Dossier

Le nouveau cadre d'autoévaluation de la conformité des accords verticaux au droit des ententes

Le nouveau règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux a été adopté le 10 mai 2022. Succédant au règlement (UE) n° 330/2010, il constitue, depuis le 1er juin 2022, le nouveau cadre de l'autoévaluation de la conformité au droit des ententes des accords verticaux, c'est-à-dire : des accords conclus entre des entreprises qui n'opèrent pas à un même stade sur le marché et donc, en substance, des accords relatifs à la fourniture et à la distribution de biens et de services.

Ce règlement et les lignes directrices qui l'accompagnent constituent pour les entreprises un guide d'analyse précieux. En effet, lorsque leurs accords verticaux réunissent les conditions du bénéfice de l'exemption accordée au titre du règlement, ils bénéficient d'une « sphère de sécurité » qui leur permet d'être présumés réunir les conditions de l'article 101§3 TFUE et, par voie de conséquence, d'échapper à l'application de l'article 101§1 TFUE qui sanctionne les ententes anticoncurrentielles.

Ces nouveaux textes renouvellent le cadre de l'analyse afin de tenir compte, notamment, des évolutions de marché, spécialement en matière de numérique. À défaut de bouleversement fondamental sur le plan des principes, ils ont toutefois été repensés et clarifiés afin de sécuriser l'autoévaluation par les entreprises de leurs accords.

Le présent dossier présente un premier état des lieux des points d'attention à considérer. Après une vue d'ensemble du règlement et des lignes directrices (v. A.-C Martin et Ph. Vanni, « Vue d'ensemble du règlement et des lignes directrices révisées : un cadre plus clair pour une autoévaluation plus sûre ? », RLC 2022/119, n° 4301), deux évolutions notables à savoir le traitement des situations de distribution duale (v. M. Koehler de Montblanc et L. François-Martin, « La distribution duale », RLC 2022/119, n° 4302) et des ventes en ligne (v. N. Gransard, F. Puel et A. Marescaux, « Le traitement des ventes en ligne », RLC 2022/119, n° 4303) sont spécialement envisagées, afin de permettre d'appréhender ce qui constitue le nouveau cadre d'analyse de la conformité des accords verticaux au droit des ententes pour les douze années à venir.

Anne-Cécile MARTIN

SOMMAIRE

Vue d'ensemble du règlement et des lignes directrices révisées : un cadre plus clair pour une autoévaluation plus sûre ? ..... P. 25
Par Philippe VANNI et Anne-Cécile MARTIN

La distribution duale ..... P. 31
Par Marie KOEHLER de MONTBLANC et Laurent FRANÇOIS-MARTIN

Le traitement des ventes en ligne ..... P. 37
Par Frédéric PUEL, Nicolas GRANSARD et Alexandre MARESCAUX

RLC 4301

Vue d'ensemble du règlement et des lignes directrices révisées : un cadre plus clair pour une autoévaluation plus sûre ?

Par Philippe VANNI
Avocat associé, Directeur Technique du département droit économique
Cabinet FIDAL

Et Anne-Cécile MARTIN
Maître de conférences, Université Sorbonne Paris Nord
Avocat associé
Cabinet FIDAL

Le nouveau règlement (UE) 2022/720 et les lignes directrices qui l'accompagnent n'emportent pas de bouleversement fondamental sur le plan des principes. Les textes ont toutefois été repensés et ajustés afin d'assurer leur adéquation aux évolutions du marché. Si le cadre de l'autoévaluation est indubitablement clarifié, il n'est, en revanche, pas totalement certain qu'il soit exempt de toute fragilité.

Compte tenu des résultats « globalement positifs » de la consultation publique menée entre février 2019 et mars 2021 à propos du règlement (UE) n° 330/2010, la Commission européenne a fait le choix de maintenir le mécanisme d'une exemption générale catégorielle des accords verticaux. Elle a ainsi adopté un nouveau règlement et de nouvelles lignes directrices révisés. L'objectif de cette révision est de conserver cet outil, précieux pour les entreprises dans l'autoévaluation de leurs pratiques au regard de l'article 101§3 TFUE, tout en l'ajustant pour tenir compte des évolutions du marché, spécialement dans le domaine du numérique.

Le nouveau règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux (UE) 2022/720[1] est entré en vigueur le 1er juin 2022. Il constitue le cadre de leur autoévaluation, au regard du droit des ententes, pour les 12 prochaines années et on rappellera à cet égard qu'en dépit de la dimension européenne du texte, l'Autorité de la concurrence le considère, ainsi que les lignes directrices qui l'accompagnent[2], comme un guide d'analyse utile, y compris, des accords verticaux affectant uniquement le marché français. Immédiatement applicable aux nouveaux accords conclus depuis le 1er juin, il le sera également aux accords en cours à cette date, à compter de l'achèvement d'une période transitoire d'une année (jusqu'au 31 mai 2023). Pendant cette année, les accords remplissant les conditions posées par l'ancien règlement demeureront couverts par l'exemption afin de laisser aux parties le temps de se mettre en conformité avec le nouveau cadre[3].

Les objectifs de clarification, de simplification et de facilitation de l'autoévaluation sont *a priori* atteints : les grands principes sont maintenus et explicités (I) et la zone de sécurité procurée par le règlement est utilement réajustée (II). Il n'en reste pas moins que si le nouveau dispositif est incontestablement clarifié et modernisé, certaines des solutions qu'il consacre devront être considérées avec prudence lors de l'autoévaluation (III).

