'échanges sur de telles données.

En outre, face à l'essor de la double distribution, il n'est pas rare qu'un fournisseur/ tête de réseau dispose de milliers de distributeurs sur le marché européen, rendant ce type de calcul couteux voire hasardeux lorsque le distributeur est lui-même multi-marques et détient en conséquence une part de marché importante. Il sera difficile de discerner très précisément ce qui relève de tel ou tel fournisseur sans échanger des informations sensibles et entrer alors dans le champ de l'article 101 TFUE.

Dans l'hypothèse où la part de marché du fournisseur demeurerait stable et où celle du distributeur augmenterait, leur contrat ne bénéficierait plus de l'exemption par catégorie et ne serait donc plus présumé valide au regard des dispositions du droit de la concurrence. Cette hypothèse peut se produire à tout moment, sans aucune maîtrise de la part du fournisseur, et ce du fait par exemple de la croissance interne ou externe du distributeur ou du groupe auquel il appartient, de sa décision ou de celle de son groupe de représenter d'autres marques ou de la disparition de certains concurrents du distributeur. On assisterait à un renversement de la charge de la preuve dès lors que l'un des opérateurs dépasse le seuil de part de marché. Il reviendra au fournisseur et à son distributeur de démontrer, avec les aléas qu'une telle démarche comporte, l'efficience économique de leur contrat pour tenter de justifier que ce contrat est valide au regard de l'article 101 § 3 du Traité.

Face à cette complexification inutile, les entreprises demandent le retrait des nouvelles dispositions prévues dans l'article 2 et le maintien du seul seuil de part de marché de l'article 3 qui vise le marché amont de l'approvisionnement pour maintenir la pleine efficience économique du règlement d'exemption sur les accords verticaux.

2. Le rôle des services d'intermédiation en ligne (art 2.7)

Le périmètre visé par les dispositions de l'article 2.7 mérite d'être clarifié afin d'en favoriser la mise en œuvre.

- Orientations envisagées par la Commission dans le cadre du projet de règlement

L'article 2.7 exclut de l'exemption des accords contenant des restrictions verticales les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne s'ils ont des fonction hybrides, c'est-à-dire s'ils vendent des biens ou services en concurrence avec des entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne.

- Position des entreprises de l'Afep

Les entreprises s'interrogent sur les raisons conduisant la Commission à exclure de l'exemption les plateformes hybrides quelles que soient leur taille ou leur activité.

En effet, dans la plupart des cas, ces acteurs ne produisent ni ne vendent aucun produit par eux-mêmes et ne seraient donc pas susceptibles de concurrencer ceux des entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne.

Si les abus des passagers clandestins (« freeriders ») doivent pouvoir être écartés, la solution retenue parait trop extensive.

Cette approche semble trop restrictive et l'Afep considère que ces entreprises devraient être qualifiés d'agents et de fournisseurs uniquement lorsqu'elles produisent et vendent des produits sur leur plateforme en concurrence directe avec leurs fournisseurs.

La notion de « concurrence entre entreprises » devrait être clarifiée pour ne viser que les services relatifs à l'offre et non à la vente au détail en ligne. Dans le cas contraire, c'est tout l'écosystème de la vente en ligne qui serait impacté puisque les services d'intermédiation en ligne proposent la plupart du temps des biens ou service de plusieurs marques.

Il serait également souhaitable que le règlement limite la notion de fournisseurs de services d'intermédiation en ligne aux seuls acteurs les plus structurants dont c'est l'activité principale. Cette approche serait ainsi en cohérence avec les orientations proposées par la Commission dans le projet de Digital Market Act (« DMA »).

3. Le statut d'agent dans l'univers numérique (art 1.1 du projet de règlement et § 44, 63-64 du projet de lignes directrices)

La Commission modifie son approche concernant la relation entre le fournisseur de produits et services et la plateforme. Elle analyse désormais cette relation sous l'angle d'une relation d'acheteur/fournisseur de services d'intermédiation.

En conséquence, des clarifications méritent d'être apportées pour qualifier cette nouvelle relation et pour déterminer la marge de manœuvre du vendeur/acheteur de services d'intermédiation dans la fixation de son prix sur une plateforme/fournisseur de services d'intermédiation

- Orientations envisagées par la Commission dans le cadre des projets de règlement et de lignes directrices

Les projets de règlement et de lignes directrices considèrent désormais qu'une plateforme en ligne est un « fournisseur » (de services d'intermédiation en ligne) au sens du règlement et que, « par principe », une

plateforme en ligne ne peut pas être considérée comme « agent » au sens du droit de la concurrence (projet de lignes directrices, §. 44 et 63-64). Ainsi, ce § 44 précise que les « entreprises qui fournissent des services d'intermédiation en ligne relèvent de la catégorie des fournisseurs au titre du règlement d'exemption et ne peuvent donc pas, en principe, être considérées comme des agents aux fins de l'application de l'article 101-1. ».

