Liberté • Égalité • Fraternité
RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Paris, le 20 septembre 2021

NOTE DES AUTORITÉS FRANÇAISES

Objet : Réponse des Autorités françaises à la consultation publique concernant la révision du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 relatif à l'application de l'article 101 paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de ses lignes directrices

Le 9 juillet 2021, la Commission européenne a publié pour consultation publique un projet révisé du règlement d'exemption par catégorie cité en objet ainsi que les lignes directrices afférentes.

Cette consultation s'inscrit dans le cadre du processus d'évaluation, amorcé par la Commission à compter d'octobre 2018, en vue de définir les actions envisageables pour réviser certaines parties du règlement d'exemption et des lignes directrices lorsque les règles actuellement en vigueur expireront le 31 mai 2022.

Au terme de son évaluation, la Commission a identifié principalement quatre domaines susceptibles d'être révisés en vue d'adapter la zone de sécurité prévue par le règlement d'exemption au champ d'application visé, à savoir : la double distribution, les obligations de parité, les restrictions de ventes actives et certaines mesures indirectes restreignant les ventes en ligne.

Les Autorités françaises partagent le constat de la Commission selon lequel le règlement d'exemption et les lignes directrices sur les restrictions verticales sont des outils utiles qui procurent une sécurité juridique aux acteurs économiques, facilitent l'autoévaluation des accords verticaux et contribuent à réduire les coûts de mise en conformité pour les entreprises qui concluent de tels accords.

Toutefois, il ressort de l'évaluation qu'une actualisation du dispositif apparaît nécessaire au regard des évolutions des marchés et de la distribution depuis 2010 dans le contexte de la numérisation de l'économie.

Les Autorités françaises accueillent donc favorablement la clarification des règles dans le dispositif à la lumière des évolutions du marché telles que l'essor des ventes en ligne et l'émergence des plateformes.

A cet égard, elles saluent les précisions apportées dans le projet de règlement, notamment en ce qui concerne la définition :

- de fournisseur des services d'intermédiation en ligne et le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie à l'égard des plateformes lorsqu'elles exercent une activité hybride (considérants n° 10, 11 et 12 et article 1 d) ;

- du système de distribution exclusive (article 1 g) ;
- des ventes actives et des ventes passives et des restrictions y afférentes (article 1 l, m et n du règlement et point 6.1.2.2 § 197 à 201 des Lignes Directrices) ;
- des restrictions de territoire ou de clientèle retirant le bénéfice de l'exemption par catégories (restrictions caractérisées) à l'article 4 b, c, et d selon le mode de distribution mis en œuvre par le fournisseur (distribution exclusive, distribution sélective, libre distribution).

En outre, les Autorités françaises se félicitent que le projet élaboré par la Commission prenne en considération les principales questions soulevées par la consultation au regard de l'évolution des pratiques en matière d'accords verticaux de distribution, en lien avec la numérisation de l'économie.

A cet égard, les projets de règlement révisé et de ses lignes directrices, appellent, de la part des Autorités françaises, les observations suivantes en ce qui concerne la double distribution, les obligations de parité, les restrictions de ventes actives et les mesures indirectes restreignant les ventes en ligne ainsi que d'autres aspects (obligations de non-concurrence, prix de vente imposés ou entente verticale portant sur les prix).

1) La double distribution

La double distribution désigne la situation dans laquelle un fournisseur vend ses biens ou ses services directement aux consommateurs finals et se trouve ainsi en concurrence avec ses distributeurs détaillants.

Les conditions dans lesquelles les entreprises pratiquant une distribution duale peuvent aujourd'hui bénéficier de l'exemption par catégorie paraissent excessivement restrictives. A ce jour, l'exemption de la distribution duale ne s'applique que lorsque le fournisseur « *est un producteur et un distributeur de biens, tandis que l'acheteur est un distributeur et non une entreprise qui fabrique des biens concurrents* ». (article 2. 4.a du règlement 330/2010) ou *« un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au niveau de l'activité commerciale où il achète des services contractuels »* (article 2.4 b du règlement (UE) 330/2010).

