Le 17 septembre 2021

Contribution du groupe de travail de l'Association Française d'Etude de la Concurrence à la consultation publique du 9 juillet 2021 de la Commission européenne portant sur les projets de règlement d'exemption verticale par catégorie et de lignes directrices sur les restrictions verticales

L'Association Française d'Etude de la Concurrence (ci-après l'« **AFEC** ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF).

L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence.

Le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées[1] (ci-après l'« ***Actuel Règlement*** ») expirera le 31 mai 2022.

En prévision, la Commission européenne (ci-après la « ***Commission*** ») a initié les travaux destinés à déterminer si elle doit laisser ce texte ainsi que les Lignes directrice sur les restrictions verticales du 19 mai 2010[2] (ci-après les « ***Actuelles LD*** ») l'accompagnant expirer, les prolonger ou les modifier.

Le 3 octobre 2018, la Commission a ainsi lancé la phase d'évaluation de l'Actuel Règlement et des Actuelles LD, incluant une consultation publique qui s'est tenue entre le 4 février et le 27 mai 2019.

---

1 *JOUE* n° L. 102, 23 avril 2010, p. 1.

2 Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE* n° C. 130, 19 mai 2010, p. 1.

Elle a conclu cette phase d'évaluation par la publication le 7 octobre 2020 d'un Document de travail interne (*Staff Working Document*) aux termes duquel il était décidé de modifier l'Actuel Règlement ainsi que les Actuelles LD et de passer à la phase suivante du processus de révision.

Cette seconde phase, dite d'analyse d'impact, s'est ouverte par la publication d'une Etude d'impact initiale (*Inception Impact Assessment*) du 23 octobre 2020 et l'organisation d'une consultation publique sur cette étude devant prendre fin le 20 novembre prochain.

C'est dans ce contexte que l'AFEC a souhaité participer à cette consultation publique. Pour ce faire, elle a constitué un groupe de travail (ci-après le « ***Groupe de Travail*** ») destiné à analyser ce document et produire un rapport lequel fut remis le 20 novembre 2021.

Tirant les conclusions de cette Etude d'impact initiale, la Commission a pris le parti de remplacer l'Actuel Règlement et les Actuelles LD par deux nouveaux textes dont les projets (ci-après respectivement le « ***Projet de Règlement*** » et le « ***Projet de LD*** ») ont été rendus publics le 9 juillet 2021. Cette institution appelait toute personne intéressée à lui faire parvenir ses observations sur ces projets jusqu'au 17 septembre 2021.

Désireux de poursuivre son travail de l'automne 2020, l'AFEC a alors réuni à nouveau le Groupe de Travail[3] pour revoir le Projet de Règlement et le Projet de LD afin de rédiger la présente contribution écrite à la consultation publique.

Les observations ci-après n'engagent en rien les membres de l'AFEC à titre individuel mais constituent une synthèse des opinions diverses échangées lors des travaux du Groupe de Travail.

1. LES OBJECTIFS DE CETTE REFONTE

Selon la Commission, le Projet de Règlement et le Projet de LD répondent aux trois objectifs suivants :

- réajuster la sphère de sécurité établie par l'Actuel Règlement afin d'éliminer les faux positifs et réduire les faux négatifs dans le cadre de l'Actuel Règlement. La Commission entend par :

    - faux positifs : les accords verticaux et les restrictions verticales qui figurent actuellement dans la zone de sécurité de l'Actuel Règlement mais dont on ne peut pas présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent les conditions d'une

[3] Le Groupe de Travail était coordonné par Madame Nathalie Pétrignet, avocate (CMS Francis Lefebvre Avocats) et Monsieur Jérémy Bernard, avocat (Delcade Avocats & Solicitors). Ont participé aux travaux du Groupe de Travail : Mesdames Muriel Chagny, Professeur des Universités, Marine Bonnier, avocate (CMS Francis Lefebvre Avocats), Mathilde Boudou, avocate (Jean-Claude Coulon & Associés), Diane Ferré, Doctorante et Chargée de recherche (CMS Francis Lefebvre Avocats), Elisabeth Flaicher-Maneval, avocate (CMS Francis Lefebvre Avocats), Emmanuelle Flament Mascaret, Directrice Affaires commerciales et Propriété intellectuelle (Association française des entreprises privées), Cynthia Picart, avocate (Picart), Mélanie Ravoisier-Ranson, avocate (Picart) et Laura Schulz, économiste (RBB Economics), ainsi que Messieurs, Pierre Freaud, avocat (Magenta), Jean-Louis Fourgoux, avocat (Fidal), Gaël Hichri, avocat (Magenta) et Petar Petrov, assistant universitaire (Wirtschaftsuniversität Wien).

exemption au titre du troisième paragraphe de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « ***TFUE*** ») ; et

- faux négatifs : les accords verticaux et les restrictions verticales qui ne bénéficient actuellement pas de cette zone de sécurité mais dont on peut présumer avec suffisamment de certitude qu'ils remplissent, sous certaines conditions, les conditions d'une exemption au titre de ce troisième paragraphe de l'article 101 du TFUE.

- fournir aux parties prenantes des orientations actualisées face à un environnement remodelé par la croissance du commerce électronique et des plateformes en ligne, et garantir une application plus harmonisée des règles de concurrence relatives aux accords verticaux dans l'ensemble de l'Union européenne.

- réduire les coûts de mise en conformité pour les entreprises en introduisant des simplifications dans les domaines où les règles actuelles sont complexes, en rationalisant les orientations existantes.

2. LES PRINCIPALES MODIFICATIONS

2.1. La double distribution

2.1.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur

La double distribution désigne les situations dans lesquelles un fournisseur vend ses produits ou services, non seulement par l'intermédiaire de distributeurs indépendants, mais aussi directement aux clients finals, en concurrence directe avec ses propres distributeurs indépendants.

Actuellement, les accords entre concurrents ne sont pas couverts par l'Actuel Règlement et doivent être appréciés au regard des règles de concurrence relatives aux accords horizontaux. L'article 2, paragraphe 4, de l'Actuel Règlement et le point 28 des Actuelles LD prévoient toutefois une exception à cette règle pour la double distribution laquelle relève dès lors des règles de concurrence en matière d'accords verticaux.