I. – Le maintien des grands principes

Les grands principes de l'exemption par catégorie sont maintenus et l'on doit saluer, à cet égard, un effort d'explicitation et de clarification, en d'autres termes une approche didactique de l'autoévaluation renforcée par la Commission. Les nouvelles

(1) Règl. (UE) 2022/720, 10 mai 2022, 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, JOUE 15 mai 2022, n° L 134.

(2) Comm. UE, communication Lignes directrices sur les restrictions verticales, 28 juin 2022 C(2022) 4238, ci-après dénommées LD.

(3) Articles 10 et 11 du règlement (UE) 2022/720.

lignes directrices qui accompagnent le nouveau règlement comportent ainsi un paragraphe introductif spécialement consacré à l'explicitation de leur objet et de leur structure, laquelle peut utilement servir de guide à la conduite de l'autoévaluation.

A. – Accords et opérateurs concernés

Accords verticaux. Les conditions et raisons de l'applicabilité du règlement à certains accords verticaux sont explicitées. Les lignes directrices rappellent ainsi que les accords verticaux – c'est-à-dire les accords conclus entre des entreprises qui opèrent à un niveau différent de la chaine de production ou de distribution[4] – sont généralement moins préjudiciables pour le marché que les accords horizontaux, en raison notamment d'incitations à pratiquer des prix plus bas et de niveaux de services élevés. Elle souligne également que de tels accords verticaux peuvent néanmoins comporter des risques de verrouillage des marchés et de réduction de la concurrence intra-marque ou inter marque, ce qui explique qu'ils ne peuvent bénéficier de la « zone de sécurité » procurée par l'application du règlement d'exemption par catégorie qu'à certaines conditions permettant de présumer, au regard de l'article 101§3 du traité, que leurs gains d'efficience sont *a priori* supérieurs à leurs effets anticoncurrentiels.

La considération générale des accords verticaux est maintenue dans le nouveau règlement et on relèvera d'ailleurs à cet égard que, contrairement aux pistes évoquées pendant le processus de révision, la Commission a fait le choix de ne pas réserver de traitement spécifique aux accords poursuivant des objectifs dits « de durabilité » (ex. lutte contre le changement climatique, diminution des gaz à effet de serre) lesquels « *ne constituent pas une catégorie distincte d'accords verticaux* », ce qui n'exclut pas – au demeurant – la possibilité de prendre en compte, à titre individuel, des avantages en termes de durabilité, au titre de gains d'efficience au sens de l'article 101§3 du traité[5].

Fournisseurs de services d'intermédiation en ligne. La précision de la définition des opérateurs, parties à l'accord vertical, est sans doute une avancée notable du nouveau texte. Si la définition de l'acheteur n'a pas évolué, celle du fournisseur a, en revanche, été amendée dans le but de faire entrer dans la catégorie les « *fournisseurs de services d'intermédiation en ligne* ».

Ainsi, au sens du nouveau règlement, le fournisseur est défini comme, « *entre autres, une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne* » eux-mêmes définis comme « *les services de la société de l'information au sens de l'article 1er paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil qui permettent aux entreprises d'offrir des biens ou des services i) à d'autres entreprises, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises, ou ii) aux consommateurs finals, en vue de faciliter l'engagement de transactions directes entre ces entreprises et les consommateurs finals, que ces transactions soient ou non finalement conclues et indépendamment du lieu où elles l'ont été* ».

Une telle qualification de l'entreprise fournisseur de services d'intermédiation en ligne, en tant que fournisseur au sens du règlement, n'était toutefois pas évidente, dans la mesure où il apparaît délicat de qualifier, par rapport à l'acheteur, le niveau d'intervention de cette dernière dans la chaîne de production ou de distribution – niveau dont dépend pourtant la qualification de l'accord vertical[6]. La Commission a toutefois tranché en faveur d'une telle qualification dont il découle, pour l'application du règlement, que l'entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne ne peut « *être qualifiée d'acheteur* » en ce qui concerne « *les biens ou services proposés par des tiers utilisant ses services d'intermédiation en ligne* »[7] et que ses parts de marché sont calculées sur le marché pertinent de la prestation de ces services. Cela signifie également que les restrictions de concurrence qu'un tel fournisseur pourrait imposer aux acheteurs de ses services d'intermédiation en ligne « *en ce qui concerne le prix, les territoires ou les clients auxquels les biens ou services qui font l'objet de l'intermédiation peuvent être vendus, y compris les restrictions relatives à la publicité en ligne et à la vente en ligne* » sont soumises, à l'instar de celles imposées par n'importe quel autre fournisseur, à l'article 4 du règlement qui prévoit la liste des restrictions caractérisées de concurrence faisant perdre à ce dernier le bénéfice de l'exemption par catégorie (ex. imposition d'un prix de vente fixe ou minimal pour une transaction facilitée par le fournisseur de services d'intermédiation en ligne). Toutefois, et on le signalera dès à présent, même si l'objectif est en l'occurrence d'ajuster la zone de sécurité du règlement[8], de manière dérogatoire, le règlement prévoit un traitement spécial de certaines des clauses que l'entreprise fournisseur de services d'intermédiation en ligne pourrait imposer (clause de parité)[9] ou de certaines situations dans laquelle elle pourrait être placée (distribution duale si elle occupe une fonction hybride)[10].

(4) Article 1 a) du règlement (UE) 2022/720.

(5) LD, pts. 8, 144, 316.

(6) V. *supra* « accords concernés », article 1er, 1, a) du règlement (UE) 2022/720.

(7) LD, pt. 67.