- Position des entreprises de l'Afep

Cette position adoptée par la Commission, de façon inédite et tardive dans le processus de révision, surprend les entreprises et nécessite, si elle était maintenue, d'être précisée ou clarifiée.

En effet, si une plateforme d'intermédiation en ligne ne peut pas « par principe » être un « agent » au sens du droit de la concurrence, et dans la mesure où il n'est pas concevable qu'une plateforme d'intermédiation en ligne puisse être considérée comme un « distributeur indépendant » (absence d'achat/revente), reste entière la question relative à la qualification de la relation unissant le vendeur de produits ou services et la plateforme d'intermédiation en ligne sur laquelle ces produits ou services sont distribués. En outre, si une plateforme en ligne ne peut pas être un agent « en principe », cela signifie-t-il qu'il peut exister des exceptions à ce principe ?

Certaines dispositions du projet de lignes directrices créent une confusion sur cette question ,notamment sur le point de savoir si in fine les vendeurs peuvent fixer librement leurs prix de vente sur une plateforme d'intermédiation en ligne :

- Le §. 44 décrit ainsi une situation dans laquelle les « conditions de vente des biens ou services contractuels et la stratégie commerciale sont déterminées » par la plateforme « et non par les vendeurs des biens ou services faisant l'objet d'une intermédiation » ;

- Le §. 177 mentionne qu'un distributeur (qui ne serait pas un véritable agent au sens du droit de la concurrence) « doit rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant ». Or si, comme indiqué ci-dessus, une plateforme d'intermédiation en ligne n'est ni un agent ni un distributeur indépendant mais un simple intermédiaire facilitant les transactions entre le vendeur et le client final, les Lignes directrices devraient clarifier qu'en aucun cas la plateforme d'intermédiation en ligne ne peut unilatéralement « baisser le prix réellement payé par le client » ;

- Le §. 179 indique que les plateformes en ligne peuvent inciter les vendeurs à vendre leurs biens ou services sur la plateforme « à des prix compétitifs » ou à « réduire leurs prix » (même si la plateforme ne semble pas pouvoir imposer un prix fixe ou un prix minimum aux opérations qu'elle intermédie).

La nouvelle approche de la Commission (le vendeur d'un bien ou d'un service sur la plateforme en ligne n'agit pas comme « fournisseur » mais désormais comme « acheteur » de services d'intermédiation en ligne) nécessite également de clarifier le §. 192(f) du projet de lignes directrices (relatif à la restriction de l'usage d'une marque à titre de mot-clé dans les moteurs de recherche). En effet, l'hypothèse visée dans ce §. 192(f) repose sur un schéma de distribution « classique » dans lequel un fournisseur, qui vend des biens ou services à un distributeur pour leur revente aux clients finaux, impose de telles restrictions à son revendeur. Il s'agit donc d'une hypothèse fondamentalement différente de celle connue dans le cadre d'une relation avec des plateformes d'intermédiation en ligne.

Parce que c'est le cœur de leur activité et la réalité du marché, ces plateformes ont toutes les capacités de faire de la publicité sur internet des services d'intermédiation en ligne qu'elles offrent (notamment par des publicités visant spécifiquement leurs marques) et d'être visibles sur internet. En outre, la restriction envisagée par la Commission (sous réserve de ses conditions concrètes) n'est pas de nature à empêcher une plateforme d'intermédiation en ligne « de faire un usage effectif » d'internet ou d'un ou plusieurs canaux de publicité en ligne lorsqu'un vendeur de biens ou services souhaite restreindre ou limiter l'utilisation de sa marque dans les moteurs de recherche. De la même façon, une telle restriction ne serait pas non plus « de nature à diminuer significativement le volume global des ventes en ligne sur le marché » considéré ou empêchant « l'utilisation effective d'un ou plusieurs supports publicitaires » par les acheteurs ou leurs clients (projet de lignes directrices, §. 188).

La Commission devrait ainsi clarifier le § 192(f) pour qu'il vise exclusivement l'hypothèse d'un schéma de distribution « classique », dans lequel un fournisseur restreindrait la capacité de son distributeur indépendant (revendeur) à acheter la marque du fournisseur à titre de mot-clé sur les moteurs de recherche. Le projet de lignes directrices devrait être clarifié pour que les autres hypothèses de restrictions de la publicité en ligne, notamment dans le cadre des relations avec les plateformes d'intermédiation en ligne, soient couvertes par l'exemption catégorielle, ou à défaut fassent l'objet d'une analyse concurrentielle complète au vu de l'ensemble des éléments du contexte économique et juridique de chaque espèce.