2.1.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations

Dans ses précédentes consultations l'AFEC avait préconisé les changements suivants :

- maintien de l'exception verticale pour la double distribution aux motifs que :

  - cette exception offre la possibilité de mettre en place une distribution omnicanale prisée par les fournisseurs et les clients.

  - la double distribution est un système particulièrement avantageux pour les petits fournisseurs qui peuvent conserver une partie de la marge de distribution.

- la double distribution a des effets pro-concurrentiels (multiplicité des points de vente et augmentation de l'accès aux produits, concurrence stimulée, transparence accrue des prix).

- extension de l'exemption à la double distribution pratiquée par les grossistes et/ou les importateurs. En effet, les grossistes et les importateurs pratiquant la double distribution sont, vis-à-vis des revendeurs, dans une position similaire à celle des fabricants pratiquant la double distribution, ce qui justifierait que l'exception du quatrième paragraphe de l'article 2 de l'Actuel Règlement leur soit étendue.

- limitation éventuelle de la portée de l'exemption aux situations peu susceptibles de soulever des problèmes horizontaux, par exemple en introduisant un seuil basé sur les parts de marché des parties sur le marché de détail, et alignement du champ d'application de l'exemption sur ce qui est considéré comme exempté en vertu des règles horizontales. Toutefois, l'AFEC n'avait pas proposé de seuils en raison de l'absence d'un consensus de ses membres sur le sujet.

- précision en matière de plateformes hybrides : l'AFEC avait également suggéré de préciser si l'exception ne concerne que les fabricants ayant décidé de vendre directement leurs produits ou si elle vise également les plateformes hybrides et notamment considérer qu'il était nécessaire :

  - de prévoir pour les plateformes hybrides des limitations à l'exemption afin notamment de prévenir les comportements dignes d'un « passager clandestin » ; et

  - d'éclaircir la notion de prestataire de services à plusieurs niveaux d'activités commerciale.

2.1.3. Présentation des propositions de la Commission

La Commission a retenu les modifications suivantes dans son Projet de Règlement et son Projet de LD :

- exclusion du champ d'application de la zone de sécurité existante des scénarii de double distribution pouvant donner lieu à des problèmes de concurrence horizontaux[4].

- extension de l'exemption à la double distribution pratiquée par les grossistes et/ou les importateurs[5].

- exclusion de cette exception pour les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne[6].

---

4 Projet de Règlement, art. 2, § 4 à 7.

5 Projet de Règlement, art. 2, § 4, pt. a).

6 Projet de Règlement, art. 2, § 7.

Article 2

Exemption

1. Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux.

[…]

4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. En revanche, elle s'applique à tous les aspects d'un accord vertical non réciproque entre entreprises concurrentes si:

(a) le fournisseur est un producteur, un grossiste ou un importateur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise concurrente qui fabrique, vend en gros ou importe et que sa part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] %; ou

(b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète les services contractuels et que sa part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné ne dépasse pas [10] %.

5. Si la part de marché cumulée du fournisseur concurrent et de l'acheteur mentionnés à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b) dépasse [10] % sur le marché de vente au détail concerné, mais ne dépasse pas les seuils de part de marché établis à l'article 3, l'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique, sauf en ce qui concerne tout échange d'informations entre les parties, qui doit être évalué selon les règles applicables aux accords horizontaux.

6. Les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), et à l'article 2, paragraphe 5, ne s'appliquent pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet de restreindre la concurrence entre le fournisseur concurrent et l'acheteur.

7. Les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), ne s'appliquent pas si un fournisseur de services d'intermédiation en ligne qui vend également des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles il fournit des services d'intermédiation en ligne conclut un accord vertical non réciproque avec lesdites entreprises concurrentes ».

2.1.4. Remarques sur ces propositions

Comparaison entre les propositions de l'AFEC et la position de la Commission reflétée par son Projet de Règlement et son Projet de LD :

- globalement, les recommandations de l'AFEC ont été retenues par la Commission, ce dont la première se félicite.

- toutefois, l'AFEC avait suggéré que les échanges d'informations entre le fournisseur et le distributeur dans le cadre de cette relation verticale soient couverts par l'exemption ce qui n'est pas le cas dans du Projet de Règlement[7].

Nouveaux commentaires de l'AFEC :

- **Au sujet de l'article 2, paragraphe 4, du Projet de Règlement (introduction d'un seuil pour la double distribution)**

L'introduction d'un nouveau seuil pour la distribution duale (alors que ce n'est pas son montant relativement au marché pertinent qui est en jeu mais bien sa création) est très problématique. Il entrainera en effet une complexification et une insécurité juridique lesquelles seront liées à la difficulté de déterminer des parts de marché et contribueront à déstabiliser une modalité de distribution qui a fait ses preuves.

De plus, l'exclusion de l'exemption pour les échanges d'information entre des parties détenant sur le marché de détail entre 10 et 30 % de parts de marché parait être une source de complexification et d'insécurité juridique qui ne se justifie pas au regard du faible risque que de tels échanges d'information font peser sur la concurrence dans de telles hypothèses.

L'AFEC considère qu'il serait plutôt préférable 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. En effet et notamment en matière d'informations relatives aux volumes de vente, le fournisseur a une idée assez précise de ce que revend son distributeur puisque celui-ci a des stocks réduits au minimum, voire travaille en flux tendus. Il peut également se renseigner sur les prix de ses revendeurs lorsque ceux-ci sont publics, notamment en faisant pratiquer un relevé de prix.

- **Au sujet de l'article 2, paragraphe 7, du Projet de Règlement (exclusion des fournisseurs de service d'intermédiation en ligne)**

Cette disposition crée une forme d'incertitude quant à la notion de « services en concurrence » sur les services d'intermédiation en ligne.

[7] Projet de Règlement, art. 2, § 5.