(8) V. *infra.* III.

(9) V. *infra* : N. Gransard, F. Puel et A. Marescaux, « Le traitement des ventes en ligne », RLC 2022/119, n° 4303.

(10) V. *infra* : M. Koehler de Montblanc et L. François-Martin, « La distribution duale », RLC 2022/119, n° 4302.

B. – Chronologie et conséquences de l'autoévaluation

Relever de la zone de sécurité du règlement d'exemption permet aux entreprises de bénéficier d'une présomption de licéité de leurs accords au regard du droit des ententes. La Commission a pris soin d'indiquer clairement que l'appréciation d'une telle présomption résulte d'une autoévaluation laquelle n'exclut pas la possibilité d'un retrait du bénéfice de l'application du règlement d'exemption.

Chronologie. En dépit de « *l'absence de chronologie obligatoire à respecter pour l'autoévaluation* » par les entreprises de leurs accords verticaux, la Commission présente, dans les lignes directrices, ce que celle-ci « *implique généralement* »[11]. Quatre étapes sont ainsi envisagées.

La première porte sur l'établissement par les entreprises des parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur le marché en cause sur lequel ils vendent et achètent les biens contractuels. Si ni celles de l'acheteur, ni celles du fournisseur ne dépassent le seuil de 30 %, les entreprises doivent ensuite, au terme d'une deuxième étape, vérifier l'absence de restrictions caractérisées de concurrence ou de restrictions exclues du bénéfice de l'exception et indissociables du reste de l'accord. Si elles sont supérieures à 30 % ou si l'accord contient des restrictions caractérisées ou des restrictions exclues non-dissociables, il conviendra alors de vérifier dans une dernière et quatrième étape si l'accord remplit les conditions d'exemption individuelle prévues à l'article 101§3 du traité. De manière *a priori* troublante, la Commission indique que ce n'est que dans ce cas, qu'il est au préalable nécessaire, au cours d'une troisième étape, de vérifier si l'accord relève ou non de l'article 101§1 du traité.

La chronologie proposée par la Commission, qui conduit donc à se poser relativement tard la question de l'applicabilité de l'article 101§1 du traité, à l'accord considéré, a l'avantage d'élargir le scope de l'autoévaluation pour éviter que des accords verticaux qui ne relèvent généralement pas de l'article 101§1, tels que les accords qui ne sont pas de nature à affecter le commerce entre États membres (« absence d'effet sur le commerce ») ou qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence (« accord d'importance mineure »), ou encore de *véritables* contrats d'agence ou de sous-traitance échappent à une autoévaluation qui pourrait pourtant révéler, par exemple, la présence de restrictions de concurrence par objet. L'approche, cohérente, permet en outre de tenir compte – autre exemple – de la difficulté qui peut apparaître lors de la qualification même de l'accord concerné. Les contrats d'agence sont, à cet égard, une illustration éloquente ainsi qu'en témoigne le soin particulier qui leur est accordé dans les nouvelles lignes directrices. Ainsi la Commission indique-t-elle spécialement, en la matière que, dans le cas des « *distributeurs indépendants qui agissent également en tant qu'agent pour certains biens ou services du même fournisseur* »[12] le respect des exigences nécessaires à la qualification de *véritable* contrat d'agence doit faire l'objet d'une « *évaluation stricte* » afin notamment d'éviter un « *abus du modèle d'agence* » utilisé par le fournisseur comme « *moyen pour contrôler les prix de détail pour les produits qui lui permettent d'obtenir des marges de revente élevées* »[13].

Retrait de l'exemption. Le nouveau règlement précise, en outre, désormais expressément que le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré par la Commission. Le nouvel article 6 prévoit ainsi la possibilité d'un retrait individuel lorsque la Commission estime, dans un cas déterminé, qu'un accord vertical auquel s'applique l'exemption produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 101§3 du traité[14]. Le règlement précise que « *de tels effets peuvent se produire, par exemple lorsque le marché en cause de la prestation de services d'intermédiation en ligne est fortement concentré et que la concurrence entre les prestataires de ces services est limitée par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires* »[15].

En dehors de ce risque de retrait de l'exemption, il demeure, quoi qu'il en soit, capital pour renforcer l'utilité et surtout la sécurité de l'autoévaluation, que la zone de sécurité procurée par l'application du règlement soit fiable.

II. – Le réajustement de la zone de sécurité

Le réajustement de la « zone de sécurité » conférée par le règlement était l'un des objectifs premiers de la Commission. Alors que l'élimination des « faux positifs » – c'est-à-dire des situations d'accords couverts à tort par le règlement – est une obligation pour cette dernière, tel n'est pas le cas des « faux négatifs » – c'est-à-dire des accords qui ne bénéficient pas de la couverture du règlement alors qu'ils le devraient. La Commission a pourtant fait le choix de traquer les uns comme les autres.

A. – Éliminer les « faux positifs »

Les faux positifs, dans le viseur de la Commission européenne, sont essentiellement liés à l'apparition de nou-

(11) LD, pt. 7.

(12) LD, pt. 45.

(13) LD, pt. 45.

(14) *Adde.* LD, pts. 256 et s.

(15) On rappellera que la Commission peut en outre en application de l'article 7 du règlement (UE) 2022/720, dont le contenu n'a pas été modifié, déclarer par voie de règlement que l'exemption par catégorie ne s'appliquera pas, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause, aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

veaux acteurs sur le marché. Deux cas problématiques ont, en effet, été spécialement identifiés et, dans ces deux cas, la question cruciale porte sur des situations mettant en jeu des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne.

