

Paris, le 20 mai 2019



COMMENTAIRES EN REPONSE A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR L’EVALUATION DES REGLES EN MATIERE DE CONCURRENCE RELATIVES AUX ACCORDS VERTICAUX

Dans le cadre de la consultation publique ouverte le 4 février 2019 par la Commission européenne (ci-après la « Commission »), l’Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (ci-après l’« APDC ») présente les observations suivantes sur les règles européennes de concurrence applicables aux accords verticaux, à savoir le règlement n°330/2010 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 (ci-après le « Règlement ») et les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales publiées au J.O. du 19 mai 2010 (ci-après les « Lignes Directrices »).

En sus de ses commentaires transversaux relatifs à l’évaluation et à une possible révision du Règlement et des Lignes Directrices, l’APDC a souhaité formuler des observations détaillées au sujet de :

- (i) l’application des règles en matière d’accords verticaux au commerce en ligne, et tout particulièrement aux plateformes (**Annexe 1**),
- (ii) la réglementation applicable aux prix de vente imposés (**Annexe 2**) et
- (iii) la notion d’agence (**Annexe 3**).

OBSERVATIONS RELATIVES A L'EVALUATION DU REGLEMENT N°330/2010 ET DES LIGNES DIRECTRICES SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES

1) Observations portant sur l'article 4, b), i) du Règlement

1. L'article 4 b) du Règlement prévoit que *« 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 influencer, ont pour objet : (...) »*

(b) de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord, peut vendre les biens ou services contractuels sans préjudice d'une restriction quant à son lieu d'établissement ».

2. Plusieurs exceptions à cette règle sont prévues par le Règlement et notamment la possibilité de *« i) restreindre ses ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur ».*

3. A ce sujet, les Lignes Directrices indiquent au paragraphe 51 que l'exception visée à l'article 4, b), i) *« est la possibilité pour un fournisseur de restreindre les ventes actives d'un acheteur partie à l'accord sur un territoire ou à une clientèle alloués exclusivement à un autre acheteur ou que le fournisseur s'est réservés. Un territoire ou une clientèle sont alloués à titre exclusif lorsque, d'une part, le fournisseur accepte de vendre ses produits à un seul distributeur en vue de leur distribution sur un territoire ou à une clientèle donnée et, d'autre part, le distributeur exclusif est protégé des ventes actives sur son territoire ou à sa clientèle par tous les autres acheteurs du fournisseur à l'intérieur de l'Union, indépendamment des ventes du fournisseur. Le fournisseur peut combiner la concession d'un territoire exclusif et d'une clientèle exclusive, par exemple en désignant un distributeur exclusif pour une clientèle déterminée sur un territoire donné. Cette protection de territoires exclusifs ou de clientèles exclusives doit cependant permettre les ventes passives sur ces territoires ou à ces clientèles (...) ».*

4. Certaines entreprises distribuant leurs produits dans plusieurs États membres de l'Union européenne et souhaitant mettre en place des exclusivités pour la distribution de leurs produits interprètent le point 51 des Lignes Directrices comme impliquant de mettre en place un réseau de distribution exclusive au niveau pan-européen – c'est-à-dire dans tous les États membres dans lesquels les produits sont distribués. En pratique cela impliquerait que tous les États membres concernés soient réservés soit à un distributeur exclusif, soit au fournisseur. A défaut, ces entreprises estiment en l'état actuel de la rédaction du point 51 que leurs accords de distribution pourraient être considérés comme contenant une restriction caractérisée de territoire en application de l'article 4 b).

5. Dans ces conditions, pour plus de sécurité juridique et afin de ne pas inutilement freiner la mise en place de réseaux de distribution efficaces par certaines entreprises, nous invitons la Commission à clarifier le point 51 des Lignes Directrices sur le Règlement en précisant :

- **que l'exception prévue à l'article 4 b) i) n'implique pas pour les entreprises de mettre en place un système de distribution exclusive dans tous les États membres dans lesquels les produits contractuels sont distribués ;**
- **qu'il est possible qu'une exclusivité ne couvre qu'un seul État membre ou une partie d'un État membre sans que l'accord ne soit considéré comme contenant une restriction caractérisée ;**
- **s'il est nécessaire pour bénéficier de l'exception i) d'indiquer dans l'accord conclu avec les distributeurs non-exclusifs la liste des distributeurs exclusifs au niveau européen.**

2) Proposition de révision du seuil exprimé en part de marché

- 6.** Aux termes du Règlement, considérant 8, « *on peut présumer, lorsque la part de marché détenue par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause ne dépasse pas 30%, que les accords verticaux qui ne contiennent pas certaines restrictions graves de concurrence ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable des avantages qui en résultent* ».
- 7.** L'article 3 (1) du Règlement qui concerne spécifiquement ce seuil en part de marché indique que « *l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels* (...) ».
- 8.** Ce seuil en part de marché, qui est au cœur du mécanisme d'exemption du Règlement et des Lignes Directrices, génère des difficultés pour les entreprises s'auto-évaluant et ce, à trois titres principalement :

- Premièrement, la tendance de la Commission et des autorités nationales de concurrence à la segmentation très fine des marchés de produits mais aussi géographiques malgré l'eupéanisation des flux, notamment en matière de contrôle des concentrations, a pour conséquence d'exclure quasiment automatiquement certains accords du bénéfice de l'exemption par catégorie. Ces segmentations très fines font parfois ressortir des parts de marché artificiellement élevées pour une (voire les deux) parties à l'accord qui ne sont pas nécessairement le reflet de la position de la (des) partie(s) en ce qui concerne les produits ou services contractuels concernés par l'accord. Compte tenu des risques encourus, certaines entreprises dont les marchés ont déjà été examinés par une ou plusieurs autorités de manière très segmentée préfèrent dès lors abandonner la mise place de certains types de réseaux de distribution ;
- Deuxièmement, il existe des écarts, voire des divergences, au sein de la pratique décisionnelle, soit selon les autorités nationales de concurrence, soit entre la Commission et certaines autorités nationales de concurrence, certaines autorités ayant retenu des définitions de marché très segmentées tandis que d'autres non, qu'il s'agisse des définitions de marché de produits ou géographiques. Il arrive également que les entreprises soient confrontées à de tels écarts entre la pratique décisionnelle des autorités nationales de concurrence en matière de contrôle des concentrations et en matière de pratiques anticoncurrentielles. Là encore, compte tenu des risques encourus, le manque de sécurité juridique conduit les entreprises à adopter des positions très conservatrices en ce qui concerne leurs accords de distribution ; et
- Troisièmement, les entreprises ayant des réseaux de distribution pan-européens et souhaitant opter pour un système de distribution harmonisé (ex. la sélectivité ou l'exclusivité) sont confrontées à la question du franchissement du seuil de 30% dans une minorité d'États membres, alors même que dans les autres États membres leurs parts de marché sont inférieures au seuil. Dans cette situation, les entreprises, pour des raisons de risques, soit abandonnent leur projet de réseau de distribution, soit écartent certains États membres du réseau au risque de mettre en péril, notamment en matière de sélectivité, l'étanchéité du réseau.

9. Dans ces conditions, nous suggérons à la Commission de :

- **Passer le seuil en part de marché de 30% à 40% afin de corriger l'effet d'exclusion de l'hyper segmentation des marchés par les autorités de concurrence en Europe.**

Ce seuil de 40% nous semble d'autant plus pertinent qu'il est utilisé par la Commission dans deux cas au moins :

- **Premièrement**, dans les lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles¹ qui indiquent au point 56 : *« s'agissant des spécificités de la distribution de véhicules automobiles neufs, la distribution sélective quantitative remplira généralement les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du traité, si la part de marché des parties n'excède pas 40 % »* ;
- **Deuxièmement**, dans les orientations sur l'article 102 TFUE dans lesquelles il est prévu au point 14 une présomption négative d'absence de pouvoir de marché en deçà de 40% : *« (...) des parts de marché modestes sont un bon indicateur de l'absence d'un fort pouvoir de marché ; (...) si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40% du marché en cause, il est peu probable qu'elle s'y trouve en position dominante »* sauf circonstances exceptionnelles » ;

- Apporter aux entreprises des clarifications en matière de calcul des parts de marché, notamment dans les cas évoqués ci-supra d'écarts dans les définitions de marché et, de manière générale, de garantir aux entreprises une meilleure cohérence des règles en Europe ;
- Clarifier que, dans le cas des réseaux pan-européens, il est pertinent pour les entreprises dont les parts de marché excèderaient le seuil de 30% dans une minorité d'États membres, soit de vérifier leur part de marché au niveau européen, soit comme cela est envisagé dans le cas de la distribution automobile d'insérer un second seuil de 40% dans le cadre de l'analyse individuelle en deçà duquel l'accord remplit généralement les conditions de l'article 101 (3) TFUE.

3) **Observations portant sur l'article 4 d) du Règlement**

10. Aux termes de l'article 4 (d) du Règlement, constitue une restriction caractérisée (« clause noire ») le fait de *« restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents »*.
11. Ainsi, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, un fournisseur, afin de bénéficier de l'exemption par catégorie conférée par le Règlement, ne peut pas restreindre les ventes actives et passives entre les membres de son réseau même s'ils agissent à des stades commerciaux différents.

¹ OJ C 138, 28.5.2010, pp. 16–27.

12. Plus précisément, un fournisseur qui met en place un réseau de distribution sélective dans plusieurs États membres et qui fait appel à des grossistes pour mettre en place et animer son réseau sur un territoire défini (en général un État membre) ne devrait pas pouvoir limiter les ventes actives de ses grossistes auprès des détaillants agréés situés sur le territoire d'un autre grossiste.

13. La Commission européenne, dans ses Lignes Directrices, a toutefois constaté, dans certains cas, les effets potentiellement pro-concurrentiels des restrictions imposées dans le cadre d'un réseau de distribution sélective aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants situés sur le territoire d'autres grossistes, précisant notamment, au paragraphe 63, que :

« Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs désignés doivent normalement rester libres (voir le point 58). Toutefois, si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur «leur» territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat, les restrictions imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants désignés situés sur le territoire d'autres grossistes pour prévenir un éventuel parasitisme peuvent, dans certains cas, remplir les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. ».

14. Pour autant, le niveau de sécurité juridique du point 63 est insuffisant pour que les entreprises s'autorisent à mettre en œuvre cette exception, notamment en raison du risque de sanction encourue.

15. En effet, le point 63 est particulièrement flou dès lors qu'il prévoit que les limitations des ventes actives faites aux grossistes peuvent être exemptées « dans certains cas », « si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur «leur» territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat », cette dernière phrase étant particulièrement peu claire.

16. Rappelons qu'un fournisseur qui souhaite mettre en place un réseau de distribution sélective doit le faire dans l'ensemble des États membres de l'Union s'il veut assurer une véritable étanchéité de son réseau.

Pour ce faire, il doit, dans la plupart des cas, faire appel à des grossistes pour mettre en place et gérer son réseau dans certains États membres où il n'a pas la possibilité d'approvisionner directement les détaillants.

17. Dans ces conditions, le fournisseur devrait pouvoir limiter les ventes actives de ses grossistes auprès des détaillants situés sur le territoire d'autres grossistes et ce, afin :

- D'inciter les grossistes à réaliser les investissements nécessaires liés à la mise en place du réseau de distribution sélective sur leur territoire, et
- De prévenir tout parasitisme entre les grossistes.

18. Les propositions suivantes peuvent ainsi être formulées :

- Compléter l'article 4 (d) du Règlement de la manière suivante : *« de restreindre les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents, sauf s'il s'agit de restreindre les ventes actives d'un grossiste auprès des détaillants situés sur le territoire que le fournisseur aura réservé à un autre grossiste pour la mise en place du système de distribution sélective » ;*
- A défaut, modifier le point 63 des Lignes Directrices de la manière suivante : *« Dans le cas où un système de distribution sélective est appliqué, les fournitures croisées entre distributeurs désignés doivent normalement rester libres (voir le point 58). Toutefois, ~~si des grossistes désignés situés dans différents territoires doivent investir dans des activités de promotion sur « leur » territoire pour soutenir les ventes des détaillants désignés et s'il n'est pas possible en pratique de préciser les activités de promotion nécessaires dans un contrat,~~ les restrictions imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants désignés situés sur le territoire d'autres grossistes pour prévenir un éventuel parasitisme ~~peuvent, dans certains cas,~~ remplissent les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3. »*

4) Observations portant sur la grille d'analyse de la Commission européenne dans le cadre des cas individuels de restriction de vente caractérisée susceptibles de ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1 ou de remplir les conditions de l'article 101, paragraphe 3, notamment en cas de lancement de produits nouveaux

- 19.** Les dispositions permettant de placer certains accords hors du champ de l'article 101, paragraphe 1, ou de les exempter à titre individuel en vertu des dispositions de l'article 101, paragraphe 3, dans le cas spécifique du lancement d'un nouveau produit sont disséminées au sein de trois blocs dans les Lignes Directrices. Il s'agit des points 60 à 64, qui concernent les restrictions relatives aux conditions de (re)vente, 106 à 109 sur les bénéfices pro-concurrentiels pouvant découler d'accords verticaux et 223 à 229 sur les restrictions relatives à des prix de vente imposés.
- 20.** Pourtant, il nous semble que l'ensemble de ces dispositions vise un but unique, à savoir introduire une certaine souplesse temporaire pour le lancement de nouveaux produits, dans le cadre d'une analyse plus globale du contexte factuel entourant ces accords. Qu'il s'agisse de restrictions appliquées aux (re)ventes de produits par des distributeurs, ou consistant en la fixation de prix imposés, l'idée sous-jacente est identique, à savoir favoriser la réalisation de projets générateurs d'innovation et d'efficacité économique.