Il est permis de s'interroger sur les raisons conduisant la Commission à exclure de l'exemption les plateformes hybrides quelles que soient leur taille ou leur activité. Si les abus des passagers clandestins (« *freeriders* ») doivent pouvoir être écartés, la solution retenue parait trop extensive. En effet, dans la plupart des cas, ces acteurs ne produisent ni ne vendent par eux-mêmes aucun produit qui seraient susceptibles de concurrencer ceux des entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne.

Le paragraphe 44 du Projet de LD précise, quant à lui, 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, paragraphe 1* » du TFUE.

Cette approche semble trop restrictive : 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.

Ainsi, 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 sa proposition de règlement relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique ou *Digital Market Act* (ci-après le « ***Projet de DMA*** »).

2.2. Les obligations de parité

2.2.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur

Les clauses de parité imposent à une entreprise d'offrir à son contractant (par exemple à une plateforme en ligne) les mêmes conditions ou des conditions meilleures que celles qu'elle offre sur les autres (ou certaines autres) canaux de vente. Les clauses dites de parité étendue concernent généralement les conditions offertes sur tout autre canal de vente (y compris d'autres plateformes et les canaux de vente directs de l'entreprise), tandis que les clauses dites de parité restreinte ne concernent généralement que les canaux de vente directs de l'entreprise (par exemple, son site *web*).

Actuellement, tous les types d'obligation de parité sont exemptées en vertu de l'Actuel Règlement mais la Commission relève que ces clauses ont été de plus en plus souvent soumises à des mesures d'encadrement des autorités de concurrence au cours des dernières années.

2.2.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations

Dans ses précédentes consultations, l'AFEC recommandait de supprimer le bénéfice de l'exemption par catégorie à tous les types d'obligations de parité en les ajoutant à la liste des restrictions exclues (de l'article 5 de l'Actuel Règlement), prônant ainsi une évaluation individuelle fondée sur les effets dans toutes les hypothèses.

L'AFEC s'inquiétait particulièrement des effets anticoncurrentiels éventuels des clauses de parité exigées par les plateformes (appartenant à un marché biface et détenant une part de marché supérieure ou non à 30 %) et précisait les cas dans lesquels une clause de parité pouvait être pro-concurrentielle.

2.2.3. Présentation des propositions de la Commission

Le Projet de Règlement contient les modifications suivantes :

- suppression du bénéfice de l'exemption par catégorie aux obligations de parité entre plateformes pour la vente au détail, qui sont imposées par le fournisseur de services d'intermédiation en ligne :

Article 5 **Restrictions exclues** *1.L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux :* […] *(d) toute obligation directe ou indirecte interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables en utilisant des services d'intermédiation en ligne concurrents*.

- en revanche, le Projet de Règlement accorde toujours le bénéfice de l'exemption par catégorie aux obligations de parité restreinte, à savoir celles relatives aux canaux de vente directe ou de commercialisation directe. Ces obligations de parité restreinte, ainsi que les obligations de parité pour la vente en gros, continueront de bénéficier de la zone de sécurité prévue par le Projet de Règlement, pour autant que les conditions générales d'application dudit Projet de Règlement, notamment le seuil de part de marché de 30 % prévu à son article 3, soient respectées.

2.2.4. Remarques sur ces propositions

Comparaison entre les propositions de l'AFEC et la position de la Commission reflétée par son Projet de Règlement et son Projet de LD :

La Commission a limité l'ajout des clauses de parité à la liste des restrictions exclues aux seules clauses de parité relatives à des canaux de vente indirecte alors que l'AFEC avait recommandé que les clauses de parité restreintes (et donc relatives au site de vente directe de l'acheteur) y figurent également.

Nouveaux commentaires de l'AFEC :

- **Question sur l'ajout des clauses de parité « étroites » à la liste des restrictions exclues**

L'AFEC partage l'analyse des clauses de parité figurant à la section 8.2.5 du Projet de LD et se trouve être favorable à l'inclusion des clauses de parité « étendues » parmi la liste des restrictions exclues au titre de l'article 5 du Projet de Règlement, comme prévu par lui.

En ce qui concerne les clauses de parité « étroite », l'AFEC partage également le point de vue de la Commission selon lequel ces clauses sont *a priori* (i) moins susceptibles d'emporter d'effets anticoncurrentiels que les clauses de parité « étendues » et (ii) plus susceptibles de générer des gains d'efficience que les clauses de parité « étendues ».

Pour autant, l'AFEC considère que lorsque des clauses de parité « étroites » sont mises en œuvre par plusieurs plateformes, cela peut conduire à une uniformité des prix sur l'ensemble des canaux de distribution, comme en présence d'une clause de parité étendue.

Par exemple, si les plateformes A et B imposent à leurs utilisateurs de souscrire à des clauses de parité « étroite », un vendeur présent sur ces deux plateformes ne pourra pratiquer, ni sur A ni sur B, de prix plus élevés que sur son propre canal de distribution V. En pratique, cela peut conduire à un prix égal sur A, B et V, à moins que le vendeur n'accepte de pratiquer un prix supérieur sur son propre canal V que sur l'une des deux plateformes A et B, ce qui ne serait *a priori* pas rationnel puisque l'on peut supposer que ce vendeur préfère éviter de payer la commission des plateformes sur chaque vente.

Par conséquent, il pourrait être préférable de se prémunir contre le risque qu'une clause de parité « étroite » aboutisse aux mêmes effets que les clauses de parité « étendue », en plaçant les premières également dans la liste des restrictions exclues de l'article 5 du Projet de Règlement.

2.3. Les restrictions de ventes actives

2.3.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur

Les restrictions de ventes actives visent les accords ou pratiques concertées ayant pour objet de restreindre le territoire sur lequel ou la clientèle à laquelle un acheteur peut vendre les biens ou les services contractuels (désignées comme les « restrictions territoriales et de clientèle »).

Actuellement, ces restrictions sont considérées comme des restrictions caractérisées par l'Actuel Règlement à l'exception des deux hypothèses suivantes :

- les ventes actives sur des territoires exclusifs peuvent ainsi être restreintes en vertu de son article 4, point b), i).

- les ventes actives ayant pour objet d'empêcher les ventes effectuées par des distributeurs qui n'ont pas été agréés sur les territoires où un fournisseur met en œuvre un système de distribution sélective peuvent être restreintes en vertu de son article 4, point b), iii).