Distribution duale. Le premier cas porte sur des situations de distribution duale, c'est-à-dire dans lesquelles un fournisseur vend des biens ou des services non seulement en amont, mais aussi, en aval sur le marché sur lequel il concurrence ainsi ses distributeurs indépendants. Ces accords entre concurrents devraient donc relever des seules règles applicables en matière d'accords de coopération horizontale. Toutefois, à titre exceptionnel, et dans le cas d'accords verticaux non-réciproques (définis comme, « *en particulier* », ceux dans lesquels « *l'acheteur des biens ou services contractuels ne fournit pas également des biens ou services concurrents au fournisseur* »[16]), l'ancien règlement (UE) n° 330/2010 comme le nouveau règlement (UE) 2022/720 permettent à de tels accords de bénéficier de l'exemption. Le nouveau règlement prévoit toutefois un régime spécifique applicable aux échanges d'informations dans un tel scénario, mais surtout, il exclut toute possibilité pour les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne qualifiées de plateformes dites « *hybrides* » de bénéficier de cette exemption (article 2 du règlement), ce qui n'est pas sans poser des difficultés dans des situations dans lesquelles des fournisseurs, par ailleurs fournisseurs de services d'intermédiation en ligne, permettent à leurs distributeurs d'utiliser leurs plateformes à titre de services faisant partie intégrante du réseau de distribution mis en place[17].

Parité inter plateformes. Le second cas porte, de manière plus spécifique encore, sur une nouvelle restriction de concurrence exclue du bénéfice de l'exemption (article 5 du règlement) spécialement pensée pour tenir compte de l'émergence de ces fournisseurs de services d'intermédiation en ligne. Il s'agit des clauses de parité inter plateformes[18] pour la vente de détail imposées par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne aux acheteurs de ces services[19].

B. – Réduire les faux négatifs

C'est cette fois pour autoriser une protection renforcée des réseaux de distribution que la Commission s'attelle à réduire les faux négatifs. L'assouplissement des restrictions de ventes actives et de certaines mesures indirectes de restrictions des ventes en ligne sont, à cet égard, deux points clés du règlement révisé.

Restrictions des ventes actives. Afin de mieux répondre aux enjeux modernes de la distribution, le règlement propose des définitions clarifiées ainsi qu'un encadrement des restrictions de territoires et de clientèles, et plus spécialement des ventes actives, repensé afin de permettre une meilleure protection des réseaux exclusifs et une meilleure conciliation entre les différents systèmes de distribution opérés par le fournisseur sur différents territoires.

La définition de la distribution exclusive fait son entrée dans le règlement à côté de celle de la distribution sélective. Cette nouvelle définition va de pair avec l'introduction d'une meilleure protection de ce type de réseau. C'est ainsi que la Commission admet le principe d'un système de distribution exclusive partagée dans lequel le fournisseur a la faculté d'allouer à titre exclusif un territoire ou un groupe de clients à plusieurs distributeurs dont le nombre maximal ne peut excéder 5 distributeurs[20]. Ces distributeurs opéreront sur le même territoire, dans sa totalité, et *a priori* munis des mêmes droits. Le fournisseur devra, toutefois, s'il retient cette option, s'assurer de sa compatibilité avec le besoin de retour sur investissements des distributeurs partageant le bénéfice de l'exclusivité. Le nouveau règlement prévoit également la faculté d'étendre la restriction des ventes actives aux clients directs du distributeur exclusif. Le fournisseur peut ainsi exiger de ses acheteurs (les distributeurs exclusifs) qu'ils restreignent la capacité de leurs clients directs à vendre activement sur les territoires ou auprès de groupes de clients que le fournisseur a alloué à titre exclusif à d'autres distributeurs ou qu'il s'est réservé[21]. Le nouveau dispositif accroît également, dans le cas d'un réseau de distribution conjuguant différents systèmes de distribution, la protection du réseau de distribution exclusive en instaurant la possibilité de restreindre les ventes actives des distributeurs sélectifs ou libres et de leurs clients directs – vers les territoires ou clientèles exclusifs[22].

S'agissant de la distribution sélective, et à l'instar de ce qui est prévu en matière de distribution exclusive, le nouveau texte prévoit la possibilité d'interdire les reventes hors réseau aux clients directs du distributeur sélectif et, afin de renforcer la protection du réseau, la possibilité de restreindre les ventes actives ou passives du distributeur exclusif et de leurs clients directs et celles des distributeurs dits libres (c'est-à-dire ni exclusifs ni sélectifs[23]) et de leurs clients, à des distributeurs non agréés situés sur le territoire sur lequel le système de distribution sélective est opéré[24].

(16) LD, pt. 93.

(17) V. *infra* : M. Koehler de Montblanc et L. François-Martin, « La distribution duale », RLC 2022/119, n° 4302.

(18) V. *infra* : N. Gransard, F. Puel et A. Marescaux, « Le traitement des ventes en ligne », RLC 2022/119, n° 4303.

(19) LD, pt. 253.

(20) Article 1er, 1. (h) du règlement (UE) 2022/720.

(21) Article 4 (b) i) du règlement (UE) 2022/720, et LD, pt. 220.

(22) Article 4 c) i) (1) et article 4, d), i) du règlement (UE) 2022/720.

(23) LD, pt. 116.

(24) Article 4 b), ii) et article 4, d, ii) du règlement (UE) 2022/720.