21. En effet, alors que les acteurs économiques peuvent être découragés d'entreprendre la réalisation de tels projets – en raison des risques de parasitisme, du niveau d'investissement requis, de la présence de certaines externalités ou imperfections du marché notamment² –, il apparaît que ceux-ci n'y auront recours sans recevoir certaines garanties dans le cadre de leurs accords de distribution ou de vente. Or, si certaines de ces garanties sont qualifiées de restrictions caractérisées au sens du Règlement, il convient de prévoir avec le plus de clarté possible le cadre d'analyse pour une éventuelle exemption de celles-ci.
22. En outre, nous remarquons que certaines dispositions opèrent des répétitions entre elles. C'est notamment le cas du point 107 b) des Lignes Directrices, qui concerne l'« *ouverture et la pénétration de nouveaux marchés* » et reprend en substance le point 61 qui porte sur une situation similaire.
23. **Dans un souci de clarté, nous suggérons que l'ensemble de ces dispositions soit regroupé au sein des Lignes Directrices, dans une seule section spécifiquement consacrée à l'entrée sur de nouveaux marchés ou l'innovation sur des marchés existants, et plus précisément aux exemptions pouvant être accordées à ce titre.**

Cette nouvelle section pourrait prendre la forme suivante, sous réserve des observations et recommandations formulées au titre de l'évolution de l'interdiction des prix minima de vente (voir Annexe 2) :

SECTION [X] – Cas individuels de restrictions verticales susceptibles de ne pas relever de l'article 101, paragraphe 1 ou d'être exemptées au titre de l'article 101, paragraphe 3

– Le cas spécifique du lancement de nouveaux produits ou de la pénétration de nouveaux marchés

a) Caractère favorable de certains accords verticaux pour le lancement de nouveaux produits ou la pénétration de nouveaux marchés

1. Il est important de reconnaître que les restrictions verticales peuvent avoir des effets positifs, en particulier en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que les prix et en incitant à améliorer la qualité des services. Lorsqu'une entreprise ne dispose d'aucun pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution. Dans certains cas, les restrictions verticales peuvent se révéler utiles à cet égard, car les relations habituelles entre le fournisseur et l'acheteur dans les conditions normales de la concurrence, dans le cadre desquelles ne sont fixés que le prix et les quantités d'une transaction donnée, peuvent conduire à un niveau d'investissements et de ventes trop faible.

² Lignes Directrices, para. 106 à 109.

2. Bien qu'elles s'efforcent de fournir une bonne vue d'ensemble des différents motifs pouvant justifier la mise en œuvre de restrictions verticales, les présentes lignes directrices ne prétendent pas à l'exhaustivité. Les motifs suivants peuvent justifier l'application de certaines restrictions verticales :

a) le « problème du parasitisme » : un distributeur peut détourner à son profit les efforts promotionnels d'un autre distributeur. Ce type de problème est le plus fréquent au niveau du commerce de gros et de détail. La distribution exclusive ou des restrictions de même nature peuvent être utiles pour combattre un tel parasitisme. Le problème peut aussi surgir entre des fournisseurs lorsque l'un d'eux, par exemple, investit dans la promotion sur le lieu de vente de l'acheteur, généralement au niveau du commerce de détail. Cette promotion peut aussi attirer des clients pour ses concurrents. Des restrictions telles que l'obligation de non-concurrence peuvent constituer une réponse satisfaisante au parasitisme. Pour qu'il y ait problème, il faut que le parasitisme soit réel. Le parasitisme entre acheteurs n'est possible que dans les services qui précèdent la vente (services prévente) et autres activités de promotion, mais non dans les services après-vente que le distributeur peut facturer individuellement à ses clients. Il faut généralement que le produit soit relativement nouveau ou techniquement complexe, ou que sa réputation joue un rôle majeur dans sa demande, car autrement le client sait probablement très bien ce qu'il veut en se basant sur ses achats antérieurs. Le produit doit en outre avoir une certaine valeur, sans quoi il n'est pas intéressant pour un client de se rendre dans un magasin pour obtenir des renseignements avant d'aller dans un autre pour réaliser son achat. Enfin, le fournisseur ne doit pas avoir la possibilité en pratique d'imposer à tous les acheteurs, par voie de contrat, des obligations de promotion ou de service.

b) le problème de la « renonciation à certains investissements » : il arrive parfois que certains investissements propres à un client déterminé doivent être réalisés soit par le fournisseur, soit par l'acheteur, par exemple des équipements spéciaux ou des formations. Il peut par exemple s'agir d'un fabricant de composants qui doit construire de nouvelles machines et de nouveaux outils pour satisfaire un besoin particulier d'un de ses clients. Ce fabricant ne s'engagerait peut-être pas à réaliser les investissements nécessaires avant d'avoir convenu avec ce client de certains arrangements en matière d'approvisionnement. Cependant, comme dans les autres exemples de parasitisme, il faut qu'un certain nombre de conditions soient remplies pour que ce risque de sous-investissement existe ou soit important. Premièrement, l'investissement doit être propre à une relation contractuelle. Un investissement réalisé par un fournisseur est considéré comme propre à une relation contractuelle lorsqu'à l'expiration du contrat, il ne peut être utilisé par le fournisseur pour approvisionner d'autres clients et que les actifs concernés par cet investissement ne peuvent être vendus que moyennant des pertes considérables. Un investissement réalisé par un acheteur est considéré comme propre à une relation contractuelle lorsqu'à l'expiration du contrat, il ne peut être utilisé par l'acheteur pour acquérir ou utiliser les produits fournis par d'autres fournisseurs et que les actifs concernés par cet investissement ne peuvent être vendus que moyennant des pertes considérables. Un investissement est donc propre à une relation contractuelle lorsque, par exemple, il ne peut être utilisé que pour produire un composant d'une certaine marque ou pour stocker une marque précise, et ne peut donc être utilisé de manière rentable pour produire ou revendre des produits alternatifs. Deuxièmement, il doit s'agir d'un investissement à long terme dont le coût ne peut être récupéré à court terme. Et troisièmement, l'investissement doit être asymétrique, l'une des parties au contrat investissant plus que l'autre. Lorsque ces conditions sont réunies, une

restriction verticale se justifie normalement pour une durée identique à celle de l'amortissement de l'investissement. La restriction verticale appropriée en l'espèce sera du type obligation de non-concurrence ou quotas d'achat si l'investissement est assumé par le fournisseur, et du type distribution exclusive, exclusivité de clientèle ou fourniture exclusive s'il est réalisé par l'acheteur.

b) Exemption de certaines restrictions caractérisées en matière de (re)vente lors du lancement d'un produit ou de la pénétration d'un nouveau marché

3. Lorsqu'un fabricant souhaite pénétrer sur un nouveau marché géographique, par exemple en exportant ses produits vers un autre pays pour la première fois, cela peut impliquer certains «investissements de départ» pour le distributeur afin d'établir la marque sur ce marché. Pour convaincre un distributeur local de réaliser ces investissements, il peut être nécessaire de lui fournir une protection territoriale de manière à ce qu'il puisse récupérer ses coûts d'investissement en appliquant temporairement des prix plus élevés. Il faut alors dissuader, pendant une période limitée, les distributeurs établis sur d'autres marchés de vendre leurs produits sur ce nouveau marché (voir aussi le point 61 à la section III.4). Il s'agit d'un cas particulier de parasitisme [voir le point a)];

~~4. Le distributeur qui sera le premier à vendre une nouvelle marque ou à vendre une marque existante sur un nouveau marché, réalisant ainsi une véritable entrée sur le marché en cause, peut être amené à effectuer des investissements importants là où auparavant il n'existait aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit de ce producteur. De telles dépenses sont souvent irrécouvrables et, Dans ces circonstances, le distributeur pourrait refuser de conclure un accord de distribution en l'absence d'une protection, pendant un certain temps, contre les ventes passives (et actives) sur son territoire ou à sa clientèle par d'autres distributeurs. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'un fabricant établi sur un marché national donné pénètre sur un autre marché national et y introduit ses produits en recourant à un distributeur exclusif et que ce dernier doit réaliser des investissements pour lancer et établir la marque sur ce nouveau marché. Lorsque le distributeur doit réaliser des investissements importants pour créer et/ou développer un nouveau marché, les restrictions imposées aux ventes passives d'autres distributeurs sur le territoire concerné ou à la clientèle visée qui sont nécessaires pour que le distributeur récupère ces investissements ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, pendant les deux premières années au cours desquelles le distributeur vend les biens ou services contractuels sur ce territoire ou à cette clientèle, même si ce type de restriction caractérisée est normalement présumé relever de l'article 101, paragraphe 1.~~

5. Lorsqu'il s'agit véritablement de tester un nouveau produit sur un territoire limité ou auprès d'une clientèle limitée ou en cas d'introduction échelonnée d'un nouveau produit, le fournisseur peut, dans un accord, obliger les distributeurs désignés pour vendre le nouveau produit sur le marché testé ou participer aux premières étapes de l'introduction échelonnée, à limiter leurs ventes actives en dehors du marché testé ou du ou des marchés où le produit est d'abord introduit sans que cette exigence ne relève de l'article 101, paragraphe 1, le temps nécessaire à l'essai ou à l'introduction du produit.

c) Exemption de certaines restrictions caractérisées concernant la fixation de prix imposés dans le même cadre spécifique

6. ~~Toutefois~~, Les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficience, qui seront appréciés conformément à l'article 101, paragraphe 3. En particulier lorsqu'un fabricant lance un nouveau produit, les prix de vente imposés peuvent notamment être utiles, pendant la période d'introduction au cours de laquelle la demande croît, pour inciter les distributeurs à mieux tenir compte de l'intérêt du fabricant à promouvoir le produit en question. Les prix imposés peuvent permettre aux distributeurs d'augmenter les efforts de vente et, si les distributeurs sur ce marché sont soumis à des pressions concurrentielles, les inciter à développer la demande globale pour le produit et à faire de ce lancement un succès, dans l'intérêt des consommateurs également. De même, des prix de vente imposés, et non pas seulement des prix de vente maximum, peuvent être nécessaires pour organiser, dans le cadre d'un système de franchise ou d'un système de distribution similaire appliquant un format de distribution uniforme, une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) qui profitera également aux consommateurs. Parfois, la marge supplémentaire offerte par les prix de vente imposés peut permettre aux détaillants de fournir des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes. Si un nombre suffisant de clients s'appuient sur ces services pour faire leur choix, mais achètent ensuite les produits à un prix plus bas à des détaillants qui ne fournissent pas ces services (et, de ce fait, n'en supportent pas les coûts), les détaillants offrant un haut niveau de service peuvent réduire ou supprimer ces services qui augmentent la demande pour le produit du fournisseur. Les prix de vente imposés peuvent contribuer à prévenir un tel parasitisme au niveau de la distribution. Les parties devront démontrer à suffisance qu'il peut être attendu des prix de vente imposés que non seulement ils donnent les moyens de surmonter un éventuel parasitisme entre les détaillants sur ces services, mais aussi qu'ils incitent à le faire, et que les services de prévente profitent globalement aux consommateurs, comme élément de la démonstration du respect de toutes les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3.

5) Observations portant sur la nature du produit dans le cadre d'un système de distribution sélective

24. Le point 175 des Lignes Directrices relatif à l'analyse de la distribution sélective, lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur excèdent 30%, indique qu'il est considéré en général que la distribution sélective qualitative, consistant « *à agréer les revendeurs sur la seule base de critères objectifs requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus, etc.* », ne relève pas de l'article 101 paragraphe 1 du traité sous réserve que trois conditions soient remplies, et notamment que « *la nature du produit en question [soit] telle qu'un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire qu'un tel système doit constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage.* » (soulignement ajouté).
25. Certains commentateurs semblent considérer au vu de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après, la « Cour de Justice »), qui a eu l'occasion de se prononcer sur le fait que les produits de luxe et de haute technicité sont éligibles à la distribution sélective, que seule cette

catégorie de produits pourrait faire l'objet d'une distribution sélective. Or, une telle condition n'a jamais été requise, ni par la jurisprudence, ni par le Règlement ou les Lignes Directrices, qui ne limitent pas la distribution sélective à quelques catégories de produits pré-identifiées mais requièrent plutôt, en pratique, que le fournisseur puisse justifier son choix d'avoir recours à un système de distribution sélective notamment par la spécificité du produit en question. Les produits de luxe et de haute technicité constituent donc simplement une illustration du type de produits qui peuvent être éligibles à la distribution sélective.

26. En effet, une telle approche purement catégorielle des produits éligibles à la distribution sélective, serait trop restrictive et potentiellement source d'insécurité juridique pour les entreprises. D'une part, à défaut d'une définition précise des produits de luxe ou de haute technicité, l'appréciation du caractère légitime d'un système de distribution sélective pour un produit donné, qui reste par nature subjective, comme en témoigne les divergences de jurisprudence au niveau national, doit nécessairement être faite au cas par cas. D'autre part, une approche purement catégorielle semble inadaptée à la dynamique actuelle du commerce sélectif, dans lequel prévaut au contraire une approche fonctionnelle basée sur le service offert au client avant, pendant ou après l'opération d'achat, quel que soit le type de produit en cause.

27. Dans ce contexte, les Lignes Directrices pourraient préciser que la « *nature* » du produit qui « *légitime* » le recours à la distribution sélective, cette dernière étant « *nécessaire* » pour « *en préserver la qualité et en assurer le bon usage* », n'est pas limitée à certaines catégories de produits mais dépend des justifications qui peuvent être apportées par le fournisseur. Ainsi, si la catégorie de produit concernée constitue un élément d'appréciation pertinent, comme par exemple pour les produits de luxe ou de haute technicité dont l'image de prestige et/ou la perception du consommateur peuvent suffire à justifier, au-delà des caractéristiques du produit, le recours à un système de distribution sélective, le choix de ce mode de distribution peut également être basé sur les qualités intrinsèques du produit et/ou du service qui l'accompagne avant, pendant ou après le parcours d'achat, sans qu'il soit nécessaire de faire référence à une catégorie particulière dont relèverait le produit en question. En toute hypothèse, il doit être clair qu'en deçà du seuil de 30%, la distribution sélective bénéficie de plein droit de l'exemption par catégorie quelle que soit la nature du produit en cause.

6) Observations portant sur l'article 5 du Règlement (obligations de non-concurrence)

A. Obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà de cinq ans

28. Dans le cadre du régime actuel, les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans sont qualifiées de restrictions exclues et ne bénéficient pas de l'exemption par catégorie en vertu de l'article 5(1) du Règlement. Par conséquent, elles sont soumises à une analyse au cas par cas sur le fondement de l'article 101 du TFUE.