Par conséquent, les Autorités françaises saluent l'extension du bénéfice du règlement d'exemption aux grossistes et aux importateurs (article 2.4 a), à l'instar des fournisseurs fabricants ou prestataires de services. En effet, cette mesure paraît de nature à favoriser le développement de la distribution omni-canal et l'efficacité économique.

Par ailleurs, les Autorités françaises approuvent le fait que l'activité des plateformes hybrides n'entre pas dans le champ d'application des dispositions relatives à la double distribution (art. 2.7 du règlement) dans la mesure où les activités au détail des

fournisseurs d'intermédiation en ligne qui exercent une fonction hybride affectent, en règle générale, la concurrence intermarques.

En tout état de cause, il est à considérer que la distribution duale est de nature à entraîner une coordination horizontale, dont les effets négatifs peuvent se matérialiser en présence d'une puissance de marché significative, ainsi que l'a illustré en France la procédure ayant conduit à l'adoption d'une décision du 16 mars 2020 concernant la distribution de produits de marque APPLE[1].

En conséquence, il est justifié de réserver le bénéfice de l'exemption aux cas où le risque qu'une telle coordination produise des effets négatifs peut être considéré comme négligeable, en identifiant un critère permettant d'appréhender la puissance de marché combinée des entreprises concurrentes liées par un accord de distribution, dont la mise en œuvre ne soulève pas de difficultés pratiques excessives pour les opérateurs.

A cet effet, le projet de règlement fixe un seuil de part de marché de 10 % cumulée sur le marché de vente au détail concerné, en deçà duquel les accords verticaux non réciproques entre entreprises concurrentes peuvent bénéficier de l'exemption. En outre, il est prévu que les entreprises détenant une part de marché cumulée supérieure à 10 % au stade du détail mais inférieure à 30 % sur leur marché respectif[2] bénéficient de l'exemption, à l'exception des éléments de l'accord portant sur les échanges d'informations qui s'apprécient au regard des règles applicables aux accords de coopération horizontale.

Les Autorités françaises accueillent donc favorablement la prise en compte dans le projet du pouvoir de marché des entreprises concurrentes dans le cadre de la distribution duale qui ne crée pas de problèmes de concurrence horizontaux.

Toutefois, l'introduction, envisagée par la Commission, de deux seuils fondés sur les parts de marché (10 % et 30 %) limitant l'exemption de la distribution duale, risque d'être source d'insécurité juridique en l'absence de définition des échanges d'information prohibés dans le périmètre de la zone grise (entre 10 % et 30 % de parts de marché sur les marchés concernés), et extrêmement difficiles à mettre en œuvre au regard de la complexité des calculs des parts de marché au niveau local et des coûts de transaction générés pour les entreprises.

Le risque n'est donc pas négligeable que cette réforme conduise à l'exclusion *de facto* de la distribution duale du champ d'application de l'exemption par la soumission de

[1] Décision 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits de marque APPLE.

[2] A savoir : 30 % du marché pertinent sur lequel le fournisseur vend les biens ou services contractuels et 30 % du marché en cause sur lequel l'acheteur achète les biens ou services contractuels (art. 3 du règlement).

son modèle économique à des conditions d'exemption impossibles à remplir, ce qui génèrerait des pertes d'efficacité et des effets négatifs dommageables, tant pour les entreprises que pour les consommateurs.

Compte tenu de ces éléments, les Autorités françaises préconisent :

- D'une part, relever le seuil[3] de la part de marché cumulée sur le marché de la vente au détail concerné, en deçà duquel la distribution duale peut bénéficier de l'exemption, de 10 % à 20 %.

Il est à souligner que ce taux de 20 % avait déjà été évoqué par la Commission dans son analyse d'impact initiale publiée le 23 octobre 2020 ; il est par ailleurs identique au seuil prévu à l'article 3 du règlement d'exemption par catégorie pour les accords de spécialisation[4].

En tout état de cause, il conviendrait d'apporter une clarification dans les lignes directrices quant à la détermination de la part de marché cumulée sur le marché de vente au détail concerné (mode de calcul, périmètre géographique, intégration de toutes les parties présentes sur le marché aval, tels que les grossistes).