S'agissant de la distribution, dite « libre », le règlement précise également les restrictions caractérisées qui entrainent, dans son cas, le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie[25]. On relèvera à cet égard que même si le règlement ne le dit pas, la franchise, pourrait intégrer cette dernière catégorie propre à englober les systèmes de distribution qui ne sont qualifiés ni d'exclusifs ni de sélectifs[26].

Mesures indirectes restreignant les ventes en ligne. La réduction des « faux négatifs » passe également par un assouplissement de la considération de certaines mesures indirectes de restrictions des ventes passives, en l'occurrence des ventes en ligne lesquelles ont aujourd'hui moins besoin de protection[27].

Tel est notamment le cas de la double tarification – laquelle consiste dans le fait de facturer au même distributeur un prix de gros plus élevé pour les produits destinés à être vendus en ligne que pour les produits destinés à être vendus hors ligne. Cette stratégie de double prix peut bénéficier de l'exemption lorsque la différence de prix est raisonnablement liée à des différences de coûts ou d'investissements entre les canaux de vente physiques et ceux de vente par internet. Est également abandonné, dans le cadre de la distribution sélective, le principe d'équivalence aux termes duquel les critères imposés par les fournisseurs pour les ventes en ligne devaient être globalement équivalents à ceux fixés pour les ventes physiques (vente en magasins).

Il n'en demeure pas moins que ces assouplissements doivent être considérés au regard de l'introduction d'une nouvelle restriction caractérisée de concurrence consistant dans le fait « *d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels (…)* ». Ainsi, la disparition de ces restrictions de concurrence *per se* n'est peut-être pas le gage d'une sécurisation renforcée de l'autoévaluation car elle rend incontestablement plus difficile l'identification claire de ce qu'il est désormais possible et impossible de faire.

III. – Une autoévaluation sécurisée ?

Le règlement et les lignes directrices qui l'accompagnent visent à permettre une meilleure identification des restrictions de concurrence ainsi qu'une application harmonisée des règles de concurrence sur un plan européen. Dans les deux cas, il importe de relever que si les nouveaux textes clarifient le cadre de l'autoévaluation à cet égard sécurisée, la conduite de celle-ci doit être guidée par l'idée que la considération de certaines pratiques pourrait être amenée à évoluer dans un contexte de marché en mouvement constant sous l'influence du numérique.

A. – Une appréciation facilitée des restrictions de concurrence ?

Pris entre deux feux, les rédacteurs des textes ont en effet tenté de concilier les impératifs de clarté et de prévisibilité avec une certaine prudence, laquelle est de mise dans un contexte économique en perpétuelle évolution. On se souvient, à cet égard, du choix qui avait été fait en 2010 de ne pas graver dans le marbre du règlement le traitement des ventes en ligne. C'est cette souplesse qui a permis la construction progressive d'une jurisprudence arrivée aujourd'hui à une relative maturité sur la question[28]. Deux points méritent cependant, selon nous, une considération attentive. Le premier, porte sur l'introduction d'une nouvelle restriction caractérisée de concurrence en matière de vente en ligne[29] ; le second, sur l'interdiction des prix imposés dans les réseaux de distribution.

Restriction des ventes en ligne. Le nouvel article 4 e) du règlement – lequel rappelons-le ne figurait pas dans le projet de texte publié par la Commission en juillet 2021 – dispose qu'un accord vertical qui directement ou indirectement, isolément ou cumulé avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer, a pour objet « *d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur ou ses clients pour vendre les biens ou services contractuels* » constitue une restriction caractérisée. Or, ce principe est immédiatement nuancé par la possibilité d'imposer « *à l'acheteur* » « *d'autres restrictions des ventes en ligne* » (article 4, e) i) du règlement) ou « *des restrictions de la publicité en ligne qui n'ont pas pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de publicité en ligne* » (article 4, e) i) du règlement). La notion d'« *utilisation effective de l'internet* » est très large, autant que la considération des « *autres restrictions des ventes en ligne* » n'empêchant pas l'utilisation effective de l'internet, est floue. Les lignes directrices fournissent toutefois des illustrations. Les ventes passives – auxquelles appartiennent les ventes en ligne – et actives sont définies dans le nouveau règlement. Celle des « ventes actives » intègre des illustrations (ex. est ainsi notamment constitutif d'une vente active le fait de proposer sur un site internet des langues communément utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le

(25) Article 4 d) du règlement (UE) 2022/720.

(26) Les lignes directrices lui réservent toutefois une place identifiée en plaçant nommément la franchise aux côtés de la distribution exclusive et sélective parmi les trois types spécifiques de distribution.

(27) V. *infra* : N. Gransard, F. Puel et A. Marescaux, « Le traitement des ventes en ligne », RLC 2022/119, n° 4303.

(28) V. not. CA Paris, 29 juin 2016, n° 14/00335, Concurrence n° 3-2019, obs. A.-C. Martin ; Cass com., 13 sept. 2017, n° 16-15.067 ; CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941, Concurrences n° 1-2018, obs. A.-C. Martin ; Aut. conc., déc. n° 18-D-23, 24 oct. 2018, Concurrences n° 1-2019, p. 97, obs. A.-C. Martin ; CA Paris 17 oct. 2019, Concurrences n° 1-2020, p. 97, obs. A.-C. Martin ; Aut. conc., 3 déc. 2020, Concurrences n° 1-2021, p. 143, obs. A.-C. Martin.