29. Cependant, le fait de qualifier ces obligations de restrictions exclues introduit un biais d'analyse et peut dissuader les opérateurs économiques d'inclure des clauses de renouvellement tacite dans leurs contrats. En effet, en pratique, les opérateurs économiques limitent la durée de leurs contrats à cinq ans, sans renouvellement tacite, et prévoient une clause de rendez-vous les obligeant à renégocier et, le cas échéant, à signer un nouveau contrat afin de pouvoir poursuivre leur relation contractuelle. Dans certains cas, notamment lorsque le renouvellement est souhaité par l'ensemble des cocontractants, ces clauses de rendez-vous peuvent générer inutilement des coûts de transaction et ne pas être justifiées économiquement.
30. Or, comme indiqué au point 66 des Lignes Directrices, il s'agit en réalité uniquement de garantir que l'acheteur (ou le fournisseur) a effectivement la possibilité de mettre un terme à son obligation de non-concurrence au bout de cinq ans.³
31. A cet égard, autoriser les clauses de renouvellement tacite au titre de l'exemption par catégorie permettrait de supprimer les coûts de transaction liés à la renégociation systématique des contrats au bout de cinq ans, sans pour autant interdire aux parties de mettre un terme au contrat de manière unilatérale à l'expiration de sa durée initiale. Il appartiendrait alors aux autorités de concurrence et aux juridictions nationales de vérifier que les parties ont effectivement la possibilité de mettre un terme à l'obligation de non-concurrence au bout de cinq ans en fonction des modalités de résiliation et autres conditions prévues.
32. **Dans ces conditions, nous proposons de supprimer le dernier paragraphe de l'article 5(1) du Règlement aux termes duquel « Aux fins du premier alinéa du paragraphe 1, point a), une obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée ».**

B. Obligations de non-concurrence post-contractuelles

33. S'agissant des obligations de non-concurrence post-contractuelles, la dérogation au principe d'exclusion de ces obligations du champ de l'exemption par catégorie prévue par l'article 5(3) du Règlement est soumise à la réunion de quatre conditions. En particulier, en vertu de l'article 5(3)(b), une telle obligation doit être « limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ».

³ Lignes Directrices, para. 66 : « En général, les obligations de non-concurrence bénéficient de l'exemption lorsque leur durée ne dépasse pas cinq ans et qu'aucun obstacle n'empêche l'acheteur de mettre effectivement un terme auxdites obligations à la fin de cette période de cinq ans. ».

34. Or, selon la Cour de Justice, la notion de « *terrain* » ne se confond pas avec celle de « *territoire* » et ainsi, sur la base de la rédaction actuelle du Règlement, « *les clauses de non-concurrence qui s'étendent à l'ensemble du territoire concédé ne bénéficient pas, à l'expiration du contrat, de l'exemption par catégories* ». ⁴

35. Nous considérons que cette interprétation littérale a pour conséquence de restreindre considérablement la portée de la dérogation prévue à l'article 5(3) et ne permet pas de saisir la réalité économique des pratiques des opérateurs économiques. En effet, la protection post-contractuelle d'un savoir-faire transmis par le fournisseur à l'acheteur pourrait être privée de tout effet utile si, à l'expiration du contrat, l'acheteur peut exercer une activité en concurrence avec celle visée par le contrat à partir d'un terrain voisin.

36. **En conséquence, nous proposons de remplacer les dispositions de l'article 5(3)(c) du Règlement par « l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a exercé ses activités pendant la durée du contrat ou, le cas échéant, aux territoires concédés à l'acheteur ».**

C. Critères d'appréciation de la durée adéquate des clauses de non-concurrence en dehors de l'exemption par catégorie

37. Selon les caractéristiques du marché, les investissements engagés ou le cycle de vie des produits en cause, une clause de non-concurrence qui n'est pas couverte par l'exemption par catégorie pourra être justifiée pour une durée plus ou moins longue au regard des efficiences qu'elle est susceptible de générer selon une analyse au cas par cas au titre de l'article 101(3) du TFUE.

38. Les Lignes Directrices actuelles font référence à des éléments d'appréciation de ces obligations au sein de la section sur le monomarquisme qui renvoie également au point 107 sur les gains d'efficience des restrictions verticales en général.

39. Nous considérons que la section sur le monomarquisme pourrait être clarifiée afin de renforcer la sécurité juridique des opérateurs économiques.

40. **Dans ces conditions, nous recommandons que les Lignes Directrices précisent les critères d'évaluation de la durée adéquate des obligations de non-concurrence qui ne bénéficient pas de l'exemption par catégorie. En particulier, les Lignes Directrices devraient faire référence à des critères objectifs, tels que :**

⁴ Ordonnance de la Cour de justice, 7 février 2013, *La Retoucherie de Manuela*, aff. C-117/12 (pt. 34).

- la nature de l'obligation de non-concurrence (interdiction d'exercer une activité économique ou bien exclusivité d'achat) ;
- l'existence d'une position dominante ;
- l'existence de réseaux parallèles d'accords verticaux similaires (risque d'effet cumulatif) ;
- l'existence de justifications économiques comme le lancement d'un nouveau produit, la protection d'un savoir-faire, la spécificité des investissements, le risque de parasitisme ; et
- la durée d'amortissement des investissements ainsi que la durée des baux commerciaux liés à la clause de non-concurrence.

7) Observations portant sur l'article 4), b), iii) du Règlement (territoire réservé et distribution sélective)

- 41.** L'actuel article 4 b) iii) du Règlement permet de restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système. Le point 55 des Lignes Directrices précise que cette exception « *autorise un fournisseur à empêcher un distributeur désigné membre d'un système de distribution sélective de vendre, à tous les stades commerciaux, à des distributeurs non agréés établis sur un territoire où un tel système est actuellement appliqué ou sur lequel le fournisseur ne vend pas encore les produits contractuels* [«le territoire sur lequel le fournisseur a décidé d'appliquer ce système» visé à l'article 4, point b) iii)] ».
- 42.** Ce paragraphe vise les cas où le fournisseur ne commercialise pas encore ses produits dans un pays donné via un système de distribution sélective mais ne vise pas le cas où le fournisseur aura choisi de commercialiser lui-même ses produits. Il est important dans ce cas que les distributeurs agréés de ces autres pays ne puissent pas vendre aux distributeurs non agréés de ce pays dans lequel le fournisseur a choisi de distribuer par lui-même.
- 43.** Nous proposons d'ajouter « sur lequel le fournisseur ne vend pas encore les produits contractuels ou sur lequel le fournisseur distribue les produits contractuels via ses propres points de vente ».

ANNEXE 1

OBSERVATIONS RELATIVES A L'APPLICATION DES REGLES DE CONCURRENCE EN MATIERE D'ACCORDS VERTICAUX AU COMMERCE EN LIGNE

1. Depuis la dernière refonte en 2010 du Règlement et des Lignes Directrices, de nouvelles problématiques juridiques engendrées par l'essor du numérique et, corrélativement, le développement de nouvelles formes de distribution, notamment *via* les places de marché⁵, nécessitent aujourd'hui que la Commission européenne clarifie plusieurs aspects liés aux restrictions que peuvent imposer les fournisseurs à leurs distributeurs s'agissant du commerce en ligne.
2. On constate, en effet, depuis quelques années et en particulier ces derniers mois, une recrudescence des enquêtes et du nombre de décisions des autorités de concurrence et des juridictions nationales en matière de restrictions verticales, au niveau européen comme au niveau national. Les solutions sont parfois divergentes, ce qui crée une insécurité juridique pour les entreprises, tant fournisseurs que distributeurs, à laquelle la Commission doit, à travers la révision du Règlement et des Lignes Directrices, travailler à remédier.
3. Cette mission est d'autant plus importante que la Commission, à l'instar de certaines autorités nationales de concurrence, a pu identifier un certain nombre de préoccupations de concurrence dans le fonctionnement des plateformes électroniques, en particulier des places de marché. Ces préoccupations tiennent notamment au double rôle que jouent les plateformes lorsqu'elles donnent accès au marché et, en même temps, concurrencent des fournisseurs, ce qui peut amener les plateformes à promouvoir indûment leurs propres produits ou services au détriment de ces fournisseurs⁶.
4. Dans cet objectif, l'APDC considère qu'il est essentiel que la Commission tienne compte dans le nouveau règlement et dans ses nouvelles lignes directrices des solutions dégagées dans les récentes décisions concernant les restrictions au commerce en ligne et des constats effectués dans le cadre de son enquête sectorielle sur le commerce électronique (1). En outre, s'agissant plus particulièrement des systèmes de distribution sélective qui sont au cœur de nombreuses problématiques liées à la distribution par internet, notamment *via* les places de marché, l'APDC invite la Commission à clarifier, à la suite de l'arrêt *Coty Germany* de la Cour de Justice, sa position sur les restrictions

⁵ Note de la Commission à l'OCDE, Implications of E-commerce for Competition Policy, 6 juin 2018, para. 16: "[s]uch online platforms have become particularly important for SMEs as they offer easy access to new markets, customers and business opportunities".

⁶ Competition and Markets Authority, *Response to the European Commission's consultation on the regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*, 23 décembre 2015, page 5, pt. 12; Communication de la Commission, « *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique* », 25 mai 2016, page 14.

pouvant être admises et celles qui devraient, au contraire, être exclues (2).

Par ailleurs, compte tenu de la récente adoption du règlement sur le géo-blocage⁷ et des décisions récentes de la Commission à cet égard⁸, la refonte des Lignes Directrices pourrait également être l'occasion pour la Commission d'apporter des précisions sur l'articulation entre le règlement sur le géo-blocage et le règlement sur les restrictions verticales ; les problématiques de discriminations en matière de commerce en ligne, fondées sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des consommateurs, ne pouvant être déconnectées des restrictions que peuvent ou non imposer les fournisseurs à leurs distributeurs dans le cadre de la commercialisation par internet de leurs produits (3).

Enfin, l'APDC encourage à encadrer la pratique de la double distribution (4).

A titre liminaire, l'APDC invite la Commission à entériner une nouvelle approche du calcul des parts de marché déclenchant l'application du Règlement, l'encourageant à prendre en compte les ventes en ligne dans le calcul des parts de marché des revendeurs.

Observations préliminaires sur le changement de méthode dans la détermination du pouvoir de marché et son incidence sur le Règlement

5. Selon le rapport *Competition Policy for the digital era* publié par la Commission (ci-après le « Rapport »), les outils traditionnels de mesure du pouvoir de marché ne seraient plus adaptés au secteur de l'économie digitale et plus particulièrement en ce qu'ils s'appliquent aux marchés multi-faces.
6. La part de marché est l'instrument traditionnel de mesure du pouvoir de marché, même s'il n'est pas le seul pris en compte par les autorités de concurrence. Ce sont notamment des seuils de parts de marché qui sont utilisés pour présumer de l'absence ou de l'existence d'une position dominante.
7. Le Rapport est d'avis que cette méthode n'est plus adaptée aux nouveaux marchés pour lesquels les effets de réseaux jouent un rôle primordial :

« lorsqu'il y a des effets de réseau, les prix ne représentent pas nécessairement la valeur du bien ou du service pour les consommateurs ou les entreprises qui le vendent, de sorte que le

⁷ Règlement (UE) n° 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) n° 2017/2394 et la directive 2009/22/CE (ci-après, le « règlement sur le géo-blocage »).

⁸ Communiqué IP/19/1828 du 25 mars 2019 : « La Commission inflige à Nike une amende de 12,5 millions d'euros pour avoir limité les ventes transfrontières de produits dérivés » ; Décision de la Commission du 17 décembre 2018, *Guess*, AT.40428.

pourcentage des ventes n'a guère de sens ».⁹

8. Cette critique concerne en particulier les marchés sur lesquels des *zero-price platforms* sont simultanément actives aux côtés d'opérateurs qui facturent le même type de service aux consommateurs :

*« par exemple, dans le cas des plateformes de musique en ligne ; il est clair que la part de marché ne peut prendre en compte uniquement les consommateurs qui payent ».*¹⁰

9. Le Rapport en conclut que « le concept de part de marché n'est souvent pas un concept utile pour mesurer le pouvoir de marché (bien sûr, les statistiques descriptives telles que les parts de marché des clients ou les téléchargements sont encore utiles, mais elles sont peu concluantes) ».¹¹
10. Le Rapport note également que ces constats sont d'autant plus vrais dans le cas des marchés multi-faces.
11. L'APDC s'interroge sur les implications d'un tel changement d'évaluation du pouvoir de marché sur l'exemption par catégorie prévue par le Règlement.
12. En effet, aux termes du Règlement :

*« L'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et que la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels ».*¹²

13. Aucun autre critère que celui de la part de marché n'est donc pris en compte.
14. Le mécanisme d'exemption par catégorie tel qu'il est actuellement conçu est un instrument particulièrement utile pour les entreprises : calculer leur part de marché est un exercice habituel et elles peuvent donc, dans la plupart des cas, auto-évaluer avec une relative sécurité juridique la

⁹ Rapport de la Commission, *Competition Policy for the digital era* : « when there are network effects, the prices do not necessarily represent the value of the good or service to the consumers or to the firms which are selling them, so that the percentage of sales does not make much sense », page 48.

¹⁰ Rapport de la Commission, *Competition Policy for the digital era* : « for instance, in the case of music platforms; clearly the share of the market share cannot take into account only the paying consumers », page 49.

¹¹ Rapport de la Commission, *Competition Policy for the digital era* : « The concept of market share is often not a useful concept to measure market power (of course, descriptive statistics such as shares of customers or downloads are still useful, but they are hardly conclusive », page 49.

¹² Article 3 du Règlement.

conformité de leurs pratiques au droit de la concurrence. L'exemption par catégorie remplit donc pleinement son rôle : éviter des questionnements trop importants concernant un nombre considérable d'accords qui, du fait de la faible part de marché des parties en cause, ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement la concurrence.

15. Le Rapport plaide pour une analyse plus sophistiquée de la question du pouvoir de marché, mais il ne précise pas si cette vision devrait être limitée à l'analyse des pratiques contractuelles au regard de l'article 102 TFUE ou si elle devrait être étendue au mécanisme d'exemption par catégorie vertical. Si tel était le cas, l'auto-évaluation par les entreprises de la licéité de leurs accords verticaux s'en trouverait complexifiée à un point tel que l'effet le plus probable serait de renoncer à la mise en place d'un grand nombre d'entre eux, y compris ceux produisant des effets pro-concurrentiels.
16. L'APDC considère donc que la Commission devrait réaffirmer que le mécanisme d'exemption par catégorie restera uniquement conditionné à des seuils exprimés en parts de marché.
17. Si la Commission venait à prendre une position différente et à ajouter de nouveaux critères, l'APDC considère que ceux-ci devraient être particulièrement clairs. Dans le cas contraire, le mécanisme d'exemption serait vidé de sa substance. L'APDC note que la Fédération des industries allemandes avait exprimé une inquiétude similaire dans sa contribution au Rapport : *« plutôt que des parts de marché, il convient de trouver de nouveaux critères, ou du moins des critères supplémentaires, qui soient à la fois aussi clairs et non ambigus que les parts de marché »*¹³.
18. La refonte du Règlement pourrait par ailleurs donner l'opportunité à la Commission de se prononcer sur une question qui n'y est pas directement liée mais d'une importance grandissante dans la distribution : la pleine prise en compte des ventes en lignes dans le calcul des parts de marché des revendeurs.
19. La Commission pourrait indiquer quels éléments elle entend prendre en compte pour considérer qu'un marché pertinent peut désormais inclure inclus à la fois la vente en ligne et la vente en magasin. L'APDC considère en effet que l'Autorité de la concurrence (ci-après, l'« Autorité ») a proposé, certes dans le contexte particulier du contrôle des concentrations, une approche particulièrement intéressante, dans sa décision *Fnac/Darty*¹⁴ et surtout dans la très récente décision *Picwic/Toy'r'us*¹⁵.