Cela signifie que l'acheteur doit, d'une façon générale, pouvoir prospecter activement des clients individuels (et procéder à des « ventes actives ») et répondre aux demandes qu'il n'a pas sollicitées de clients individuels (et réaliser des « ventes passives »).

2.3.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations

Dans ses précédentes consultations, l'AFEC avait recommandé :

- une extension de l'exemption des restrictions aux ventes actives afin de donner aux fournisseurs plus de flexibilité pour concevoir leurs réseaux de distribution de manière à mieux répondre à leurs besoins.

- un éclaircissement de la distinction entre « ventes actives » et « ventes passives », notamment pour la rendre plus accessible aux entreprises ne disposant pas d'un grand service juridique et l'adapter à la vente en ligne.

- une possibilité de combiner les systèmes de distribution exclusive et sélective à différents niveaux de la chaîne et sur le même territoire, comme cela se pratiquait dans le secteur automobile sous l'empire du défunt règlement (CE) n° 1400/2002.

- une protection des réseaux de distribution sélectifs contre les ventes réalisées par des revendeurs hors réseau situés en dehors du territoire.

2.3.3. Présentation des propositions de la Commission

Les propositions de modifications de la Commission sont les suivantes :

- une définition des restrictions des ventes actives remaniée[8] :

Article premier **Définitions** *1.Aux fins du présent règlement, on entend par :* […] *(n) « restriction des ventes actives ou passives » : une restriction des ventes actives au sens de l'article 1er, point l), ou des ventes passives au sens de l'article 1er, point m). En ce qui concerne la vente de biens et de services en ligne, une restriction qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulée avec d'autres facteurs, a pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser de manière effective l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne ou d'utiliser de manière effective un ou plusieurs canaux publicitaires en ligne constitue une restriction des ventes actives ou passives, qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulée avec d'autres facteurs sur lesquels l'une ou l'autre des parties peut influer, a pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou le groupe de clients auquel, les acheteurs peuvent vendre les biens ou les services contractuels ou, dans le cas de la distribution sélective, de restreindre les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché.*

- en matière de distribution exclusive[9] :

  - l'introduction d'une exclusivité partagée permettant au fournisseur de désigner plusieurs distributeurs exclusifs sur un territoire donné ou pour une clientèle donnée.

  - la possibilité pour le fournisseur d'imposer à ses acheteurs de répercuter la restriction sur leurs clients lorsque le client de l'acheteur a conclu un accord de distribution avec le fournisseur ou avec une partie à laquelle le distributeur a accordé des droits de distribution :

8 Projet de Règlement, art. 1er, § 1er , pt. n).

9 Projet de Règlement, art. 4, pt. b).

Article 4

Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie - restrictions caractérisées

« L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet :

[…]

(b) si le fournisseur exploite un réseau de distribution exclusive, de restreindre le territoire sur lequel, ou les clientèles auxquelles, un acheteur ou un nombre restreint d'acheteurs, auquel un territoire ou une clientèle a été exclusivement alloué, peut vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de:

(i) la restriction des ventes actives du distributeur exclusif ou du distributeur exclusif et de ses clients qui ont conclu un accord de distribution avec le fournisseur ou avec une partie qui a obtenu des droits de distribution du fournisseur, sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués exclusivement à un acheteur ou à un nombre limité d'autres acheteurs,

[…]. »

- en matière de distribution sélective, le Projet de Règlement accorde une protection renforcée contre les ventes effectuées par des distributeurs qui n'ont pas été agréés et situées sur le territoire sur lequel s'étend la distribution sélective :

Article 4

Restrictions retirant le bénéfice de l'exemption par catégorie - restrictions caractérisées

« *L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, ont pour objet :*

[…]

(c) si le fournisseur exploite un système de distribution sélective :

(i) la restriction du territoire sur lequel, ou de la clientèle à laquelle, les membres du système de distribution sélective peuvent vendre activement ou passivement les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de :

– la restriction des ventes actives des membres du système de distribution sélective ou des membres de ce système et de leurs clients qui ont conclu un accord de distribution avec le fournisseur ou avec une partie qui a obtenu des droits de distribution du fournisseur, sur un autre territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués exclusivement à un acheteur ou à un nombre limité d'acheteurs,

– la restriction des ventes actives ou passives des membres du système de distribution sélective et de leurs clients à des distributeurs non agréés situés sur le territoire du système de distribution sélective,

– la restriction du lieu d'établissement des membres du système de distribution sélective,

– la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que grossistes sur le marché,

– la restriction de la capacité de vendre activement ou passivement des composants destinés à l'incorporation à un produit à des clients qui pourraient les utiliser pour la fabrication de biens analogues à ceux qui sont produits par le fournisseur ;

(ii) la restriction des fournitures croisées entre les membres du système de distribution sélective qui agissent à des niveaux commerciaux identiques ou différents ;

(iii) la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillants sur le marché, sauf dans la situation prévue au premier tiret de l'article 4, point c) i) ».

2.3.4. Remarques sur ces propositions

Comparaison entre les propositions de l'AFEC et la position de la Commission reflétée par son Projet de Règlement et son Projet de LD :

L'AFEC se félicite de ce que ses recommandations ont été globalement suivies, sous une réserve.

Nouveaux commentaires de l'AFEC :

- **Question sur le cumul des distributions sélectives et exclusives**

Il est regrettable que la Commission refuse de s'inspirer de son défunt règlement (CE) n° 1400/2002. En effet, dans les secteurs pour lesquels les distributeurs peuvent être amenés à réaliser d'importants investissements pour être agréés, le cumul des distributions exclusives et sélectives permet à ces distributeurs d'espérer être en mesure d'amortir ces investissements avec un degré de certitude important grâce à une exclusivité territoriale ou de clientèle.

Faute de disposer d'une telle exclusivité, l'accès aux produits permettant le financement desdits investissements pourrait être compliqué pour plusieurs distributeurs, puisque ceux-ci sont souvent des petites et moyennes entreprises (PME). Dès lors, l'entrée voire le maintien de ces distributeurs sur le marché pourrait s'en trouver compliqués et éventuellement compromis pour les plus petits.