(29) V. *infra* : N. Gransard, F. Puel et A. Marescaux, « Le traitement des ventes en ligne », RLC 2022/119, n° 4303.

territoire sur lequel l'acheteur est établi)[30]. Autre exemple, c'est dans les lignes directrices cette fois que l'on trouve, sans surprise[31], la précision de ce que les restrictions liées à l'utilisation de places de marché en ligne peuvent « *généralement bénéficier de l'exemption* »[32]. Le recours à cet instrument de *soft law* est sans doute ici pertinent dans la mesure où une telle possibilité d'interdiction – qui va aujourd'hui dans le sens d'un moindre besoin de protection des ventes en ligne – pourrait à l'avenir se révéler obsolète si de telles plateformes devenaient à ce point incontournables que l'interdiction d'y recourir empêcherait alors une « *utilisation effective de l'internet* ».

Prix imposés. Une autre question pourtant très débattue dans un contexte de vente en ligne dans les réseaux de distribution [33] est celle des pratiques d'imposition de prix. En raison de la transparence que permet internet et de l'omniscience qui en résulte pour les clients, il s'agit en effet d'un sujet stratégique pour les réseaux dont la cohérence globale repose en partie sur une cohérence des prix (spécialement en matière de contrat de franchise). Le nouveau règlement demeure toutefois strict sur cette question et la restriction caractérisée visée par l'article 4 a) est identique (mise à part une modification rédactionnelle) à celle visée par l'ancien règlement. Les prix minimums imposés demeurent une restriction caractérisée de concurrence sans préjudice de la possibilité de recommandations (à conditions que ces dernières n'équivaillent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions ou d'incitations de l'une des parties). Les nouvelles lignes directrices soulignent, quant à elles et comme auparavant, la possibilité pour les entreprises de démontrer les gains d'efficience résultant de telles pratiques. Aux situations de lancement d'un nouveau produit, de campagnes limitées dans le temps de prix bas coordonnées dans un système de distribution uniforme (ex. franchise), d'amélioration des services de prévente additionnels des distributeurs notamment dans le cas de produits complexes, s'ajoute désormais, parmi les gains d'efficience présentés par les lignes directrices, l'utilisation d'un « *prix de vente minimal ou un prix minimal affiché pour empêcher un distributeur déterminé d'utiliser le produit d'un fournisseur comme un produit d'appel* », en l'occurrence précise la Commission « *vendu en deçà du prix de gros* »[34]. On regrettera que la Commission n'ait pas considéré dans la liste des gains d'efficience possibles la question de l'imposition de prix dans le cadre d'une organisation coordonnée des ventes en ligne dans un réseau de distribution[35].

La prudence de la Commission sur ces thèmes est toutefois sans doute justifiée à la fois par le contexte mouvant du marché et la nécessité d'une application harmonisée des règles de concurrence sur le plan européen.

B. – Une application harmonisée sur le plan européen

L'un des objectifs annoncés par la Commission est en effet celui de permettre une application harmonisée des règles sur le plan européen en matière notamment de retrait de l'exemption par elle et les Autorités nationales[36] et d'analyse des cas individuels au regard de l'article 101§3 TFUE.

S'ajoute à cela, la nécessaire harmonisation des solutions portées par le nouveau règlement (UE) 2022/720 avec le *Digital Markets Act package* en cours d'adoption. Le futur règlement Digital Markets Act (DMA)[37] interviendra, en effet, en complément du droit de la concurrence, pour instaurer de nouvelles règles applicables à de grandes plateformes en ligne, qualifiées de « *contrôleurs d'accès* » (ou « *gatekeepers* »), afin d'empêcher qu'elles n'abusent de leur position au détriment des entreprises qui souhaitent accéder à leurs utilisateurs. Sans entrer dans le détail du futur texte, on relèvera simplement qu'il y a fort à penser que les plateformes qualifiées de « contrôleurs d'accès » dépasseront les seuils en termes de part de marché permettant d'être couvert par le règlement d'exemption par catégorie, le Conseil[38] ayant souligné s'agissant des PME que ces dernières « *sont – hors cas exceptionnels – exemptées de la qualification de contrôleur d'accès* ». On relèvera également une plus grande sévérité du DMA à l'égard des contrôleurs d'accès s'agissant des clauses de parité lesquelles seront interdites qu'elles prévoient une parité étendue comme restreinte[39].

Conclusion générale

Le nouveau règlement (UE) 2022/720 constitue le cadre d'analyse des accords verticaux pour les 12 prochaines années. Il constitue une importante pierre à l'édifice d'un droit du marché européen marqué par une évolution constante sous l'impulsion du numérique. Gageons que les textes aujourd'hui adoptés soient, tout à la fois, suffisamment souples, pour demeurer adaptés pendant la prochaine décennie, et suffisamment stricts, pour garantir aux entreprises une autoévaluation sécurisée de leurs accords. ■

(30) Article 1er, 1. (l) du règlement (UE) 2022/720.

(31) CJUE, 6 dec. 2017 C-230/16, *précit*.

(32) LD, pt. 208.

(33) CEPC, avis n° 21-5, 31 mai 2021, Concurrences n° 3-2021, p. 110, obs. A.-C. Martin.

(34) LD, pt. 197, c).

(35) V. CEPC, avis n° 21-5, 31 mai 2021, précit.

(36) V. *supra*.

(37) Résolution législative du Parlement européen du 5 juillet 2022 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques) (COM(2020)0842 – C9-0419/2020 – 2020/0374(COD))

(38) Conseil de l'UE, communiqué de presse, 25 mars 2022.

(39) V. *infra* : N. Gransard, F. Puel et A. Marescaux, « Le traitement des ventes en ligne », RLC 2022/119, n° 4303.