¹³ Bundesverband der Deutschen Industrie e.V., Position Paper – Shaping competition policy in the era of digitization. ("Instead of market shares, *new or at least supplementary criteria should be found which are simultaneously as clear and unambiguous as market shares*").

¹⁴ Autorité de la concurrence, décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.

¹⁵ Autorité de la concurrence, décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez.

20. Dans ces deux décisions, l'Autorité avait considéré que les caractéristiques de ces marchés justifiaient de prendre directement en compte la pression concurrentielle de la vente en ligne sur les points de vente physiques et d'analyser ces deux canaux comme appartenant à un seul et même marché pertinent. Elle a estimé que la pression concurrentielle de la vente en ligne, qu'il s'agisse de *pure players* ou bien des sites internet des enseignes de distribution classiques, ainsi que la proximité entre ce mode de distribution et celui en magasin physique sont désormais devenues suffisamment importantes pour que le marché pertinent intègre ces deux canaux.
21. L'APDC est d'avis qu'une telle approche serait cohérente avec la place de plus en plus importante que prennent les acteurs de la distribution en ligne et, par conséquent, la pression concurrentielle qu'ils exercent sur les canaux classiques de distribution.
22. Si la Commission devait adopter une telle approche, elle devrait préciser les conditions de calcul des parts de marché au niveau du distributeur, en particulier lorsque celui-ci est un *pure player*.

1) Codification des principes généraux relatifs aux restrictions à la vente par internet

23. Depuis 2010, tant la Commission que plusieurs autorités nationales de concurrence et juridictions au sein de l'Union européenne, ou encore la Cour de Justice, ont été amenées à examiner des pratiques de fournisseurs visant à limiter les possibilités de revente en ligne par les distributeurs. Dans ce contexte, il appartient aujourd'hui à la Commission de tirer les conséquences des décisions récentes et de proposer une grille de lecture commune, gage de sécurité juridique pour les entreprises.
24. L'APDC rappelle que, selon une jurisprudence constante, chaque fournisseur est en principe libre d'organiser la distribution de ses produits selon des modalités qu'il choisit¹⁶.

¹⁶ TPICE, 12 décembre 1996, *Groupeement d'achat Edouard Leclerc c/ Commission*, aff. T-19/92 (pt. 117) : « il y a lieu de préciser que, bien qu'un producteur soit libre de choisir sa politique de commercialisation, l'article 85, paragraphe 1, du traité doit être pris en considération dès lors que la mise en œuvre de cette politique entraîne des accords qui imposent à d'autres opérateurs économiques indépendants des obligations de nature à restreindre leur liberté concurrentielle dans une mesure qui affecte sensiblement les échanges intracommunautaires » (nous soulignons). Voir également, conclusions de l'Avocat Général M. Nils Wahl, aff. C-230/16 (pt. 138) : « la tête d'un réseau de distribution sélective doit pouvoir bénéficier d'une grande liberté dans la définition des modalités de distribution de ces produits, qui sont autant d'éléments de stimulation de l'innovation et de la qualité des services rendus aux clients de nature à produire des effets pro-concurrentiels ».

Ce principe est également fréquemment rappelé dans la pratique décisionnelle de l'Autorité ainsi que par les juridictions françaises. Voir à cet égard, Cour d'appel de Paris, arrêt du 19 octobre 2016, n° 14/07956 : « le principe fondamental de liberté contractuelle autorise tout opérateur économique à organiser son réseau de distribution comme il l'entend sous la seule réserve de ne commettre aucune pratique anticoncurrentielle ». Dans une décision n° 17-D-07 du 15 mai 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement de particuliers et du transfert d'entreprises (pt. 50) l'Autorité a aussi rappelé l'existence d'une « jurisprudence constante consacre la liberté d'organisation et de réorganisation des réseaux de distribution ou des réseaux de marque (voir notamment Cour de cassation, ch. commerciale, 2 décembre 2008, n° 07-18.775), lorsque les modalités de mise en œuvre de cette liberté n'affectent pas le

25. Aussi, c'est par exception, et uniquement lorsqu'il peut être porté atteinte au maintien de la concurrence au sein du marché intérieur, qu'un fournisseur peut se voir imposer certaines limites s'agissant des modalités de distribution de ses produits.
26. De manière générale, et quel que soit le modèle de distribution adopté, l'APDC estime que devraient être clairement distinguées, d'une part, l'interdiction générale et absolue imposée par un fournisseur à ses distributeurs de vendre par internet les produits contractuels et, d'autre part, les autres restrictions à la vente en ligne.

A. Interdiction générale et absolue de vendre par internet

27. Le point 52 des Lignes Directrices précise que, « *en principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits* » (nous soulignons).
28. Dans son arrêt *Pierre Fabre*, rendu sur renvoi préjudiciel, la Cour de Justice a jugé que l'interdiction générale et absolue imposée par Pierre Fabre à ses distributeurs de vendre ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle par internet constituait une restriction de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après, « TFUE ») (sauf à pouvoir être objectivement justifiée) et, par ailleurs et en tout état de cause, une restriction caractérisée au sens de l'article 4, c) du Règlement¹⁷.
29. Compte tenu de l'importance d'internet comme modalité de vente, l'APDC invite la Commission, dans un souci de cohérence avec la jurisprudence des juridictions européennes, à rappeler, au sein de ses lignes directrices ce principe d'interdiction pour tout fournisseur d'interdire à ses distributeurs les reventes en ligne de manière absolue.
30. L'énonciation d'une telle interdiction ne doit pour autant pas faire obstacle à l'encadrement par la Commission de certaines autres pratiques se rapportant à la distribution par internet, lesquelles peuvent, selon la nature du réseau en cause, être objectivement justifiées par le fournisseur.

marché (décision n° 04-D-55 du 10 novembre 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur des images de collection pour enfants ; voir aussi l'avis n° 04-A-14 du 23 juillet 2004, Syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique, SEBI) ».

¹⁷ CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre*, aff. C-439/09, selon lequel les interdictions pures et simples de vendre par internet pratiquées au sein d'un réseau de distribution sélective constituent une restriction caractérisée au sens de l'article 4, c) du règlement n° 2790/1999, applicable au litige.

B. Autres restrictions à la vente en ligne

31. La Commission reconnaît déjà, dans les Lignes Directrices, la possibilité pour les fournisseurs d'imposer certaines restrictions à leurs distributeurs quant à la vente en ligne, que ce soit sous la forme, au sein d'un réseau de distribution exclusive, d'une interdiction des ventes actives, en ce compris par le biais d'annonces publicitaires ciblées sur internet¹⁸ ou, au sein d'un réseau de distribution sélective, d'une exigence de détention par le distributeur d'un point de vente physique¹⁹.
32. Dès lors, dans le cadre de la révision du Règlement et des Lignes Directrices, la Commission devrait tout d'abord clairement mentionner, conformément au principe de liberté susmentionné, la possibilité pour un fournisseur de ne pas commercialiser ses produits par le biais des *pure players*, quelle que soit la nature du produit et quel que soit le marché considéré²⁰. Ceci revient, de fait, à maintenir la possibilité pour le fournisseur, actuellement prévue par le point 54 des Lignes Directrices, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou plusieurs point(s) de vente physique(s) comme condition pour pouvoir adhérer à son réseau. Cette condition permet notamment aux fournisseurs d'encourager les investissements consentis par leurs distributeurs dans les points de vente physiques en limitant l'effet de *free riding* par les *pure players*.
33. Néanmoins, la Commission devrait par ailleurs reconnaître la possibilité, pour les fournisseurs qui souhaitent distribuer leurs produits *via* ce canal, d'imposer des critères spécifiques à ces acteurs internet. Une possibilité pourrait par exemple consister à laisser plus de souplesse aux fournisseurs pour appliquer des prix et/ou des conditions commerciales différents selon que la vente du produit s'effectue en ligne ou non, cela afin de permettre de pallier le déséquilibre pouvant exister entre les revendeurs dont l'activité est limitée à la revente en ligne des produits et les distributeurs exploitant un point de vente physique ayant des coûts de fonctionnement bien plus importants à supporter. Si une interdiction de ce type de prix / conditions commerciales différenciés était justifiée lors de la précédente refonte, le paysage économique a considérablement changé depuis 2010 ; une large partie de leur chiffre d'affaires étant désormais réalisée en ligne, il n'est plus question pour les fournisseurs d'utiliser ce type de prix différenciés pour favoriser les ventes hors ligne au détriment des ventes en ligne. Au contraire, l'application de prix / conditions commerciales différenciés pourraient constituer un moyen efficace de compenser tout effet de parasitisme entre les ventes en ligne et les ventes hors ligne et serait susceptible de générer des gains d'efficacité et d'améliorer le bien-être des consommateurs. Elle constituerait un moyen d'assurer le maintien par les acteurs de distribution exploitant des points de vente physiques d'une expérience en magasin de qualité, basée sur la démonstration des produits et les conseils personnalisés.

¹⁸ Lignes Directrices, para. 51.

¹⁹ Lignes Directrices, para. 54.

²⁰ Contrairement à ce que la Commission a laissé entendre dans son rapport relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique expliquant que le critère du point de vente physique pouvait ne pas être justifié dans certains cas individuels, pt. 27 de son Rapport Final.

34. Ceci pourrait notamment être utile pour la distribution sélective, dans la mesure où cela permettrait au fournisseur d'élargir son réseau tout en s'assurant, d'une part, que les *pure players* seront en mesure de préserver l'image de marque ou les caractéristiques intrinsèques associées aux produits en cause, leur qualité et leur bon usage et, d'autre part, qu'ils seront soumis à des normes et conditions similaires et cohérentes avec celles imposées à ses autres distributeurs pour la revente des produits contractuels par internet. L'APDC considère qu'une telle évolution est nécessaire, dans la mesure où elle correspond à l'évolution des modes de consommation et s'inscrit, en outre, dans un mouvement global d'évolution vers une distribution de plus en plus qualitative par internet, avec l'apparition de nouveaux acteurs, notamment spécialisés dans la distribution de produits de luxe par internet.

2) Clarification des problématiques spécifiques liées aux restrictions à la vente via des places de marché dans le cadre des réseaux de distribution sélective

35. La mise en place par un fournisseur d'un réseau de distribution sélective lui permet, d'une part, de contrôler le nombre de distributeurs agréés, soit directement, en limitant le nombre de revendeurs agréés, soit indirectement, en admettant dans le réseau les seuls distributeurs remplissant les critères de sélection qualitatifs pour pouvoir y être admis et, d'autre part, d'imposer à ces derniers certaines restrictions liées à la revente des produits contractuels²¹.
36. A cet égard, les Lignes Directrices prévoient que l'imposition de restrictions à l'utilisation d'internet comme canal de vente peut être compatible avec le Règlement. S'agissant de la distribution sélective, il est notamment admis que le fournisseur impose des normes de qualité pour la revente de ses produits par internet, similaires à celles imposées pour la revente au détail en magasin, ce qui lui permet, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un point de vente physique comme condition pour faire partie du réseau ou encore de limiter le recours à des plateformes tierces pour la commercialisation des produits contractuels²².
37. Toutefois, avec le développement du commerce en ligne, de nouvelles formes de restrictions sont apparues, telles que l'interdiction pure et simple faite aux distributeurs membres d'un réseau de distribution sélective d'avoir recours aux places de marché pour la commercialisation des produits contractuels, et ce pour diverses catégories de produits de marque.
38. Dans son arrêt *Coty Germany*, la Cour de Justice, saisie d'une question préjudicielle par l'Oberlandsgericht de Francfort-sur-le-Main (« OLG »)²³, a admis qu'un fournisseur peut restreindre les possibilités de revente par ses distributeurs, « *de manière visible* », via une plateforme tierce, dès

²¹ Voir notamment les paragraphes 174 et 175 des Lignes Directrices.

²² Lignes Directrices, para. 54.

²³ Tribunal régional supérieur de Francfort-sur-le-Main.

lors que cette restriction contribue à protéger l'image de luxe des produits, s'applique de manière uniforme et non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée à l'objectif poursuivi²⁴. La Cour de Justice a ainsi considéré, d'une part, que la restriction en cause n'était pas, dans son principe, contraire à l'article 101, paragraphe 1 du TFUE²⁵ et, d'autre part, que si la juridiction de renvoi devait néanmoins considérer qu'elle constitue une restriction de concurrence au sens de cette disposition, elle ne constitue en tout état de cause pas une restriction caractérisée au sens de l'article 4, b) sur la restriction de clientèle ou 4, c) sur la restriction des ventes passives du Règlement²⁶.

39. La jurisprudence *Coty Germany* a néanmoins, depuis lors, donné lieu à des solutions au niveau des États membres qui ne sont pas nécessairement convergentes, voire peuvent être considérées comme divergentes. A titre d'exemple :

- En Allemagne, l'OLG, dans son arrêt de renvoi du 12 juillet 2018²⁷, a fait l'impasse sur l'analyse du caractère légitime du système de distribution mis en place par Coty et du caractère proportionné, au regard de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE, de la restriction imposée concernant l'interdiction faite à son distributeur de vendre *via* des places de marché, en se contentant d'indiquer que, le seuil de part de marché de 30% n'étant pas atteint et cette interdiction ne constituant pas, selon la Cour de Justice, une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du Règlement, l'accord entre Coty et son distributeur pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie.

²⁴ CJUE, 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH contre Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/13 (pt. 58).

²⁵ « (...) l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à une clause contractuelle (...) qui interdit aux distributeurs agréés d'un système de distribution sélective de produits de luxe, visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur internet des produits contractuels, dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier ».