L'exclusion générale du statut d'agent « en principe » pour tous les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne doit être clarifiée.

Si la Commission devait maintenir sa nouvelle approche consistant à considérer qu'en principe une plateforme en ligne ne peut pas être un agent au sens du droit de la concurrence, les Lignes directrices devraient clarifier les droits et obligations des vendeurs de biens ou services et de la plateforme d'intermédiation en ligne facilitant la conclusion de transactions entre les vendeurs de biens ou services et les clients finaux.

En particulier, le projet de lignes directrices devrait mentionner la conformité à l'article 101(1) TFUE d'un accord entre un vendeur de biens ou services et une plateforme en ligne aux termes duquel il appartient au vendeur (et non à la plateforme) de fixer les conditions commerciales et tarifaires des biens ou services vendus par l'intermédiaire de la plateforme en ligne.

4. Les obligations de parité (article 5 -d)

Le projet de règlement supprime le bénéfice de l'exemption catégorielle pour les obligations de parité de vente au détail sur tous les canaux de vente indirecte (« clause de la nation la plus favorisée » ou clauses de parités élargies) imposées par un service d'intermédiation en ligne. Sauf exception, ces clauses étaient jusqu'alors exemptées par catégorie jusqu'aux seuils d'exemption de 30 % de part de marché.

- Orientations envisagées par la Commission dans le cadre du projet de règlement

Ce type d'obligation paritaire étant désormais exclu de l'exemption, ces clauses seront évaluées individuellement, en fonction de leur effet, au regard de l'article 101 TFUE.

Cette exclusion est cohérente avec les dispositions envisagées par la Commission dans le DMA. De manière générale, les autorités de concurrence considèrent de plus en plus que ces clauses élargies soulèvent de réelles difficultés de concurrence en créant un lien de dépendance économique entre les plateformes et leurs partenaires commerciaux.

Parallèlement, le projet de règlement maintient le bénéfice de l'exemption par catégorie aux obligations de parité restreinte qui visent les canaux de vente directe ou de commercialisation directe (sites de vente directe). Ces obligations de parité restreinte, ainsi que les obligations de parité pour la vente en gros, bénéficient toujours de la zone de sécurité prévue par le projet de règlement, sous réserve du respect de ses conditions générales d'application, notamment le seuil de part de marché de 30 % (article 3).

- Position des entreprises de l'Afep

Les entreprises adhèrent à l'exclusion, prévue dans l'article 5.1 - d), du bénéfice de l'exemption catégorielle pour les clauses de parité élargie imposées par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne.

A l'inverse, les entreprises regrettent que la Commission hésite encore à reconnaître le caractère nocif des clauses de parité étroite, alors que depuis 10 ans il existe une pratique décisionnelle et une littérature

désormais abondante sur le sujet[3]. L'expérience acquise montre que la suppression des clauses de parité large ne suffit pas mais qu'il faut aller au-delà.

Les entreprises demandent que l'article 5.1 (d) du projet de règlement soit modifié pour que les clauses de parité restreintes soient également exclues du bénéfice de l'exemption catégorielle. Leurs effets anticoncurrentiels, lorsqu'elles sont imposées par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne, sont désormais suffisamment démontrés pour que ces clauses ne puissent plus être présumées conformes au droit de la concurrence. Une analyse individuelle est nécessaire au cas par cas.

*

AU SUJET DE L'AFEP

Depuis 1982, l'Afep regroupe de grandes entreprises présentes en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles, a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision de ses membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour parvenir à la croissance et à l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la priorité de l'Afep. L'Afep compte plus de 110 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel cumulé s'élève à 2 600 milliards d'euros.

Contacts:

Emmanuelle Flament-Mascaret – Directeur Droit économique / concurrence@afep.com
Alix Fontaine – Chargée de mission Affaires européennes / a.fontaine@afep.com

[3] Etudes d'appui à l'évaluation du VBER, Commission européenne
Rapport Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye, Heike Schweitzer sur la politique de concurrence à l'ère du numérique – 2019
Législations nationales en France, Belgique, Italie et Autrice dans le secteur de la distribution hôtelière en ligne ayant interdit les clauses de parité large et étroite imposées par les plateformes d'intermédiation en ligne
Récent jugement Booking.com en Allemagne (mai 2021)