RLC 4302

La distribution duale

Longuement débattu au cours des travaux préparatoires ayant précédé l'adoption du nouveau règlement (UE) 2022/720 et des lignes directrices qui l'accompagnent, le traitement des situations de distribution duale est l'un des points clés du nouveau règlement. Il participe des objectifs majeurs ayant présidé à la révision du texte, à savoir : l'élimination de « faux positifs ».

Par Marie KOEHLER de MONTBLANC
Avocat associé
Cabinet FIDAL

Et Laurent FRANÇOIS-MARTIN
Avocat associé
Cabinet FIDAL

Dans un système de distribution classique, le fournisseur vend ses produits ou services à des distributeurs tiers qui les revendent ensuite aux utilisateurs finals. On est alors dans le cadre d'un accord vertical, tel que défini par le nouveau règlement comme « *un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services* »[1].

La distribution duale, encore dénommée double distribution, vient apporter une nuance à ce cadre classique en insérant une relation horizontale entre les acteurs déjà en position de relation verticale. La Commission européenne précise ainsi, à cet égard, dans le règlement (UE) 2022/720 du 10 mai 2022, que « *la double distribution renvoie au scénario dans lequel un fournisseur vend des biens ou des services non seulement en amont, mais aussi en aval, concurrençant ainsi ses distributeurs indépendants* »[2]. Ainsi présentée, la situation de double distribution vise donc cette hypothèse dans laquelle le fournisseur est en concurrence avec ses distributeurs. Le règlement ne vise toutefois que des situations d'accords non réciproques, la Commission rappelant à cet égard dans ses lignes directrices du 28 juin 2022 relatives aux restrictions verticales, qu'un « *accord est dit «non réciproque» en particulier lorsque l'acheteur des biens ou services contractuels ne fournit pas également des biens ou services concurrents au fournisseur* »[3]. Ne sont donc pas concernés par le traitement spécifique réservé à la double distribution par le règlement relatif aux accords verticaux, les cas d'accords dits réciproques lesquels mettent en exergue une relation dont la portée des effets horizontaux ne peut être marginalisée.

Ce scénario de double distribution n'est bien sûr pas nouveau. La situation dans laquelle un fournisseur vend directement ses produits au détail, notamment sur son site internet, se mettant ainsi en concurrence avec ses propres distributeurs existait bien avant le nouveau règlement (UE) 2022/720. Ainsi, le précédent règlement (UE) n° 330/2010 relatif aux accords verticaux prévoyait cette hypothèse et exemptait déjà les situations de double distribution dans le cadre des accords verticaux non réciproques[4]. Dans ces conditions, il convient de s'interroger sur les raisons qui ont poussé la Commission européenne, dans le cadre de la révision du règlement 330/2010, à s'emparer de façon si remarquée de ce sujet de la double distribution. Et, sans surprise, la raison est assurément à chercher dans le développement accru des ventes en ligne[5], lesquelles n'avaient pas

(1) Règl. (UE) 2022/720, 10 mai 2022, 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, article 1.1.a.

(2) Règlement (UE) 2022/720, consid. 12.

(3) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 93.

(4) Règl. (UE) 330/2010, 20 avr. 2010, concernant l'application de l'article 101 § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, article 2.4, et Communication de la Commission C(2010) 130 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 28.

(5) V. *infra* : N. Gransard, F. Puel et A. Marescaux, « Le traitement des ventes en ligne », RLC 2022/119, n° 4303.

atteint un degré de maturité suffisant lors de l'adoption du précédent règlement, il y a 12 ans.

On reviendra dès lors, dans une première partie, sur ce contexte particulier ayant entouré le traitement de la question de la distribution duale qui n'a vu aboutir que très tardivement le texte définitif de l'exemption, pour s'attarder, dans la seconde partie, sur le sujet le plus épineux soulevé par la distribution duale, c'est-à-dire celui des échanges d'informations entre le fournisseur et le distributeur.

I. – La distribution duale : une admission delicate de l'exemption categorielle

Durant la longue période de préparation du nouveau règlement (UE) 2022/720, on a pu craindre une volonté de la Commission de vouloir encadrer strictement les conditions du bénéfice de l'exemption par catégorie des situations de double distribution. Hormis le cas des plateformes hybrides, les solutions finalement retenues (B) sont plus souples que celles qui avaient été projetées (A).

A. – La solution abandonnée

La croissance des ventes en ligne a généré des « faux positifs », c'est-à-dire des hypothèses dans lesquelles on ne peut pas présumer, avec suffisamment de certitude, que les accords ou pratiques concertées en cause renforcent l'efficacité attendue et remplissent les conditions d'une exemption catégorielle. Face à ces « faux positifs », la Commission avait donc considéré devoir réduire la zone de sécurité procurée par le règlement et ne plus pouvoir accorder l'exemption à des accords qui induisent une forte probabilité de nocivité pour la concurrence. Dans le cadre de ses projets de règlement et de lignes directrices[6], la Commission avait dès lors introduit des seuils de parts de marché intermédiaires et le schéma relatif à la double distribution était alors le suivant :

- le principe d'une absence d'application de l'exemption catégorielle aux accords verticaux entre concurrents,
- assorti d'une exception[7] permettant l'exemption de la double distribution à condition que la part de marché cumulée des parties sur le marché de détail soit inférieur à 10 % ; elle-même assortie d'un tempérament autorisant une exemption partielle – c'est-à-dire hors échanges d'informations entre les parties – s'agissant des accords conclus entre des entreprises dont la part de marché cumulée sur le marché de détail était supérieure à 10 % mais inférieure à 30 %, et,
- le maintien ferme du principe d'absence d'exemption dans le cas d'accords comportant des restrictions de concurrence par objet et dans les hypothèses d'accords conclus avec des plateformes dites hybrides.