2.4. Les mesures indirectes restreignant les ventes en ligne

2.4.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur

Les ventes en ligne sont généralement considérées comme une forme de vente passive et les restrictions empêchant les distributeurs de vendre *via* Internet sont considérées comme des restrictions caractérisées ne pouvant bénéficier de la zone de sécurité de l'Actuel Règlement. Plus encore, elles sont également vues comme des restrictions par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1er, du TFUE.

Les règles actuelles appliquent la même approche à deux types de mesures indirectes susceptibles de rendre les ventes en ligne plus difficiles.

- le paragraphe 52, d), des Actuelles LD prévoit que l'application à un même distributeur d'un prix de gros plus élevé pour les produits destinés à être vendus en ligne que pour les produits vendus hors ligne (dit « système de double prix ») constitue une restriction caractérisée.

- leur paragraphe 56 précise que cela vaut également pour l'imposition aux ventes en ligne de critères qui ne sont pas globalement équivalents à ceux imposés aux ventes dans les magasins physiques (dit « principe d'équivalence ») dans le cadre de la distribution sélective.

2.4.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations

Dans ses précédentes consultations, l'AFEC avait estimé que l'interdiction du double prix devait être supprimée et qu'il devrait être permis à un fournisseur de pratiquer des prix de gros différents à un même distributeur selon que les produits sont revendus en ligne ou hors ligne.

L'AFEC relevait que cela permettrait de :

- rééquilibrer les coûts supportés pour une distribution dans un magasin physique et les coûts (souvent moindres) supportés pour une distribution en ligne, et d'encourager les investissements nécessaires pour développer les points de vente hors ligne ; et

- réduire le risque de parasitisme de distributeurs qui disposeraient d'un ou plusieurs magasins physiques, mais qui proposeraient peu de services hors ligne (notamment des services avant-vente) ou qui auraient peu de magasins physiques et privilégieraient la vente des produits à bas prix sur Internet, s'appropriant ainsi indûment les efforts de vente réalisés par d'autres distributeurs à travers leurs magasins physiques.

En outre, l'AFEC estimait que :

- le fournisseur devait pouvoir justifier du différentiel de prix.

- le principe d'équivalence devait être supprimé en raison de son application trop approximative et la nécessité de clarifier la portée de l'arrêt *Coty Germany GmbH*[10] de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la « ***Cour*** »).

2.4.3. Présentation des propositions de la Commission

La Commission se propose d'appliquer les modifications suivantes :

- suppression de l'interdiction du double prix : l'article 4 du Projet de Règlement ne qualifie plus le système de double prix de restriction caractérisée. En conséquence, il permet aux fournisseurs de fixer des prix de gros différents pour les ventes en ligne et hors ligne d'un même distributeur, dans la mesure où cela vise à encourager ou à récompenser un niveau d'investissement adéquat et où le prix est en rapport avec les coûts d'exploitation liés à chaque canal.

- suppression du principe d'équivalence : dans le cadre d'un système de distribution sélective, les critères imposés par les fournisseurs pour les ventes en ligne ne doivent plus nécessairement être globalement équivalents à ceux imposés aux points de vente physique, ces deux canaux étant de nature intrinsèquement différente.

Les modifications proposées sont subordonnées au même principe limitatif que les restrictions des ventes en ligne en général. Par conséquent, le Projet de Règlement n'admet le système de double de prix et le défaut d'équivalence au bénéfice de l'exemption par catégorie que si ces restrictions n'ont pas, directement ou indirectement, pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser Internet pour vendre leurs biens ou services en ligne.

[10] CJUE, 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16.

2.4.4. Remarques sur ces propositions

Comparaison entre les propositions de l'AFEC et la position de la Commission reflétée par son Projet de Règlement et son Projet de LD :

La Commission a globalement suivi les recommandations de l'AFEC ce dont elle se félicite.

Nouveaux commentaires de l'AFEC :

- **Question sur le double prix**

La proposition de la Commission en la matière semble satisfaisante à l'AFEC dans un contexte où les fournisseurs ont désormais peu d'incitation à empêcher les ventes en ligne.

- **Question sur la justification du différentiel de prix**

S'agissant de la nécessité de justifier du différentiel de prix, la Commission a inscrit au paragraphe 195 du Projet de LD le développement suivant :

> « *Une obligation pour un même acheteur de payer un prix différent pour les produits destinés à être revendus en ligne que pour ceux destinés à être revendus hors ligne peut bénéficier de la zone de sécurité du règlement d'exemption pour autant qu'elle ait pour objet d'encourager ou de récompenser le niveau approprié d'investissements réalisés respectivement en ligne et hors ligne* » (soulignement ajouté).

L'AFEC voit dans le passage souligné de ce paragraphe une obligation indirecte de justification du différentiel de prix. En effet, les entreprises ne peuvent pratiquer un tel différentiel que si elles sont en mesure de le justifier au regard d'un objectif d'encouragement ou de récompense d'un niveau d'investissement supérieur réalisé au sein d'un canal de distribution par rapport à l'autre.

2.5. Les restrictions en ligne

2.5.1. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations

L'AFEC avait recommandé une clarification de la portée de l'arrêt *Coty Germany GmbH* concernant la possibilité d'interdire aux distributeurs de recourir aux plateformes tierces qui n'ont pas été agréées par le fournisseur :

- d'une part, au sein d'un réseau de distribution sélective uniquement sans que cela ne constitue une restriction de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1er, du TFUE, dès lors que cette restriction vise à préserver l'image de marque ou les qualités intrinsèques des produits concernés, qu'elle est appliquée de manière uniforme et sans discrimination et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi ; et

- d'autre part, au sein de tout réseau de distribution en vertu de l'exemption par catégorie de l'Actuel Règlement dès lors qu'il ne paraît pas possible de délimiter, au sein du

groupe d'acheteurs en ligne, les clients des plateformes tierces et que les distributeurs sont autorisés à faire de la publicité sur des plateformes tierces au moyen de moteurs de recherche en ligne de sorte que les clients soient en mesure de trouver l'offre en ligne des distributeurs agréés en utilisant ces moteurs de recherche.