²⁶ « (...) l'article 4 du règlement n° 330/2010 doit être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, l'interdiction faite aux membres d'un système de distribution sélective de produits de luxe, qui opèrent en tant que distributeurs sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par internet, ne constitue pas une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b), de ce règlement, ni une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), dudit règlement ».

²⁷ OLG Frankfurt am Main, V. 12.7.2018, 11 U 96/14.

- Bien que concernant cette fois-ci une interdiction de recourir à des outils de comparateurs de prix, la Cour fédérale allemande²⁸ a considéré, quelques jours seulement après l'arrêt *Coty Germany* de la Cour de Justice, que cette interdiction, imposée par la société Asics à ses distributeurs, constituait une restriction caractérisée dans la mesure notamment où, en l'espèce, les produits Asics ne relevaient pas de la catégorie des produits de luxe²⁹, contrairement à l'affaire *Coty Germany* ; la Cour fédérale allemande semblant ainsi considérer que la solution dégagée par la Cour de Justice dans l'affaire *Coty Germany* est purement contextuelle, et limitée aux seuls produits de luxe. Dans une note explicative d'octobre 2018, le Bundeskartellamt considérait que sa prise de position dans l'affaire *Asics* (telle que récemment confirmée en appel), dans laquelle a été sanctionnée l'interdiction imposée par un fournisseur à ses distributeurs de recourir à des sites de comparaisons de prix pour réaliser leurs ventes en ligne ne contredit la solution retenue dans *Coty Germany* « *que de façon apparente* »³⁰.
- Toujours dans sa note explicative de la portée respective des arrêts *Coty Germany* et *Asics*, le Bundeskartellamt :
 - indique douter que les restrictions à la vente exercées à l'encontre des places de marché ou d'ailleurs toute autre restriction à la vente en ligne soient susceptibles d'accroître la concurrence inter-marque de manière suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence intra-marque que de telles restrictions génèrent³¹ ;
 - considère que les fabricants peuvent certainement, sans aller jusqu'à une interdiction pure et simple de la vente par l'intermédiaire de places de marché, protéger leur image de marque de façon suffisante en mettant en place des critères de qualité à respecter par leurs distributeurs qui vendraient sur des places de marché. Le Bundeskartellamt mentionne par exemple le fait d'exiger que le vendeur donne accès à sa propre vitrine électronique au lieu de se contenter de poster, sur la place de marché, un descriptif générique du produit en question³².

²⁸ Bundesgerichtshof, 12 décembre 2017, KVZ 41/17.

²⁹ Quelques mois plus tôt, une juridiction néerlandaise avait pourtant, quant à elle, jugé que les produits Nike devaient être considérés comme des produits de luxe : Tribunal d'Amsterdam, jugement du 4 octobre 2017, *Nike/Action Sport*, voir également GCR, 11 octobre 2017, *Dutch court upholds Nike's selective distribution*.

³⁰ Bundeskartellamt, *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what's next?*, octobre 2018, p. 2: “*The Federal Court of Justice's decision in the Asics case regarding the prohibition to support price comparison engines only seemingly contradicts the ECJ's statements*”.

³¹ Bundeskartellamt, *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what's next?*, octobre 2018, p. 3: “*However, especially with regard to products marketed on a large scale, the Bundeskartellamt doubts whether restrictions on platforms and other internet distribution channels increase inter-brand competition to an extent that this outweighs the considerable restrictions of intra-brand competition by general prohibitions*”. D'ailleurs, le Bundeskartellamt a depuis plusieurs années développé une pratique décisionnelle remettant en cause la validité de l'interdiction totale ou partielle du recours aux places de marché dans le cadre de la distribution sélective. Voir notamment : Bundeskartellamt, 24 octobre 2013, B7-1/13-35, *Sennheiser* ; Bundeskartellamt, 19 août 2014, B3-137/12, *Adidas*.

³² Bundeskartellamt, *Competition restraints in online sales after Coty and Asics – what's next?*, octobre 2018, p. 3: “*The Bundeskartellamt considers that manufacturers can sufficiently protect the brand image of (high quality) brand products through specific quality*

- En France, *a contrario*, l'arrêt *Coty Germany* de la Cour de Justice a conduit la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 28 février 2018³³, à juger (i) licite le réseau de distribution sélective mis en place par Coty et (ii) proportionnée la restriction consistant pour Coty à exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un point de vente physique, considérant qu'au regard de la nature des produits en cause, une telle restriction doit s'analyser de la même manière que celle relative à l'interdiction de vendre *via* des places de marché.
- De même, dans un arrêt *Caudalie*, la Cour d'appel de Paris a jugé les contrats conclus entre la société Caudalie et les pharmaciens de son réseau, contenant l'interdiction de recourir à des plateformes tierces pour la vente des produits contractuels, ne restreignaient pas la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE, dans la mesure où les produits de marque Caudalie pouvaient être considérés comme des produits de luxe³⁴. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris a également précisé que la possibilité d'encadrement des reventes *via* des plateformes tierces dans le cadre de réseaux de distribution sélective n'était pas nécessairement limitée aux seuls produits de luxe³⁵.
- Dans sa décision *Stihl*, rendue le 24 octobre 2018, l'Autorité a également validé une interdiction de revente *via* des plateformes internet tierces s'agissant d'un système de distribution sélective dans le domaine des équipements de motoculture³⁶. L'Autorité a notamment souligné qu'une telle limitation était légitime et proportionnée au motif que le revendeur en ligne doit proposer des conditions de vente globalement équivalentes à celles proposées par les autres distributeurs du réseau, notamment en matière de sécurité du consommateur et de garantie de l'image de marque et de la qualité des produits concernés. L'Autorité a donc interprété les termes de l'arrêt *Coty* comme ne circonscrivant pas le champ d'application dudit arrêt aux seuls produits de luxe, mais en l'élargissant notamment (i) aux produits dangereux, dans un objectif de sécurité et (ii) aux produits non dangereux, dans une optique de lutte contre la contrefaçon³⁷.

requirements regarding marketplace distribution. For example, as dealers are required to have their own online shop on the marketplace rather than share a product page with other dealers for distribution purposes. For this reason, it is not necessary to generally prohibit the use of marketplaces”.

³³ Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch. 4, arrêt du 28 février 2018, n° 16/022263.

³⁴ Cour d'appel de Paris, pôle 1, ch. 8, arrêt du 13 juillet 2018, n° 17/20787.

³⁵ Cour d'appel de Paris, pôle 1, ch. 8, arrêt du 13 juillet 2018, n° 17/20787 : « *Au demeurant et à titre surabondant, comme l'a indiqué la DG Concurrence de la Commission européenne dans son commentaire de l'arrêt Coty, il n'y a pas lieu d'exclure que l'interdiction de vente via des plateformes dans les accords de distribution sélective puisse être conforme à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE pour d'autres catégories de produits que celle des produits de luxe* ».

³⁶ Autorité de la concurrence, décision n° 18-D-23 du 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture. La société Stihl a interjeté appel et formé un recours auprès du premier président de la Cour d'appel de Paris afin d'obtenir un sursis à exécution des injonctions prononcées par l'Autorité. L'Autorité avait notamment enjoint Stihl de modifier ses contrats de distribution existants afin de stipuler, en termes clairs, que les distributeurs agréés avaient la possibilité de procéder à la vente en ligne de l'ensemble des produits du fabricant (hors plateformes), sans obligation de remise en main propre auprès de l'acheteur. Le premier président de la Cour d'appel de Paris a, par ordonnance du 23 janvier 2019, fait droit à cette demande en tenant compte notamment des lourds investissements qui devraient être consentis afin de mettre en œuvre les mesures d'injonction. Voir Ordonnance de sursis à exécution du premier président de la Cour d'appel de Paris, pôle 5, ch. 15, 23 janvier 2019, n° 18/26546.

³⁷ De façon similaire, au Royaume-Uni, le Competition Appeal Tribunal (« CAT ») a considéré dans un arrêt *Ping* que l'interdiction totale de revente *via* des places de marchés ne saurait constituer une restriction de concurrence par objet dans la mesure où elle ne réduisait pas la concurrence intra-marque - CAT, 7 septembre 2018, *Ping* : “[o]ther types of bans – such as a prohibition of sales on certain third-

40. Dans ce contexte, il est donc indispensable, par souci de cohérence et de sécurité juridique pour les entreprises, que la Commission fasse un travail de clarification, en précisant, à la lumière de l'arrêt *Coty Germany* de la Cour de Justice :

- (i) Les conditions classiques de la jurisprudence concernant la validité d'un réseau de distribution sélective, à savoir, d'une part, que la nature des produits contractuels en cause justifie le recours à cette modalité particulière de distribution, afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage et, d'autre part, que les distributeurs soient sélectionnés selon des critères objectifs, proportionnés au regard de l'objectif poursuivi et appliqués de manière uniforme et non discriminatoire³⁸.
- (ii) La distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption par catégorie lorsque les conditions sont remplies quelle que soit la nature des produits en cause.
- (iii) Le fait qu'il est possible d'interdire aux distributeurs de recourir de manière visible à des plateformes tierces interdiction de vente par internet, au sein d'un réseau de distribution sélective, sans que cela ne constitue une restriction de concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1 du TFUE, dès lors que cette interdiction vise à préserver l'image de marque ou les qualités intrinsèques des produits concernés, qu'elle est appliquée de manière uniforme et non discriminatoire et, enfin, qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi. A cet égard, il conviendrait également de préciser le sens à donner à l'expression « *de manière visible* »³⁹ afin de délimiter clairement les contours de l'interdiction que les fournisseurs peuvent imposer aux distributeurs.
- (iv) En tout état de cause, si une telle restriction était, eu égard notamment à la nature du produit en cause, considérée comme disproportionnée, le fait qu'elle ne constitue néanmoins pas une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du Règlement de nature à faire perdre le bénéfice de l'exemption par catégorie.
- (v) Enfin, la Commission devrait également préciser, pour les cas où l'article 101, paragraphe 1 du TFUE serait applicable et le seuil en part de marché serait dépassé, que ce type de restriction requiert une analyse juridico-économique au cas par cas, eu égard, notamment, à la nature du produit en cause, la part de marché du fournisseur, le type de plateforme concernée et la proportion des ventes *via* les plateformes pour le type de produit en question.

party platforms – may be allowed, if they do not significantly reduce intra-brand competition”. Le Tribunal d'Amsterdam a également jugé le 4 octobre 2017, que l'interdiction faite par Nike à ses distributeurs sélectifs de vendre *via* certaines plateformes en ligne non autorisées était compatible avec le droit de la concurrence (Tribunal d'Amsterdam, jugement du 4 octobre 2017, *Nike/Action Sport*).

³⁸ CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmarkte GmbH & Co (KG)*, aff. 26/76.

³⁹ CJUE, 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH contre Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/13 (pt. 58).

41. Concernant plus spécifiquement la nature du produit, l'APDC renvoie à ses développements relatifs à la nature du produit dans le cadre d'un système de distribution sélective⁴⁰ et rappelle seulement ici que les catégories produits de luxe ou produits de haute technicité, pour lesquelles certaines restrictions ont pu être admises en jurisprudence, ne constituent que des exemples non limitatifs, ce qui n'exclue donc pas que ces mêmes restrictions (ou des restrictions similaires) puissent être envisagées pour d'autres produits, quand bien même ils ne relèveraient pas de ces deux catégories, dès lors qu'elles demeurent proportionnées à l'objectif poursuivi. Un objectif poursuivi communément accepté par les juridictions et autorités demeure la préservation de la qualité ou le bon usage des produits concernés.
 42. De manière générale, les principes de la jurisprudence *Coty Germany* devraient être appliqués dès lors que la nature du produit justifie la mise en place d'un réseau de distribution sélective. Le contraire reviendrait à reconnaître deux régimes de distribution sélective distincts en fonction du secteur d'activité concerné. Une telle « sectorisation » du droit de la concurrence ne serait ni justifiée, ni souhaitable.
 43. Par ailleurs, le même raisonnement devrait s'appliquer vis-à-vis des restrictions concernant d'autres types de sites internet, tels les sites de comparateurs de prix, pour lesquels une restriction à leur utilisation devrait également pouvoir être imposée par le fournisseur aux membres de son réseau de distribution sélective, de manière légitime, sous réserve de remplir les critères rappelés ci-dessus.
 44. Il est cependant important et nécessaire, compte tenu de l'évolution rapide du commerce en ligne, des changements inhérents à cette évolution dans les modes de consommation et de distribution, de prévoir une rédaction, dans les nouvelles lignes directrices, qui laisse suffisamment de marge de manœuvre aux entreprises pour pouvoir s'adapter dans le temps à ces évolutions, sans être contraintes par un cadre qui ne reflèterait plus nécessairement la réalité du marché à un moment donné.
45. **L'APDC recommande une application large des principes dégagés dans la décision *Coty Germany*, afin de permettre aux entreprises de s'adapter aux évolutions technologiques et économiques les plus récentes. Cette demande fait écho à la demande formulée par ailleurs par l'APDC d'élargir le périmètre des produits éligibles à la distribution sélective s'agissant du commerce traditionnel.**

3) Articulation du règlement sur le géo-blocage avec le règlement sur les restrictions verticales

⁴⁰ Points 24 et suivants des Observations relatives à l'évaluation du Règlement n°330/2010 et des Lignes Directrices sur les restrictions verticales, en page 11 du présent document.

46. Le règlement sur le géo-blocage, applicable depuis le 3 décembre 2018, introduit de nouvelles dispositions prévoyant l'interdiction des restrictions aux ventes passives contenues dans les contrats ayant pour objet les fournitures de biens ou de services entrant dans son champ d'application, à peine de nullité. A cet égard, le règlement sur le géo-blocage précise toutefois que celui-ci est sans incidence sur l'application du Règlement aux transactions qui ne relèvent pas de son champ d'application⁴¹.
47. Les dispositions du règlement sur le géo-blocage posent la question de l'articulation entre les règles relatives à la prohibition des restrictions aux ventes passives résultant de l'application de l'article 101 et du Règlement tel qu'interprété par les Lignes Directrices, d'une part, et le règlement sur le géo-blocage, d'autre part.
48. A ce titre, la formulation des considérants du règlement sur le géo-blocage semble indiquer que cette interdiction, contrairement à l'interdiction prévue par l'article 101 et le Règlement, ne pourrait faire l'objet d'une exemption⁴². Cela pourrait signifier un renforcement de la prohibition des restrictions aux ventes passives pour les ventes/prestations en ligne concernant des biens ou services entrant dans le champ d'application du règlement sur le géo-blocage.
49. Le champ d'application du règlement sur le géo-blocage est limité et exclut, à date, un certain nombre de services déjà couverts par la législation européenne, notamment les services audiovisuels, et les services non-audiovisuels visant des œuvres protégées par le droit d'auteur (e-books, musique en ligne, jeux vidéo...). Toutefois, une révision de ce champ d'application est prévue au 23 mars 2020 dans le but d'évaluer la pertinence de l'application du règlement sur le géo-blocage à de tels services⁴³.
50. Enfin, les dispositions du règlement sur le géo-blocage relatives à la prohibition des ventes passives n'entreront en vigueur, à l'égard des contrats conclus avant le 2 mars 2018, qu'à compter du 23 mars 2020. Il y a lieu d'observer que cette date est également celle à laquelle le champ d'application du

⁴¹ Règlement sur le géo-blocage, article 6.