- D'autre part, autoriser les échanges d'information non sensibles entre les parties à l'accord, lorsque le fournisseur concurrent et l'acheteur, mentionnés à l'article 2, paragraphe 4, point a) ou b), détiennent une part de marché cumulée sur le marché de détail concerné supérieure à 10 % mais inférieure à 30 % sur leur marché respectif[5].

A cet égard, des précisions pourraient être apportées sur ces échanges d'informations non susceptibles de porter atteinte à la concurrence dans les lignes directrices sur les accords verticaux et/ou dans les lignes directrices relatives aux accords de coopération horizontale qui sont également en cours de révision.

2) Obligations de parité

Les obligations de parité font jusqu'à présent l'objet d'une exemption par catégorie. Elles consistent à prévoir la possibilité pour une entreprise de bénéficier automatiquement des conditions les plus favorables (tarifs, stocks, disponibilités) qu'un partenaire accorde à ses concurrents. On distingue les clauses de parité dites

[3] mentionné à l'article 2. 4 du projet de règlement.

[4] Règlement (UE) N° 1218/2010 de la Commission du 14 décembre 2010 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à certaines catégories d'accords de spécialisation.

[5] A savoir : 30 % du marché pertinent sur lequel le fournisseur vend les biens ou services contractuels et 30 % du marché en cause sur lequel l'acheteur achète les biens ou services contractuels (art. 3 du règlement).

« larges » qui exigent la parité entre canaux de distribution indirects (y compris les plateformes) des clauses de parité « étroites » (parité exigée avec le canal direct).

Le projet de règlement (article 5.1 d) et les Lignes Directrices (point 6.2.4 – § 238) prévoient de ne pas exempter les obligations de parité de vente au détail imposées par les plates-formes (*« fournisseurs d'intermédiation en ligne »*). Ces dernières ne pourront donc interdire aux utilisateurs de vendre ou revendre des biens ou des services aux utilisateurs finaux (entreprises, consommateurs finaux) à des conditions plus favorables en utilisant des services d'intermédiation en ligne concurrents.

En outre, le projet de règlement prévoit que tous les autres types d'obligations paritaires sont couverts par l'exemption par catégorie (clauses de parité étroite, obligations de parité à l'égard d'entreprises qui ne sont pas des utilisateurs finals, obligations de parité relatives aux conditions dans lesquelles les fabricants, les grossistes ou les détaillants achètent des biens ou services en tant qu'intrants, cf. § 239 des Lignes Directrices).

Toutefois, les Autorités françaises préconisent de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie pour tous les types d'obligations de parité (larges ou étroites) et de les faire figurer à la liste des restrictions exclues de l'article 5 du règlement. Elles seront ainsi appréciées individuellement en fonction de leurs effets.

Ce type de clauses peut entraîner des effets pro ou anticoncurrentiels selon les configurations de marché. Ainsi, dans un marché compétitif, des effets pro concurrentiels peuvent découler du partage des gains d'efficience entre concurrents et sont de nature à généraliser des baisses de prix bénéfiques aux consommateurs, lesquels sont aussi avantagés par la réduction des coûts de recherche des informations mises à leur disposition. A l'inverse, ce type de clause peut inciter aux collusions entre les détaillants et les plateformes, annihiler la concurrence par les mérites et entraver l'innovation, défavorable aux nouveaux entrants.

C'est ainsi pour préserver la concurrence que le Code de commerce[6] énonce un principe général de nullité des clauses ou contrats qui prévoient la possibilité pour une entreprise de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables qu'un partenaire commercial accorde à ses concurrents et le Code de tourisme[7] dispose

[6] Cf. article L. 442-3. b) du Code de commerce : *« Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant (…), la possibilité : b) de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant ».*

[7] Cf. article L. 331-5-1, 2ème alinéa du Code du Tourisme : *« (…) Nonobstant le premier alinéa du présent article, l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite. ».*

que, dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, les clauses de parité sont réputées non écrites.

3) Restriction des ventes actives

Le règlement n° 330/2010 interdit en principe les restrictions aux ventes actives, mais autorise, par exception, le fournisseur à restreindre la possibilité pour un distributeur d'effectuer des ventes actives dans certains cas : sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur (art. 4.b) i).