2.5.2. Les propositions de la Commission

Les précisions apportées par le Projet de Règlement et le Projet de LD sont les suivantes :

- l'article 1er, paragraphe 1er, point n), du Projet de Règlement prévoit un seuil précis pour apprécier les restrictions caractérisées dans un environnement remodelé par la croissance des ventes en ligne. Les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs, ont pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser Internet de manière effective pour vendre leurs biens ou services en ligne, ou d'utiliser de manière effective un ou plusieurs canaux publicitaires en ligne, sont définies comme constitutives de restrictions des ventes actives ou passives et dès lors constituent des restrictions caractérisées au sens de l'article 4 du Projet de Règlement.

Article premier

Définitions

« 1. Aux fins du présent règlement, on entend par :

[…]

(n) « restriction des ventes actives ou passives »: une restriction des ventes actives au sens de l'article 1er, point l), ou des ventes passives au sens de l'article 1er, point m). En ce qui concerne la vente de biens et de services en ligne, une restriction qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulée avec d'autres facteurs, a pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser de manière effective l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne ou d'utiliser de manière effective un ou plusieurs canaux publicitaires en ligne constitue une restriction des ventes actives ou passives, qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulée avec d'autres facteurs sur lesquels l'une ou l'autre des parties peut influer, a pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou le groupe de clients auquel, les acheteurs peuvent vendre les biens ou les services contractuels ou, dans le cas de la distribution sélective, de restreindre les ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché ».

- la section 6.1.2 du Projet de LD fournit des orientations supplémentaires sur ces restrictions caractérisées :

    - elle explicite dans quels cas un comportement en ligne relève de la vente active ou passive. Par exemple, tandis que l'exploitation d'un site *web* constitue une

forme de vente passive, le fait de le traduire dans une langue qui n'est pas utilisée couramment sur le territoire du distributeur relève d'une forme de vente active.

- elle prévoit également qu'une restriction du recours à des sites *web* de comparaison de prix ou au référencement payant sur des moteurs de recherche est assimilable à une restriction caractérisée au sens du Projet de Règlement. En effet, le recours à la publicité permet au distributeur d'attirer des clients potentiels sur son site Internet, ce qui est une condition préalable à toute vente en ligne. A l'inverse, les restrictions de la publicité en ligne qui n'excluent pas spécifiquement certains canaux de publicité en ligne bénéficient de l'exemption par catégorie puisqu'il s'agit de restrictions qui sont liées au contenu de la publicité en ligne ou qui fixent certaines normes de qualité comme précisé au paragraphe 193 du projet de LD ainsi que suit :

  « *En revanche, au titre du règlement d'exemption, les fournisseurs ont le droit de donner certaines instructions à leurs distributeurs concernant la manière dont leurs produits doivent être vendus. Un fournisseur a le droit d'imposer des exigences de qualité à ses distributeurs, indépendamment du modèle de distribution utilisé* ».

- les autres actualisations dans le cadre du Projet de LD révisées sur les restrictions verticales comprennent l'introduction d'une section consacrée aux restrictions du recours aux plateformes en ligne et aux outils de comparaison des prix[11].

2.5.3. Remarques sur ces propositions

Comparaison entre les propositions de l'AFEC et la position de la Commission reflétée par son Projet de Règlement et son Projet de LD :

Force est de constater que les propositions de l'AFEC n'ont pas été suivies en la matière.

Nouveaux commentaires de l'AFEC :

- **Question de la cohérence du Projet de Règlement avec le Projet de DMA**

En matière de restrictions en ligne, le Projet de Règlement adopte une approche « *one size fits it all* », laquelle s'opposerait à la logique d'une régulation plus ciblée issue du Projet de DMA.

Si ce Projet de DMA n'a pas encore été adopté et se trouve être susceptible de modification, il serait opportun d'en tenir compte dans le Projet de Règlement et le Projet LD car une nouvelle révision de ces textes au cours des deux prochaines années paraît pour le moins irréaliste, notamment en raison de la durée relativement longue de la procédure législative.

[11] Projet de LD, sect. 8.2.3 et 8.2.4.

Si la Commission préfèrerait ne pas tenir compte de ce texte tant qu'il est à l'état de projet, l'AFEC considère qu'il vaudrait mieux attendre son adoption pour achever la révision de l'Actuel Règlement et des Actuelle LD, ou à tout le moins prévoir une forme de « rendez-vous » par laquelle la Commission s'obligerait à revoir son nouveau règlement d'exemption et ses nouvelles lignes directrices en matière de restrictions verticales une fois le Projet de DMA publié pour en tirer toutes les conséquences

- **Admission de l'interdiction de revente sur les places de marché**

Selon la Commission, les accords verticaux comportant une restriction de l'utilisation d'un canal de vente en ligne donné, par exemple les places de marché en ligne, ou établissant des normes de qualité pour la vente en ligne, peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, indépendamment du système de distribution utilisé par le fournisseur si cette restriction n'a pas pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients de faire un usage effectif de l'Internet pour vendre leurs biens ou services en ligne ou d'utiliser effectivement un ou plusieurs supports publicitaires en ligne.

Certaines positions – minoritaires – considèrent qu'avec le Projet de Règlement et le Projet de LD, la Commission adopterait une approche trop indulgente vis-à-vis de pratiques de restriction des ventes sur les plateformes ce qui pourrait ouvrir la porte à un ensemble de restrictions verticales prétendument conformes au droit de la concurrence.

- **Inquiétude quant à la question de l'image de marque**

Le fait de considérer les restrictions au recours à des sites de comparaison comme une restriction caractérisée semble à l'AFEC très dangereux pour la protection de l'image de marque.

Il est difficile de comprendre pourquoi la Commission propose de traiter différemment les interdictions de vente sur des places de marché et les interdictions de recours à des sites de comparaison.

Dans les deux cas, ces restrictions verticales permettent à un fournisseur de protéger son image de marque, en empêchant que les produits de sa marque apparaissent sur des sites avec lesquels ce fournisseur n'a pas de lien contractuel et qu'il ne peut donc pas contrôler (*cf.* sur cette question de l'absence de contrôle faute de lien contractuel, l'arrêt *Coty Germany GmbH*).