⁴² Règlement sur le géo-blocage, considérant 34 : « (...) le présent règlement, et spécialement ses dispositions concernant l'accès aux biens ou aux services, ne devrait pas avoir d'incidence sur les accords restreignant les ventes actives prévus par le règlement (UE) no 330/2010 de la Commission (17). Les accords obligeant les professionnels à s'abstenir de réaliser des ventes passives à l'égard de certains clients ou groupes de clients situés sur certains territoires sont généralement considérés comme restreignant la concurrence et ne peuvent normalement pas être exemptés de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Si, toutefois, une telle dérogation s'applique ou si les restrictions contractuelles ne relèvent pas de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il existe un risque qu'elles soient utilisées pour contourner les dispositions du présent règlement. Les dispositions pertinentes de ces accords devraient donc être nulles de plein droit, lorsque celles-ci imposent aux professionnels d'agir en violation des interdictions prévues dans le présent règlement en ce qui concerne l'accès aux interfaces en ligne, l'accès aux biens ou aux services et le paiement. Ces dispositions concernent, par exemple, les restrictions contractuelles empêchant un professionnel de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, pour la vente de biens, sans livraison, en dehors du territoire attribué par contrat au professionnel, pour des raisons liées à la nationalité, au lieu de résidence ou au lieu d'établissement du client. »

⁴³ Règlement sur le géo-blocage, article 9 ; Q&A on the Geo-blocking Regulation in the context of e-commerce, p. 12.

règlement sur le géo-blocage devrait être révisé et à laquelle la nouvelle version du Règlement et des Lignes Directrices sur les restrictions verticales devrait être publiée.

51. Depuis l'entrée en vigueur du règlement sur le géo-blocage, la Commission a adopté deux décisions ayant, notamment, pour objet de sanctionner sur le fondement de l'article 101 des restrictions aux ventes transfrontalières imposées par des promoteurs de réseaux à des revendeurs, aux termes soit de contrats de distribution sélective, soit d'accords de licence⁴⁴. En outre, la Commission a adressé des communications de griefs à une plateforme de distribution et à des éditeurs de jeux vidéo pour l'utilisation, entre autres, de clés numériques géo-bloquées⁴⁵.
52. A ce titre, il peut être observé que ces différents cas concernent, notamment, des restrictions territoriales basées sur des droits de propriété intellectuelle, sanctionnées sur le fondement de l'article 101 et non sur le fondement du règlement sur le géo-blocage⁴⁶. Ces enquêtes et décisions sont toutefois visées par la Commission comme un « complément » aux dispositions du règlement sur le géo-blocage⁴⁷. Dans ce contexte, l'entrée en vigueur des dispositions du règlement sur le géo-blocage pose la question de l'interdiction des restrictions territoriales par le biais de droits de propriété intellectuelle.
53. **Dans ce contexte, l'APDC considère que les Lignes Directrices pourraient être un support approprié pour recevoir l'analyse de la Commission quant à l'articulation entre la prohibition des restrictions aux ventes passives tombant sous le coup du règlement sur le géo-blocage et celle résultant de l'article 101 et du Règlement. En particulier, compte tenu de la révision prévue du champ d'application du règlement sur le géo-blocage au 23 mars 2020, une précision de la Commission sur ce point serait bienvenue.**

4) Sur l'encadrement de la pratique de double distribution

⁴⁴ Commission, décision n°AT.40428 du 17 décembre 2018, *Guess* (interdiction pour les distributeurs agréés de réaliser des campagnes publicitaires en ligne et de commercialiser leurs produits auprès de consommateurs d'autres États membres) ; Commission, décision n°AT.40436 du 25 mars 2019, *Nike* (décision non publiée à date) (restriction relatives à des ventes transfrontières de produits dérivés sous licence de cinq clubs de football européens). Les enquêtes relatives à de possibles restrictions de ventes transfrontalières ouvertes à l'encontre d'Universal Studios, AT. 40433 et Sanrio, AT.40432 sont toujours en cours.

⁴⁵ Commission, décisions n°AT.40413, *Focus Home*, AT.40414, *Koch Media*, AT.40420, *ZeniMax*, AT.40422, *Bandai Namco* et AT.40424, *Capcom* du 5 avril 2019 (décisions non publiées à date).

⁴⁶ En l'espèce, les infractions sanctionnées ont duré respectivement jusqu'au 31 octobre 2017 et au 27 octobre 2017. La Commission ne pouvait ainsi pas se fonder sur le règlement sur le géo-blocage, applicable à partir du 3 décembre 2018, pour sanctionner les sociétés *Guess* et *Nike*.

⁴⁷ Voir notamment le Communiqué de presse IP/18/6844 du 17 décembre 2018 : « *Pratiques anticoncurrentielles : La Commission inflige des amendes d'un montant de 40 millions d'euros à Guess, pour des accords anticoncurrentiels visant à empêcher les ventes transfrontières* », selon lequel « [l]es pratiques de *Guess* qui ont restreint les ventes passives aux consommateurs sont maintenant interdites elles aussi par le règlement relatif au blocage géographique. »

54. Les accords verticaux entre entreprises concurrentes ne sont normalement pas couverts par l'exemption présentée à l'article 2 du Règlement. Toutefois, l'article 2, paragraphe 4, prévoit que cette exemption s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent entre elles un accord vertical non réciproque et que (i) 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, ou (ii) le fournisseur est 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 les services contractuels.

55. Les Lignes Directrices précisent les situations couvertes par ces deux exceptions :

« La première exception couvre les situations de double distribution, c'est-à-dire celles où le fabricant d'un produit particulier est aussi distributeur de ce produit, en concurrence avec des distributeurs indépendants qui vendent aussi son produit. Dans un tel cas de figure, on considère qu'en règle générale, toute incidence potentielle sur la relation de concurrence entre le fabricant et le détaillant au niveau du commerce de détail est de moindre importance que l'incidence potentielle de l'accord de fourniture vertical sur la concurrence en général au niveau de la fabrication ou du commerce de détail. La seconde exception couvre des situations comparables de double distribution, mais de services cette fois, lorsque le fournisseur est aussi prestataire de services au niveau du commerce de détail où l'acheteur opère »⁴⁸.

56. Nous n'avons pas connaissance de cas, depuis l'adoption du Règlement, dans lesquels la Commission ou l'Autorité auraient pu préciser quelles situations sont concrètement couvertes par l'exemption et quelles sont les limites, s'il en existe, au principe de la légalité de la double distribution.

57. La part croissante du commerce en ligne et la montée en puissance des places de marché virtuelles, parfois gérées par des entreprises elles-mêmes présentes sur le marché de détail, nous semblent de nature à multiplier les situations de double distribution. L'APDC invite donc la Commission à proposer un cadre plus précis à cette pratique de double distribution.

58. La Commission pourrait par exemple utilement s'inspirer de la pratique en vigueur aux États-Unis. En effet, dans une décision *Fortiline*⁴⁹, la Federal Trade Commission a eu l'occasion de préciser que certaines communications entre le fournisseur et le distributeur peuvent être admises dans le cadre d'un accord de double distribution. Ainsi, selon cette décision, ne constitue pas une violation de la prohibition des ententes le fait, pour le distributeur de :

- (i) Communiquer au fournisseur son intention de bénéficier de prix ou de conditions au moins aussi favorables que ceux dont bénéficient ses concurrents ;

⁴⁸ Lignes Directrices, para. 28.

⁴⁹ Federal Trade Commission, 23 septembre 2016, *Fortiline*, No. C-4592.

- (ii) Solliciter, négocier ou conclure un accord avec son fournisseur afin de devenir son distributeur exclusif ou quasi-exclusif ; ou
- (iii) Solliciter ou conclure un accord avec son fournisseur afin de distribuer des produits à des clients auparavant approvisionnés par le fournisseur.

ANNEXE 2

OBSERVATIONS RELATIVES AUX PRIX DE VENTE IMPOSES

1. Aux termes de l'article 4 (a) du Règlement n°330/2010, constitue une restriction caractérisée (« clause noire ») le fait de :

« restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente, sans préjudice de la possibilité pour le fournisseur d'imposer un prix de vente maximal ou de recommander un prix de vente, à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet des pressions exercées ou d'incitations par l'une des parties ».

2. Les prix minimum imposés sont considérés comme une restriction de concurrence caractérisée qui prive le contrat de distribution de l'exemption par catégorie conférée par le Règlement, sans réelles chances de bénéficier d'une exemption individuelle. En effet, la classification des prix minimum imposés en tant que « restrictions caractérisées » rend cette pratique impossible à distinguer d'une infraction *per se* et nous n'avons connaissance d'aucune affaire dans laquelle une autorité nationale de concurrence en Europe aurait considéré qu'une pratique de prix imposés serait acceptable en application de l'article 101 du TFUE.

Les autorités de concurrence européennes ont continuellement prohibé et sanctionné de façon rigoureuse tout obstacle à la libre fixation des prix par les distributeurs (grossistes et détaillants).

3. Les Lignes Directrices ont toutefois constaté les effets potentiellement pro-concurrentiels des prix imposés, précisant notamment que :

*« Toutefois, les prix de vente imposés peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence. Ils peuvent aussi, notamment lorsqu'ils sont décidés par le fournisseur, entraîner des gains d'efficience, qui seront appréciés conformément à l'article 101, paragraphe 3 ».*⁵⁰

Plusieurs cas spécifiques sont ainsi expressément identifiés au paragraphe 225 des Lignes Directrices, à savoir notamment :

- Le lancement d'un nouveau produit par le fabricant ;
- L'organisation d'une campagne de prix bas coordonnée de courte durée (2 à 6 semaines le plus souvent) dans le cadre d'un système de distribution appliquant un format de distribution uniforme ;

⁵⁰ Lignes Directrices, para. 225.

- Le dégagement d'une marge supplémentaire permettant aux détaillants de fournir ainsi des services de prévente (additionnels), notamment dans le cas de produits d'expérience ou complexes ; sous réserve de démontrer à suffisance que les prix de vente imposés donnent les moyens de surmonter un éventuel parasitisme entre les détaillants sur ces services, mais aussi qu'ils incitent à le faire, et que les services de prévente profitent globalement aux consommateurs.

4. Pour autant, à notre connaissance ces « exceptions » sont assez rarement mises en œuvre par les opérateurs, vraisemblablement au regard des possibilités de divergence d'interprétation et du risque de sanction encouru. En effet, en l'absence d'une exemption claire, dans le Règlement, des prix de revente imposés dans certaines circonstances précises, et compte tenu de l'approche rigoureuse adoptée par les autorités de concurrence nationales quel que soit le stade de la distribution concernée (stade du gros ou détail), un grand nombre d'opérateurs s'interdisent la moindre restriction en ce qui concerne les prix de revente (allant même, dans certains États membres de l'Union européenne, jusqu'à s'abstenir de diffuser des prix recommandés compte tenu du niveau de sanction encouru), jugeant le niveau de sécurité juridique des quelques cas mentionnés au paragraphe 225 précité insuffisant.

5. D'un point de vue de droit comparé :

- Aux États-Unis, la décision dite « Leegin »⁵¹, rendue en 2007 par la Cour Suprême, a admis les prix de revente imposés lorsque des avantages pro-concurrentiels étaient démontrés. Cette décision a validé la position du fabricant dont l'objectif était d'assurer une marge suffisante à ses distributeurs pour qu'ils fournissent l'intégralité des services inclus dans la stratégie de distribution de l'entreprise. On notera qu'à la suite de cette décision, la Federal Trade Commission (FTC) a approuvé une demande de Nine West Footwear Corporation d'assouplir un accord de transaction conclu dans le cadre d'une affaire de prix de vente imposés⁵². Sur la base de Leegin, la FTC a fait droit à la demande de cette entreprise au motif que la pratique de prix de revente imposés était peu susceptible de porter atteinte à l'intérêt des consommateurs.
- En Australie, une exemption a été accordée en 2014 pour une durée de cinq ans (procédure de « RPM notification » permettant d'obtenir un blanc-seing de l'ACCC sur le RPM). Elle a été à nouveau examinée et reconduite en 2018 pour une durée indéterminée, l'autorité de concurrence constatant notamment que les opérateurs concernés disposaient de parts de marché relativement faibles et étaient confrontés à de nombreux concurrents. En outre, elle a relevé que la pratique avait permis de garantir une certaine sécurité aux distributeurs, qui avaient donc pu investir dans des services préventes et après-vente additionnels, permettant ainsi aux consommateurs de prendre une décision éclairée à propos de l'achat et la maintenance de produits relativement complexes⁵³.

⁵¹ Leegin Creative Leather Products Inc. vs. PSKS. Inc.

⁵² <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2008/05/ftc-modifies-order-nine-west-resale-price-maintenance-case>.

⁵³ Tooltechnic Systems (Aust) Pty Ltd - Authorisation - A91433 ; Tooltechnic Systems (Aust) Pty Ltd - RPM20181.

6. La refonte de l'appréhension des prix de revente imposés au niveau européen répond à un réel besoin des opérateurs économiques⁵⁴.

En effet, la rigueur de la prohibition de la fixation des prix de revente est souvent inadaptée à la réalité économique.

De manière générale, la prise en compte de facteurs tels que le pouvoir de négociation des opérateurs et la concurrence inter-marques permettrait de nuancer l'approche restrictive en vigueur, en s'inspirant notamment de la « règle de raison ».