Dans un système de distribution sélective, les ventes actives et passives à des non-membres du réseau peuvent être interdites (article 4, point b. iii). Enfin, sur le territoire sur lequel un fournisseur pratique la distribution sélective, ce système ne peut être combiné avec la distribution exclusive, ce qui conduirait à une restriction caractérisée des ventes actives ou passives par les distributeurs (article 4, point c).

La Commission européenne, aux termes des projets communiqués[8], envisage d'autoriser le fournisseur combinant une distribution exclusive et sélective, sur différents territoires, à empêcher les ventes actives et passives des acheteurs exclusifs et leurs clients à des distributeurs non agréés sur un territoire où le fournisseur exploite un système de distribution sélective ou le réserve à cet effet.

Les Autorités françaises accueillent favorablement cette mesure qui n'appelle pas d'observations particulières.

Par ailleurs, l'article 4 point c) et le paragraphe 216 des Lignes directrices[9] accordent une meilleure protection aux systèmes de distribution sélective contre les ventes de distributeurs non autorisés situés sur le territoire auquel s'étend la distribution sélective.

Les Autorités françaises sont favorables à cette mesure qui présente l'avantage de permettre aux opérateurs ayant développé un réseau de distribution sélective de le protéger des pratiques de parasitisme de distributeurs non agréés procédant à des ventes actives sur le territoire de distributeurs agréés.

En outre, cette mesure tend à préserver l'étanchéité des réseaux dans le cadre d'accords de distribution sélective bénéficiant de l'exemption par catégorie, et à

[8] Art 4 (b) (ii) et § 209 des projets des règlements et de lignes directrices.

[9] Art 4 (c) (i) et § 216 des projets des règlements et de lignes directrices.

compléter le dispositif d'action en responsabilité délictuelle, applicable en droit interne, sur le fondement de l'article L. 442-2 du Code de commerce[10].

4) Restrictions indirectes des ventes en ligne

Elles ont trait à deux pratiques considérées dans le dispositif actuel comme des restrictions caractérisées, à savoir, d'une part, le double prix consistant en l'application à un même distributeur d'un tarif de gros plus élevé pour les produits revendus en ligne que pour ceux revendus en magasin et, d'autre part, le non-respect du principe d'équivalence, imposant que les critères pour la vente en ligne soient identiques à ceux imposés aux ventes dans les magasins physiques dans le cadre de la distribution sélective.

Au paragraphe 221 du projet de Lignes directrices, il est relevé que les canaux en ligne et hors ligne ont des caractéristiques différentes. Il est donc considéré qu'un fournisseur à la tête d'un réseau de distribution sélective peut imposer à ses distributeurs agréés, pour les ventes en ligne, des critères différents de ceux exigés pour les ventes dans les magasins physiques, à condition que cette restriction n'ait pas pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser Internet pour la vente en ligne ou les canaux de publicité en ligne.

Le projet de lignes directrices (paragraphe 194) considère que peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie les accords comportant une restriction de l'utilisation des places de marché ou la fixation de normes de qualité pour la vente en ligne, à condition que cette restriction n'ait pas pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'accéder aux services en ligne.

Le projet des lignes directrices prévoit, au paragraphe 195, qu'une exigence selon laquelle le même acheteur paie un prix différent pour des produits destinés à être revendus en ligne et pour des produits destinés à être revendus hors ligne (pratique du double prix) peut bénéficier de la zone de sécurité du règlement d'exemption par catégorie.

Les autorités françaises prennent acte de cette évolution qui conduirait à ne plus considérer comme restriction caractérisée les systèmes de double prix et d'équivalence.

Il semble qu'elles épousent les inflexions du marché (essor des ventes en ligne et développement des plateformes) et de la jurisprudence (arrêt de la Cour de justice de

[10] L. 442-2 du Code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence. »

l'Union européenne du 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH, Affaire C-230/16)[11]. Il est perçu l'intérêt consistant à rééquilibrer les coûts supportés par les magasins physiques qui requièrent des investissements plus importants, en particulier dans les centres-villes. A cet égard, les Autorités françaises partagent l'appréciation de la Commission européenne.