Sur les sites de comparaison, les produits d'une marque peuvent en effet être disposés aux côtés de produits de marques moins prestigieuses, voire de produits contrefaits ou issus du marché gris. Cela peut être à la fois préjudiciable à l'image de marque des premiers et faciliter les comportements de « passager clandestin » entre distributeurs agréés et ceux qui ne l'ont pas été, limitant ainsi l'incitation des distributeurs agréés à fournir des services « avant-vente » et à véhiculer l'image de marque.

Par ailleurs, sur les sites de comparaison de prix, l'insistance sur le prix plutôt que sur les autres aspects des produits peut endommager fortement l'image de marque des produits haut-de-gamme ou de luxe.

Bien que la Commission propose d'exempter par catégorie les restrictions à la publicité en ligne imposant que certains standards de qualité soient remplis[12], en pratique, il existe un risque réel que les fournisseurs craignent d'interdire à leurs distributeurs d'utiliser des sites de comparaison, même dans un but pro-concurrentiel de protection de l'image de marque. Ceux-ci pourraient légitimement craindre que ces pratiques soient considérées comme des restrictions caractérisées par les autorités de concurrence.

A cet égard, l'expérience relative aux restrictions en matière de prix de revente appelle la plus grande vigilance d'enseignement. Si la Commission reconnaît cette pratique comme génératrice de gains d'efficience dans certains cas, elle est systématiquement sanctionnée par les autorités nationales de concurrence en Europe.

L'AFEC soutient donc que la Commission devrait exempter par catégorie les restrictions d'utilisation de sites de comparaison au même titre que les interdictions d'utilisation de places de marché, au moins dans le cas de produits vendus sous distribution sélective.

- **Lacune quant à l'hypothèse de restriction en ligne hors d'un réseau de distribution sélective**

Même si l'AFEC regrette que la Commission ne se soit pas prononcée sur le point de savoir si de telles interdictions constituent ou non des restrictions de concurrence au sens de l'article 101 du TFUE lorsqu'elles sont mises en œuvre hors d'un réseau de distribution sélective, nous nous félicitions que cette institution précise désormais que ces interdictions ne relèvent pas (sous certaines conditions) de la catégorie des restrictions caractérisées, et ce quel que soit le système de distribution en cause (sélectif ou non).

Le paragraphe 194 du Projet de LD précise en effet comme suit :

> « *Les accords verticaux comportant une restriction de l'utilisation d'un canal de vente en ligne donné, par exemple les places de marché en ligne, ou établissant des normes de qualité pour la vente en ligne, peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie, indépendamment du système de distribution utilisé par le fournisseur* » (soulignement ajouté).

Une telle reconnaissance nous paraît néanmoins suffisante dans la mesure où elle devrait couvrir une large majorité des situations rencontrées par les entreprises désireuses de contrôler la distribution de leurs produits sur les places de marché en ligne.

[12] Projet de LD, § 196.

- **Précision nécessaire quant à la portée de l'arrêt *Coty Germany GmbH***

Le manque de précision de la portée de l'arrêt *Coty Germany GmbH* est regrettable. Le paragraphe 194 du Projet de LD se contente en effet d'une simple référence à cet arrêt alors que sa portée exacte devrait être précisée, notamment s'agissant des produits concernés.

2.6. L'économie des plateformes

2.6.1. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations

L'AFEC ne s'est pas prononcée précisément sur cette question.

2.6.2. Les propositions de la Commission

La Commission souhaite apporter les indications suivantes :

- l'article 1er, paragraphe 1er, point d), du Projet de Règlement fournit une définition de la notion de fournisseur de services d'intermédiation en ligne, qui est similaire à la définition donnée par l'Actuel Règlement sur les relations entre les plateformes et les entreprises :

Article premier

Définitions

« *1. Aux fins du présent règlement, on entend par:*

[…]

d) « fournisseur », une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne qu'elle soit ou non partie à la transaction qu'elle facilite; «services d'intermédiation en ligne»: les services qui permettent aux entreprises d'offrir des biens ou services à d'autres entreprises ou à des utilisateurs finals, en vue de faciliter les transactions directes entre ces entreprises ou entre ces entreprises et ces utilisateurs finals, que ces transactions soient finalement conclues ou non et indépendamment du lieu où elles l'ont été, et qui constituent des services de la société de l'information au sens de l'article 1er, paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil » ;

- les conséquences de cette précision et de l'application d'un certain nombre d'autres règles aux fournisseurs de services d'intermédiation en ligne sont exposées dans le Projet de LD[13].

- les orientations pertinentes expliquent également pourquoi les entreprises exerçant leurs activités dans l'économie des plateformes en ligne ne peuvent pas être considérées comme des agents à proprement parler[14].

- Comme mentionné ci-dessus dans le contexte des modifications qu'il est proposé d'apporter à l'exception concernant la double distribution, l'article 2, paragraphe 7, du Projet de Règlement prévoit que les fournisseurs hybrides de services d'intermédiation en ligne ne bénéficient pas de la zone de sécurité prévue par l'Actuel Règlement.

2.6.3. Remarques sur ces propositions

Nouveaux commentaires de l'AFEC :

- **Articulation avec le Projet de DMA**

Le Projet de Règlement reprend la définition de services de plateformes telle qu'introduite par le règlement (UE) 2019/1150 du 20 juin 2019[15], dit « Règlement Platform-to-Business » ou « Règlement P2B ». Toutefois, elle ne tient pas suffisamment compte des définitions prévues dans le Projet DMA.

En ce qui concerne les pratiques des plateformes, le Projet de LD doit nécessairement et logiquement s'articuler dans un souci de cohérence et d'efficacité avec les mesures envisagées dans le cadre du Projet de DMA.