7. Par exemple, dans certains secteurs économiques caractérisés par la présence de fabricants ayant des relations commerciales directes avec des détaillants ou clients finals mais ayant dans le même temps recours à des grossistes intermédiaires pour l'acheminement et la livraison de leurs produits, une application rigide du principe d'interdiction de la fixation des prix de revente semble largement inopportune.
8. On constate dans ces secteurs que les fabricants disposent d'une force de vente très développée en relation directe avec des détaillants ou clients finals avec lesquels ils négocient directement les prix. Dans le cadre de ces négociations, les détaillants ou clients finals font jouer pleinement la concurrence inter-marques.
9. Entre ces deux maillons de la chaîne, on trouve fréquemment des grossistes qui certes, juridiquement, achètent les produits pour les revendre (et qui ne peuvent donc être qualifiés d'agents au sens du droit de la concurrence), mais dont le rôle consiste essentiellement à assurer une prestation logistique. La concurrence entre ces grossistes existe (elle est du reste souvent très vive) mais elle ne joue pas principalement sur les prix de revente des produits, mais plutôt sur la qualité de la prestation logistique (délais de livraison, disponibilité des produits, état des stocks, etc...) et les services additionnels offerts aux clients détaillants. Ainsi, ces grossistes peuvent, en pratique, se contenter d'appliquer des conditions commerciales qui ont été (âprement) négociées et contractualisées entre le fabricant et le détaillant.
10. Une approche rigoriste du principe d'interdiction de la fixation des prix de revente dans ce type de situations est d'autant plus contestable que le recours au(x) grossiste(s) est souvent demandé par le

⁵⁴ Citons à titre d'illustration que :

- Dans le cadre de son enquête sectorielle sur le commerce électronique, la Commission concluait, dans son rapport préliminaire, à ce qu'« au moins 1/3 des distributeurs, toutes catégories confondues, reçoit des consignes de prix », cf. paras. 510 et 511 du document disponible à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf ;
- Dans le cadre d'un sondage commandé par la CMA, seulement 30% des sociétés interrogées savaient répondre que le contrôle des prix de revente par le fournisseur n'est pas admis (https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/750149/icm_unlimited_cma_competition_law_research_2018.pdf).

détaillant / client final. En pratique, le détaillant / client final souhaite une négociation annuelle globale (nationale voire européenne dans certains secteurs) des volumes et des conditions commerciales avec les fabricants mais insiste pour que les biens transitent par un intermédiaire, qui achète les biens et les revend au détaillant / client final. Les fournisseurs et leurs clients finals devraient pouvoir se mettre d'accord sur un prix et des conditions commerciales, même en présence d'un intermédiaire.

11. La prohibition de la fixation des prix de revente pourrait conduire à considérer comme problématique ce genre de situation⁵⁵, alors même que la concurrence inter-marques suffit à garantir des prix compétitifs et que le rôle des grossistes est plus proche de celui d'un logisticien que de celui d'un véritable distributeur indépendant.
12. La prohibition de la fixation des prix de revente semble ainsi manifestement injustifiée au stade de la vente en gros où les détaillants/clients finals négocient directement avec les fabricants et ne considèrent pas les grossistes comme leur interlocuteur commercial principal.
13. **La rigidité de l'analyse juridique contraste avec l'analyse économique, qui, elle, conduit à des solutions considérablement différentes dans leur souplesse.**
14. Certaines études économiques suggèrent en effet que, dans un grand nombre de cas, les prix de vente imposés seraient pro-concurrentiels et que ce n'est que dans un nombre limité de circonstances qu'ils peuvent produire des effets anticoncurrentiels⁵⁶.

⁵⁵ On trouve d'ailleurs, dans les pratiques décisionnelles nationales, des exemples de condamnations de fabricants et de grossistes dans des configurations de ce type.

⁵⁶ Citons à titre d'illustration :

- Joshua D. Wright, Comm'r, Fed. Trade Comm'n, The Economics of Resale Price Maintenance & Implications for Competition Law and Policy, Remarks Before the British Institute of International and Comparative Law 16 (Apr. 9, 2014) qui expliquait en 2014 que « *les économistes de manière presque universelle considèrent que si les prix de revente minimum peuvent générer des effets anticoncurrentiels dans certaines circonstances, les preuves empiriques indiquent au contraire que ces accords sont le plus souvent pro concurrentiels* » ;
- Thomas R. Overstreet, Jr., Bureau of Econ., Fed. Trade Comm'n, Resale Price Maintenance: Economic Theories and Empirical Evidence (Nov. 1983) <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/reports/resale-price-maintenance-economic-theories-and-empirical-evidence/233105.pdf> ;
- Pauline M. Ippolito, Resale Price Maintenance: Empirical Evidence from Litigation, 34 J.L. & Econ. 263 (1991) ;
- James C. Cooper et al., Vertical Antitrust Policy as a Problem of Inference, 23 Int'l J. Indust. Org. 639, 642, 658 (2005) ;
- Francine Lafontaine & Margaret Slade, Exclusive Contracts and Vertical Restraints: Empirical Evidence and Public Policy, in Handbook of Antitrust Economics 391 (Paolo Buccirossi ed., 2008) ; et
- Daniel P. O'Brien, The Antitrust Treatment of Vertical Restraints: Beyond the Possibility Theorems, in The Pros and Cons of Vertical Restraints 40, 72-76 (2008) ("With few exceptions, the literature does not support the view that [vertical restraints] are used for anticompetitive reasons" and "[vertical restraints] are unlikely to be anti-competitive in most cases.").

15. L'analyse économique établit en effet que les prix de revente imposés – comme les autres restrictions verticales – peuvent donner lieu à des effets positifs et négatifs qui doivent s'analyser dans le cadre d'un bilan concurrentiel.

16. A notre connaissance il n'existe pas de preuves permettant de présumer que les prix de revente imposés seraient plus susceptibles de produire des effets anticoncurrentiels que pro concurrentiels. Il n'est pas non plus démontré que les restrictions relatives au prix seraient plus problématiques que les autres types de restrictions. C'est pourquoi une approche pragmatique reposant sur les enseignements unanimes de l'économie serait hautement souhaitable pour substituer, à tout le moins dans certaines situations, un contrôle exercé dans le cadre de la « règle de raison », à l'interdiction *per se*.

17. Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'APDC formule les propositions suivantes :

- Extraire cette interdiction de la liste des « clauses noires » susceptible de figurer dans le règlement d'exemption à venir ;
- Le cas échéant en la faisant figurer au rang d'une nouvelle catégorie de type « clauses grises » soumise à l'application de la règle de raison et expliciter les facteurs pouvant justifier un contrôle ou une régulation des prix (stade du commerce concerné par les pratiques, ampleur de la concurrence inter-marques, parts de marché des acteurs en cause, etc...) ;
- A défaut d'acceptation par la Commission de ces propositions, extraire cette interdiction de la liste des « restrictions caractérisées » aux termes de l'article 4 du Règlement actuel, et la faire figurer au rang des « restrictions exclues » (article 5), ce qui emporterait deux conséquences :
 - (i) la clause imposant des prix minimums serait exclue de l'exemption par catégorie du Règlement, elle ferait donc l'objet d'un examen individuel dans le cadre d'un bilan concurrentiel qui s'opérerait notamment au vu de critères à préciser dans les Lignes Directrices. Le Règlement pourrait néanmoins continuer de s'appliquer aux autres restrictions verticales potentiellement contenues par le contrat de distribution ;
 - (ii) l'accord contenant la clause imposant des prix minimums pourrait, le cas échéant, bénéficier de la sphère de sécurité de la Communication de minimis (2014/C291/01) ;
- Préciser et développer dans les Lignes Directrices à venir une grille d'analyse précise des dérogations potentielles à l'interdiction de la fixation des prix de revente.

ANNEXE 3

OBSERVATIONS RELATIVES A LA NOTION D'AGENCE

1. Dans l'organisation des relations entre fournisseurs, intermédiaires et clients finals, il est de plus en plus fréquent que l'intermédiaire ne conserve qu'une marge de manœuvre très limitée, voire inexistante, dans la définition de sa politique commerciale, et se concentre sur des fonctions essentiellement logistiques, sans pour autant abandonner la propriété des stocks destinés à la revente, ni encore être juridiquement intégré par le fournisseur. La notion d'agence reste aujourd'hui trop restreinte pour pouvoir accueillir certaines de ces situations, et de tels intermédiaires resteront la plupart du temps soumis à la qualification de distributeur autonome qui ne reflète pourtant pas adéquatement la réalité économique de leur activité.
2. C'est donc dans le sens d'une meilleure prise en compte de la réalité économique de ces relations tripartites que l'APDC appelle à une révision des Lignes Directrices. A cette fin, deux axes de réflexion ont été identifiés, relatifs d'une part à la clarification de la notion d'agence par le nouveau projet (1) et d'autre part à la possibilité pour un opérateur de cumuler, auprès d'un même principal, les fonctions de distributeur et d'agent (2).

1) Clarification de la notion d'agence

A. Caractéristiques d'un vrai contrat d'agence

3. Il ressort d'une jurisprudence désormais ancienne qu'un intermédiaire exerçant son activité au profit d'un commettant « *peut en principe être considéré comme organe auxiliaire intégré dans l'entreprise de celui-ci, tenu de suivre les instructions du commettant et formant ainsi avec cette entreprise, à l'instar de l'employé de commerce, une unité économique* »⁵⁷.
4. En conséquence, la question de savoir si un commettant et son agent forment une unité économique, le deuxième étant un organe auxiliaire intégré dans l'entreprise du premier, est importante aux fins de déterminer si un comportement relève du champ d'application de l'article 101 paragraphe 1 du TFUE et est donc susceptible de caractériser une entente anticoncurrentielle.

⁵⁷ CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*, aff. jointes 40 à 48, 50, 54 à 56, 111, 113 et 114-73 (pt. 480).

5. Selon le point 13 des Lignes Directrices, le facteur déterminant pour la définition d'un contrat d'agence aux fins de l'application de l'article 101 paragraphe 1 est le risque commercial ou financier que supporte l'agent en relation avec les activités pour lesquelles le commettant l'a désigné.
6. Le point 14 des Lignes Directrices expose qu'il existe trois types de risques financiers ou commerciaux qui sont pertinents pour la définition d'un contrat d'agence :
 - les risques propres à chaque contrat (financement du stock, coût de la distribution des produits et notamment les coûts de transport, la perte ou la détérioration des produits etc...),
 - les risques liés aux investissements propres au marché (aménagement des locaux, acquisition d'équipements spécifiques, financement d'actions promotionnelles...) dès lors que ces investissements sont irrécouvrables, et
 - les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ces activités non pas pour son compte mais à ses propres risques.
7. Le point 15 précise que l'accord sera considéré comme un contrat d'agence si l'agent ne supporte aucun risque, ou n'en supporte qu'une partie négligeable.
8. La pratique décisionnelle en ce domaine repose toujours sur l'analyse du caractère négligeable ou non des risques encourus par l'agent.
9. Or, il apparaît sur ce point que les Lignes Directrices marquent une rigidité excessive pouvant amener les entreprises à considérer trop systématiquement, dans leur auto évaluation, qu'elles sont en présence d'un faux contrat d'agence.
10. Ainsi, le point 16 des Lignes Directrices tel qu'il est rédigé laisse à penser qu'un seul des risques listés suffit à considérer qu'un accord ne constitue pas un vrai contrat d'agence.
11. Il en est de même du point 17 qui précise : « Si l'agent assume un ou plusieurs des risques ou des coûts cités aux points 14, 15 et 16, l'accord entre l'agent et le commettant ne sera pas considéré comme un contrat d'agence (...). Le fait que ces risques soient supportés par l'agence suffit à conclure que celui-ci est un distributeur indépendant. Au contraire, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat, il y a lieu de poursuivre l'analyse et d'apprécier les risques liés aux investissements propres au marché. Enfin, si l'agent ne supporte aucun des risques propres au contrat et des risques liés aux investissements propres au marché, il y a lieu d'examiner les risques liés à d'autres activités menées sur le même marché de produits ».

12. On constate que la notion de caractère négligeable des risques encourus a disparu à ce point 17 et la lecture conjuguée des points 16 et 17 peut amener les entreprises à retenir une approche extrêmement stricte, alors que la pratique décisionnelle est à l'inverse beaucoup plus souple et pragmatique s'agissant de l'appréciation des risques encourus par les agents.

13. L'affaire DaimlerChrysler⁵⁸ en est un bon exemple. Dans cette affaire, la Commission avait considéré que les agents de la marque Mercedes-Benz étaient des faux agents dans la mesure où ils supportaient des risques considérés importants tels que le risque lié au prix de vente dans la mesure où les remises accordées à la clientèle étaient imputées par le constructeur sur la commission, le risque lié aux frais de transport des véhicules, le risque lié aux frais de promotion, les risques liés aux interventions sous garantie, et enfin les risques liés à l'activité après-vente et la gestion d'un stock de pièces de rechange achetées.

Cette analyse n'a pas été retenue par le TPICE qui a considéré pour chacun des risques retenus par la Commission que ceux-ci étaient en réalité négligeables, précisant pour certains d'entre eux que la Commission avait exagéré sensiblement l'importance des risques supportés par les agents.

14. S'agissant de la pratique décisionnelle française, on peut constater que l'Autorité de la concurrence a également une approche pragmatique ainsi que cela ressort de sa décision n°09-D-23 du 30 juin 2009⁵⁹.

Dans cette affaire, l'Autorité avait à apprécier si les dispositions du droit des ententes devaient s'appliquer au contrat de commission affiliation mis en place par la société Punto Fa s'agissant de la marque Mango.

L'Autorité a relevé dans sa décision un certain nombre de risques financiers encourus par le « distributeur partenaire », à savoir un droit d'entrée de 100 000 €, le financement des aménagements, de tous les équipements, des consommables et des tenues, les coûts de transport, une garantie bancaire à hauteur de la valeur du stock ainsi que la souscription d'assurances.

Pour autant, elle a considéré, pour chaque risque, qu'en pourcentage du chiffre d'affaires, il ne s'agissait pas de risques sensibles.

En revanche, l'Autorité a constaté que le distributeur partenaire n'avait pas de stratégie propre possible, ne disposait que d'une faible marge de manœuvre pour déterminer de façon autonome son prix de vente et surtout a relevé qu'il n'assumait pas le risque commercial principal sur le marché du textile, à savoir le risque d'invendu.

⁵⁸ TPICE, 15 octobre 2005, *DaimlerChrysler c/ Commission*, aff. T-325/01.

⁵⁹ Autorité de la concurrence, décision n°09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires (affaire *Mango/Punto Fa*).