Cependant, l'articulation juridique retenue et le fait de cantonner ces précisions aux lignes directrices, n'écartent pas l'hypothèse d'une contestation devant les juridictions. Le cas échéant, ces dernières seraient appelées à juger la licéité du dispositif retenu au regard notamment d'une appréciation délicate des coûts de distribution en ligne ou hors ligne.

5) Autres aspects

5.1) Les obligations de non-concurrence

Le projet de règlement (article 5. 1. a) prévoit, à droit constant, que les obligations de non-concurrence d'une durée indéterminée ou supérieure à cinq ans sont exclues du bénéfice du règlement d'exemption par catégorie.

Les Autorités françaises approuvent l'action envisagée par la Commission européenne dans le projet de lignes directrices (paragraphe 234) visant à étendre le bénéfice de l'exemption par catégorie aux obligations de non-concurrence tacitement renouvelables, à condition que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord avec un préavis et à un coût raisonnables, permettant de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans.

En effet, cette évolution répond aux attentes des opérateurs économiques qui considèrent que la limite absolue et rigide de cinq ans pour bénéficier de l'exemption par catégorie en matière de clauses de non-concurrence est trop stricte, dès lors que les parties souhaitent poursuivre la relation contractuelle.

En outre, cette mesure va dans le sens d'une réduction efficiente des coûts de transaction liés à la renégociation contractuelle. En tout état de cause, afin que la mesure envisagée produise les effets attendus en termes de sécurité juridique, il conviendrait que les lignes directrices apportent des précisions quant aux conditions effectives de la faculté de résilier ou renégocier l'accord dans un délai et pour un coût raisonnables.

---

[11] Arrêt de la CJUE du 6 décembre 2017, Coty Germany Gmbh, Affaire C-230/16 et avis de la DG Concurrence publié en avril 2018 dans la revue *Competition policy brief* n° 2018-01 (dans lequel la DG Concurrence rappelle que la Cour de justice n'a pas exclu qu'une interdiction de vente via des places de marchés dans les accords de distribution sélective puisse être conforme à l'article 101 paragraphe 1 du TFUE s'agissant d'autres catégories de produits que celle des produits de luxe comme les produits de « haute qualité » ou de « haute technologie», de sorte que cette compatibilité doit être analysée au cas par cas, en tenant de l'objectif, de l'opportunité et de la proportionnalité de la restriction).

5.2) Prix de vente imposés ou entente verticale portant sur les prix

Les Autorités françaises soulignent que le regroupement des orientations sur les prix de vente imposés dans une section dédiée du projet de lignes directrices (§ 6.1.1) constitue un cadre plus clair qui facilite l'analyse de ces pratiques.

En outre, elles se félicitent que ces pratiques soient toujours considérées à l'article 4 point a) du règlement, comme des restrictions caractérisées au regard de leurs effets néfastes sur le jeu de la concurrence, ainsi que le rappellent les autorités de concurrence dans de nombreuses affaires aboutissant à des sanctions[12].

Toutefois, les Autorités françaises s'interrogent sur les orientations du projet de lignes directrices relatives au cadre d'analyse de la fixation du prix de vente dans un accord vertical entre un fournisseur et un acheteur portant exécution d'un accord préalable entre le fournisseur et un utilisateur final (« contrat d'exécution »)[13].

Les Autorités françaises invitent la Commission à expliciter plus avant le type de situation visé par cette partie de ses lignes directrices, ainsi que la motivation de l'approche proposée. Elles réservent donc à ce stade leur position sur ce point.

---

[12] Cf. par exemple : https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiques-de-presse/apple-tech-data-et-ingram-micro-sanctionnes

[13] *Le § 178 du projet de lignes directrices prévoit : « La fixation du prix de vente dans un accord vertical entre un fournisseur et un acheteur portant exécution d'un accord préalable entre le fournisseur et un utilisateur final donné (ci-après « contrat d'exécution ») ne constitue pas une imposition de prix de vente lorsque l'utilisateur final a renoncé à son droit de choisir l'entreprise devant exécuter l'accord. Dans un tel cas, la fixation du prix de vente n'entraîne pas de restriction au sens de l'article 101, § 1, puisque le prix de vente n'est plus soumis à la concurrence au regard de l'utilisateur final concerné. (…) »*