A cet égard, certains membres de l'AFEC - minoritaires - font part de leur inquiétude quant à l'idée que le Projet de DMA puisse créer une catégorie de restrictions verticales *per se* applicables aux seuls « contrôleurs d'accès ». Ils s'inquiètent du fait que la Commission n'ait

13 Projet de LD, sect. 4.3.

14 Projet de LD, sect. 3.2.3.

15 Règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, *JO* n° L. 186, 11 juillet 2019, p. 57.

plus dans ce cas à examiner les effets des pratiques de ces opérateurs, créant ainsi une présomption d'illicéité injustifiée.

- **Définition du fournisseur**

A suivre cette nouvelle définition du « fournisseur », qui a vocation à s'appliquer à l'ensemble des dispositions du Projet de Règlement, seuls les fournisseurs de service d'intermédiation sont concernés. Or, il convient de distinguer dans l'article 1er du Projet de Règlement, d'une part, le fournisseur, et d'autre part, le fournisseur de service d'intermédiation.

Il faut d'autant plus distinguer ces notions que :

- le Projet de LD, à son paragraphe 44 précisent que « [l]*es entreprises qui fournissent des services d'intermédiation en ligne relèvent de la catégorie des fournisseurs au titre du règlement d'exemption* ».

- le Projet de Règlement lui-même distingue le « fournisseur » et le « fournisseur de service d'intermédiation »[16].

La notion de « service d'intermédiation » en ligne devrait en outre faire l'objet d'un paragraphe distinct.

3. REMARQUES SUPPLÉMENTAIRES

- **Question de pratiques de prix de revente imposés**

S'agissant des pratiques de prix de revente imposés, l'AFEC maintient ses commentaires présentés dans sa précédente contribution. Il lui semble regrettable que la Commission continue à inscrire ces pratiques dans la liste des restrictions caractérisées, dans un contexte où :

- le standard de preuve d'une pratique de prix de revente imposés a été abaissé au cours de ces dernières années par l'Autorité de la concurrence en France, point de vue qu'un nombre minoritaire de membres de l'AFEC ne partagent pas.

- dans un contexte de fort développement des ventes en ligne et d'accroissement de la transparence des prix, le risque de parasitisme entre distributeurs et d'atteinte à l'image de marque augmentent les gains d'efficacité et les justifications pro-concurrentielles des pratiques de prix de reventes imposés.

Au surplus et toujours relativement aux pratiques de prix de revente imposés :

- au paragraphe 173 du Projet de LD, il pourrait être clarifié que le terme « *deviates* » correspond à l'idée de « pratiquer un prix inférieur au prix maximum ou au prix

16 *Cf.*, par exemple, Projet de Règlement, art. 2, § 7.

recommandé » et non à celle de « pratiquer un prix différent du prix maximum ou du prix recommandé ».

- au paragraphe 182 du Projet de LD, parmi la liste des gains d'efficacité associés aux pratiques de prix de revente imposés, il serait intéressant d'ajouter que ces pratiques peuvent garantir un certain niveau d'image de marque ou un certain niveau de qualité pour les produits haut-de-gamme ou de luxe, pour lesquels des prix trop bas peuvent conduire à une détérioration de l'image de marque ou une perte de confiance des consommateurs dans la qualité des produits[17].

Enfin, l'AFEC a relevé que dans son *Competition Policy Brief* de septembre 2021, la Commission y indiquait :

- reconnaître que pour encourager les entreprises à conjointement investir, identifier des solutions, produire et distribuer des produits durables, des orientations supplémentaires étaient nécessaires quant aux conditions dans lesquelles une telle coopération n'enfreindrait pas le droit de la concurrence.

- avoir l'intention de fournir ces orientations dans le cadre de l'actuelle révision de ses lignes directrices sur les coopérations horizontales et celles en matière d'accords verticaux.

- inviter les entreprises à lui faire part de leurs projets afin de nourrir son travail de révision et produire les orientations les plus concrètes possibles[18].

L'AFEC salue cette position mais considère que compte tenu de l'importance de la question, une consultation publique en bonne et due forme devrait être organisée pour recueillir les observations des entreprises mais également celles de tous les intéressés, notamment les professionnels du droit, les associations professionnelles, les organisations de défense des consommateurs et les organisations travaillant à la protection de l'environnement. Ceci impliquerait de suspendre la révision de l'Actuel Règlement et des Actuelles LD le temps de mener à bien cette consultation.

Cette suspension présenterait également l'avantage d'attendre l'adoption du Projet de DMA pour permettre une coordination effective entre ce dernier texte et le Projet de Règlement ainsi que le Projet de LD.

* * *

17 *Cf.*, par exemple, Inderst, Roman, 2019. "An "Image Theory" of RPM," CEPR Discussion Papers 13639.

18 *Competition Policy Brief*, n° 01-2021, septembre 2021, p. 5.

TABLE DES MATIÈRES

1. LES OBJECTIFS DE CETTE REFONTE 2
2. LES PRINCIPALES MODIFICATIONS 3
2.1. La double distribution *3*
2.1.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur 3
2.1.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations 3
2.1.3. Présentation des propositions de la Commission 4
2.1.4. Remarques sur ces propositions 6
2.2. Les obligations de parité *7*
2.2.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur 7
2.2.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations 8
2.2.3. Présentation des propositions de la Commission 8
2.2.4. Remarques sur ces propositions 9
2.3. Les restrictions de ventes actives *10*
2.3.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur 10
2.3.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations 10
2.3.3. Présentation des propositions de la Commission 11
2.3.4. Remarques sur ces propositions 13
2.4. Les mesures indirectes restreignant les ventes en ligne *14*
2.4.1. Rappel de la notion et des règles actuellement en vigueur 14
2.4.2. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations 14
2.4.3. Présentation des propositions de la Commission 15
2.4.4. Remarques sur ces propositions 16
2.5. Les restrictions en ligne *16*
2.5.1. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations 16
2.5.2. Les propositions de la Commission 17
2.5.3. Remarques sur ces propositions 18
2.6. L'économie des plateformes *21*
2.6.1. Rappel de la position de l'AFEC dans les précédentes consultations 21
2.6.2. Les propositions de la Commission 21
2.6.3. Remarques sur ces propositions 22
3. REMARQUES SUPPLÉMENTAIRES 23

TABLE DES MATIÈRES 25

* * *