L'Autorité a ainsi considéré que Punto Fa et ses distributeurs partenaires formaient une unité économique unique au sens du droit de la concurrence et que leurs relations échappaient donc à la prohibition des ententes anticoncurrentielles.

15. Par ailleurs, on peut constater que plusieurs décisions européennes, dont l'arrêt du TPICE du 15 septembre 2005 dans l'affaire DaimlerChrysler susvisée, mais également une décision plus récente du TUE du 15 juillet 2015 dans l'affaire dite de l'acier de pré contrainte⁶⁰, recherchent si le risque économique supporté par l'agent est tel que le contrat le liant au commettant « lui confère ou lui laisse des fonctions se rapprochant économiquement de celle d'un négociant indépendant ».
16. Ainsi, au point 153 de la décision du Tribunal du 15 juillet 2015, celui-ci pose en principe : « *Pour déterminer l'existence d'une unité économique entre l'agent et l'un de ses commettants, il importe de savoir si cet agent est à même, pour ce qui concerne les activités qui lui ont été confiées par ce commettant, de se comporter comme un négociant indépendant libre de déterminer sa propre stratégie commerciale. Si l'agent n'est pas à même de se comporter comme tel, les fonctions exercées par celui-ci pour le compte dudit commettant font partie intégrante des activités de ce dernier* ».
17. Or, les Lignes Directrices n'apparaissent pas être le reflet de cette grille de lecture.
18. En outre, les Lignes Directrices pourraient utilement clarifier que les critères permettant de définir une relation d'agent au sens du droit de la concurrence sont les mêmes hors ligne et en ligne.

Dans de nombreux secteurs de l'économie, la numérisation croissante de la distribution a permis l'émergence d'intermédiaires puissants qui peuvent, pour certains d'entre eux, supporter des risques financiers spécifiques à l'univers numérique (investissements dans des campagnes de marketing sur les moteurs de recherche par exemple).

Cependant, les critères d'analyse dégagés par la jurisprudence doivent trouver à s'appliquer de la même façon hors ligne et en ligne. Ainsi, dès lors que l'intermédiaire en ligne ne supporte pas les « *principaux risques* » liés à la distribution des produits ou services contractuels et qu'il agit « *sous la direction* » et selon les instructions du principal, il doit être considéré comme un agent au sens du droit de la concurrence⁶¹.

⁶⁰ TUE, 15 juillet 2015, *voestalpine AG c/ Commission*, aff. T-418/10.

⁶¹ TPICE, 15 octobre 2005, *DaimlerChrysler c/ Commission*, aff. T-325/01 (pt. 102). Peu important à cet égard les investissements que l'intermédiaire en ligne pourra avoir décidé de réaliser pour favoriser les ventes des produits ou services contractuels confiés par le principal et ainsi augmenter ses revenus. La jurisprudence a en effet déjà retenu qu'il appartient à l'agent de « *tout mettre en œuvre pour distribuer* » les produits contractuels (*DaimlerChrysler*, pt. 115), ce qui inclut toutes les obligations inhérentes à l'activité même de l'agent et notamment la nécessité d'investir dans la promotion des produits. Ces investissements ne doivent pas faire obstacle à une qualification d'agent au sens du droit de la concurrence.

19. En conséquence, l'APDC considère qu'il serait opportun de modifier la rédaction des Lignes Directrices sur ces points :

- en assouplissant la liste des critères permettant de définir ce qu'est un vrai agent, en insistant et en développant notamment sur la notion de risque négligeable ou économiquement peu sensible,
- en reprenant l'analyse de la jurisprudence sur la distinction de l'agent avec la réalité économique d'un négociant indépendant.

20. Ainsi qu'exposé *infra* 1.2, cette révision de la section des Lignes Directrices relative aux contrats d'agence aurait des conséquences considérables en termes de sécurité juridique pour certaines entreprises ayant recours à des intermédiaires pour assurer la distribution de leurs produits.

B. Inapplication de l'Article 101, paragraphe 1 TFUE à certains accords impliquant des intermédiaires

- 21.** Certains accords de distribution impliquent des intermédiaires qui, juridiquement, achètent les produits pour les revendre, mais dont le rôle consiste essentiellement à assurer une prestation logistique. Des secteurs très variés sont concernés par ce type d'accord. On citera à titre d'illustration, la distribution de produits électroniques, pharmaceutiques ou la distribution alimentaire. Les entreprises concernées par ces relations *tripartites* – le fournisseur, l'intermédiaire et le client final – encourrent actuellement un risque injustifié de sanction notamment pour prix de revente imposés (voir **Annexe 2**).
- 22.** Dans l'optique d'une plus grande sécurité juridique pour les acteurs économiques, notion sur laquelle la Commission insiste dans son questionnaire, nous plaçons ici pour une approche pragmatique des relations commerciales existant entre (a) un fournisseur, (b) un intermédiaire assurant une prestation logistique mais achetant juridiquement la marchandise pour la revendre et (c) un client ayant une relation commerciale directe avec le fournisseur.
- 23.** Certes, ces intermédiaires prennent certains risques dans le cadre de cette relation – ils sont notamment investis de la propriété des biens contractuels au sens du paragraphe 16 des Lignes Directrices – mais, en réalité, ils ont pour seul rôle d'assurer la prestation logistique.
- 24.** Dans un tel scénario, nous sommes d'avis que les accords avec ces intermédiaires devraient être assimilés, au regard des règles de concurrence, à des contrats d'agence, de sorte que les fournisseurs et les clients finals puissent négocier librement les prix et conditions commerciales.
- 25.** L'inapplication de l'Article 101 paragraphe 1 au scénario décrit ci-dessus nous semble d'autant plus justifiée que dans le cadre de ces négociations directes, (i) la concurrence inter-marques est intense et

(ii) une concurrence très vive existe entre les grossistes sur la qualité de la prestation logistique (délais de livraison, disponibilité des produits, état des stocks, etc.) et les services additionnels offerts aux clients finals.

26. Au regard de ce qui précède, l'APDC formule les recommandations suivantes :

- **Les paragraphes 12 à 17 des Lignes Directrices devraient être amendés afin de tenir compte plus largement de la notion d'intermédiaire agissant dans le cadre décrit ci-dessus ;**
- **Alternativement, les accords impliquant des intermédiaires assurant essentiellement une prestation logistique mais qui, juridiquement, achètent la marchandise pour la revendre, devraient :**
 - **soit, être couverts par la notion de contrat d'agence prévue aux paragraphes 12-21 des Lignes Directrices en indiquant expressément que ce type d'accord doit être assimilé à un contrat d'agence ;**
 - **soit, faire l'objet d'une nouvelle catégorie d'accord n'entrant pas dans le champ de l'Article 101 paragraphe 1, au même titre que les trois autres catégories prévues à la section II des Lignes Directrices.**

2) Consécration de la possibilité d'un cumul des fonctions de distributeur et d'agent auprès d'un même principal

- 27.** Les Lignes Directrices⁶² comme la jurisprudence européenne⁶³ prévoient déjà la possibilité pour un opérateur de bénéficier de la qualification d'agent alors même qu'il cumule des fonctions auprès de plusieurs commettants.
- 28.** En revanche, la possibilité pour un opérateur de cumuler les fonctions de distributeur et d'agent auprès d'un même principal, pour des produits ou services différents, n'est pas expressément abordée par les Lignes Directrices dans leur version actuelle.
- 29.** Une telle situation correspond pourtant à la réalité économique de l'activité de certains intermédiaires entre fournisseurs et grand public. Un fournisseur peut choisir, pour certains produits en particulier, d'utiliser son réseau de distribution habituel mais en limitant, pour ces produits spécifiquement, les risques supportés par ses distributeurs, le plus souvent en conservant la propriété des stocks. Il lui est

⁶² Lignes Directrices, para. 13.

⁶³ TUE, 15 juillet 2015, *voestalpine AG c/ Commission*, aff. T-418/10 (pt. 160).

ainsi loisible d'intervenir dans la définition des conditions de revente de ces produits. Dans une telle situation de cumul, l'opérateur intermédiaire agirait donc pour certains produits comme distributeur, entité économique indépendante supportant la majeure partie des risques, mais pour d'autres produits du même fournisseur en tant qu'agent, lorsqu'il ne supporte aucun risque ou un risque seulement négligeable.

30. A des fins de sécurité juridique, l'APDC estime qu'il est essentiel de clarifier (i) si un opérateur peut cumuler les qualifications d'agent et de distributeur eu égard à son activité pour un même principal, et (ii) si la part de l'activité d'un tel opérateur qui est menée dans le cadre de la relation d'agence est bien exclue du champ de l'article 101, paragraphe 1, ou relève de l'article 101 du fait que cet opérateur est considéré, pour une autre partie de son activité en relation avec le même principal, comme une entreprise indépendante.
31. A ce titre, la notion d'agence telle que développée par la jurisprudence et reprise par les Lignes Directrices ne semble pas faire obstacle à la possibilité d'un cumul et au bénéfice de l'exclusion du champ de l'article 101, paragraphe 1 pour la part de l'activité relevant d'un contrat d'agence.
32. La Cour a eu à connaître d'un cas de cumul dans une affaire Volkswagen⁶⁴. Les distributeurs de Volkswagen AG cumulaient un contrat de distribution les liant à la société mère pour la vente de ses véhicules et un contrat d'agence auprès de sa filiale Volkswagen Leasing, au titre duquel ils concluaient au nom et pour le compte de cette dernière des contrats de leasing. La Cour a distingué la situation des distributeurs dans le cadre de l'un et l'autre des deux contrats, pour procéder isolément à l'examen des risques supportés par les distributeurs dans leur seule activité d'agents de leasing. Elle a conclu en l'espèce que ces contrats ne constituaient pas réellement des contrats d'agence car les agents supportaient une partie des risques liés à l'activité de leasing. Il peut en être déduit a contrario que si les distributeurs n'avaient effectivement supporté aucun risque dans le cadre de leur activité d'agent (ou un risque négligeable), il eût été possible de les considérer à la fois comme distributeurs de Volkswagen AG, aux fins de leur activité de vente, et agents pour Volkswagen Leasing, aux fins de leur activité de leasing⁶⁵.
33. Une telle interprétation serait cohérente avec la notion d'agence telle qu'elle ressort des Lignes Directrices. La relation d'agence qualifie en effet un contrat et non des personnes : afin de déterminer si l'article 101, paragraphe 1 est applicable, la Commission se concentre sur l'analyse de l'accord liant

⁶⁴ CJCE, 24 octobre 1995, *Volkswagen AG et Volkswagen Leasing*, aff. C-266/93.

⁶⁵ Pour écarter la qualification de contrat d'agence, la Cour a tenu compte de deux arguments : tout d'abord, les agents assumaient en réalité au moins une partie des risques associés à l'activité de leasing ; au surplus, ils poursuivaient à titre principal leur activité de distributeur autonome, en leur nom et pour leur compte. Dans la mesure où il résulte de la jurisprudence antérieure et citée par la Cour (CJCE, 16 décembre 1975, *Suiker Unie*) que le critère prépondérant est bien la charge du risque effectif, il nous semble que c'est la circonstance que les distributeurs supportaient un risque dans le cadre de l'activité de leasing qui était ici prépondérante. En d'autres termes, il nous paraît possible de soutenir que, si les distributeurs n'avaient supporté aucun risque (ou un risque négligeable) dans l'exercice de l'activité de leasing, la Cour aurait pu retenir la qualification de contrat d'agence, et ce indifféremment de la poursuite, en parallèle, d'une activité de distribution autonome. Il n'est donc pas fait obstacle à la possibilité du cumul.

les parties⁶⁶. Dès lors que la qualification d'agence est attachée à l'accord et non aux personnes, en cas de cumul de contrats de natures différentes (voire d'activités différentes au sein d'un même contrat), il est envisageable qu'un même opérateur exerce une activité relevant de la distribution indépendante au titre de l'un d'entre eux et une activité relevant de l'agence au titre d'un autre.

- 34.** Au surplus, précisément parce qu'elle porte sur un contrat, la qualification d'agence vise un ensemble circonscrit d'activités, celles réalisées dans le cadre de ce contrat, et uniquement celles-ci. En ce sens, la Cour a pu estimer qu'un contrat s'analysait en contrat d'agence en ce qu'il ne « *donnait pas la possibilité [à l'opérateur économique] d'agir, au sens du droit de la concurrence, en tant que négociant indépendant pour ce qui concerne les activités pour lesquelles il avait été désigné* »⁶⁷. Par suite, l'opérateur économique doit être considéré comme agent pour ce qui concerne les activités liées au contrat d'agence, sans que cette qualification ne présage de celle du reste de son activité, que ce soit pour le même principal ou pour d'autres fournisseurs.
- 35.** En tout état de cause, et selon les Lignes Directrices⁶⁸, la qualification d'une relation d'agence doit faire l'objet d'une analyse au cas par cas et tenir compte de la réalité économique de l'activité d'un intermédiaire et de ses liens avec le principal. Il est donc essentiel que la notion soit à même de refléter la multiplicité et la complexité des relations commerciales qu'un même opérateur peut nouer avec un ou plusieurs fournisseurs. A cette fin, il ressort des éléments qui précèdent qu'un opérateur doit pouvoir (i) agir auprès de plusieurs fournisseurs sans que la qualification d'agence de l'une ou plusieurs de ces relations ne soit écartée de ce seul fait, mais encore (ii) agir à la fois comme agent et comme distributeur indépendant auprès d'un seul et même fournisseur.

36. Dès lors, l'APDC suggère que les nouvelles lignes directrices envisagées :

- **Consacrent, pour un opérateur cumulant de facto les fonctions de distributeur et d'agent auprès d'un même principal, la possibilité de cumuler ces deux qualifications juridiques pour autant que les conditions propres à chacune d'entre elles sont remplies ;**
- **Consacrent, dans une telle situation de cumul, le bénéfice de la non-applicabilité de l'article 101, paragraphe 1 pour la partie de l'activité de l'opérateur menée dans le cadre du contrat d'agence, étant entendu que ses relations avec le principal relèveront toujours de l'article 101, paragraphe 1 pour son activité de distribution.**

⁶⁶ Voir par exemple les paragraphes 13, 15, 16 ou encore 49 des Lignes Directrices.

⁶⁷ TUE, 15 juillet 2015, *voestalpine AG c/ Commission*, aff. T-418/10 (pt. 155).

⁶⁸ Lignes Directrices, para. 17.