Ce projet a fait l'objet de critiques mettant en évidence :

- d'une part, une réduction excessive de la zone de sécurité par rapport à la situation existante, un seuil très bas impliquant que la plupart des accords de double distribution ne seraient plus exemptés ;
- et d'autre part, le fait que l'introduction d'un nouveau seuil et un traitement des échanges d'informations compliquerait l'auto-évaluation, en raison non seulement de l'existence de trois seuils différents, mais aussi, de la difficulté de définir de très nombreux marchés ayant une portée locale, avec des définitions qui peuvent varier considérablement d'un État membre à un autre, et d'évaluer l'impact des ventes en ligne.

Cette situation entrainait un risque de dissuasion des fournisseurs de s'engager ou de maintenir un système de double distribution, privant ainsi les clients d'un canal de distribution supplémentaire au détriment de la concurrence intra marque. De nombreuses critiques de ce projet intermédiaire ont en effet mis en exergue le fait que dans la majorité des cas, la double distribution est intrinsèquement pro concurrentielle, les éventuels effets anticoncurrentiels pouvant être traités par le biais des mécanismes existants, notamment s'agissant des problèmes soulevés par les échanges d'informations.

Face à ces critiques, la Commission s'est montrée ouverte aux discussions avec les parties prenantes et a publié, en février 2022, un projet de lignes directrices portant une section spécifique aux échanges d'informations dans le cadre de la distribution duale qui étaient jusqu'alors exclus *a priori* du champ d'application de la zone de sécurité. Ce projet soumis à nouveau à consultation publique a fortement inspiré le texte définitif du nouveau règlement.

B. – La solution retenue

La solution retenue par le nouveau règlement est celle d'une exemption de principe de la distribution duale moyennant des tempéraments. Un traitement spécifique de non-exemption est toutefois réservé aux cas de distribution duale impliquant des plateformes d'intermédiation en ligne dites « hybrides ».

La règle permettant l'exemption de la distribution duale est posée à l'article 2.4 du nouveau règlement (UE) 2022/720, dans des termes *quasi* similaires à ceux du texte de l'article 2.4 de l'ancien règlement (UE) 330/2010 :

> « *2.4. L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes. Toutefois, cette exemption s'applique lorsque des entreprises concurrentes concluent un ac-*

(6) Projets du 9 juillet 2021 C2021/5026.

(7) Laquelle, si elle existait déjà dans le règlement (UE) 330/2010, voyait son périmètre réduit avec une limitation de la zone de sécurité.

cord vertical non réciproque et que l'une des conditions suivantes est remplie :

(a) le fournisseur est actif en amont en tant que producteur, importateur ou grossiste et en aval en tant qu'importateur, grossiste ou détaillant de biens, tandis que l'acheteur est un importateur, un grossiste ou un détaillant en aval et non une entreprise concurrente en amont où il achète les produits contractuels ; ou

(b) le fournisseur est un prestataire de services à plusieurs niveaux d'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses services au stade de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au stade de l'activité commerciale où il achète les services contractuels ».

On observera, toutefois, un élargissement de l'exemption à plus de niveaux dans la chaine des accords verticaux, puisque sont ajoutés les importateurs et les grossistes. Mais, après un projet restrictif, tel que rappelé ci-dessus, c'est surtout le rappel des effets pro concurrentiels de la distribution duale fait par la Commission au considérant n° 12 du règlement qui retiendra l'attention : « *en l'absence de restrictions caractérisées, et pour autant que l'acheteur ne soit pas en concurrence avec le fournisseur en amont, l'incidence négative potentielle de l'accord vertical sur la relation concurrentielle entre le fournisseur et l'acheteur en aval est moins importante que l'incidence positive potentielle de l'accord vertical sur la concurrence de manière générale en amont ou en aval. Il convient donc que les accords verticaux conclus dans de tels scénarios de double distribution soient exemptés au titre du présent règlemen*t ».

On relèvera dès à présent (v. *infra* II) que l'une des nouveautés importantes, du nouveau texte, en la matière porte, en outre, sur le traitement, dans un tel cas, des échanges d'informations lesquels ne bénéficient pas automatiquement de l'exemption. Mais, avant de développer cette spécificité du traitement des échanges d'informations, il convient de s'attarder sur l'autre nouveauté importante du texte portant sur le refus de l'exemption catégorielle dans les scénarios de double distribution impliquant des plateformes dites « hybrides ». En effet, l'exemption ne couvre pas les accords verticaux impliquant une plateforme hybride qui fournit des services d'intermédiation en ligne et qui, en même temps, concurrence ses clients sur le marché de la vente des biens ou services intermédiés[8]. Cette exception vise clairement les grandes places de marché du type Amazon, lesquelles fournissent des services d'intermédiation en ligne à des vendeurs tiers, tout en vendant également des produits concurrents directement aux consommateurs.

La Commission considère que de telles plateformes peuvent être incitées à favoriser leurs propres ventes et avoir la capacité d'influencer l'issue du processus concurrentiel sur le marché en cause, en influençant donc le résultat de la concurrence entre les entreprises qui utilisent ces services d'intermédiation en ligne[9]. Les accords verticaux impliquant une plateforme hybride doivent donc être évalués individuellement afin de déterminer s'ils restreignent la concurrence[10].

Dans le projet intermédiaire, le refus de l'exemption s'agissant des plateformes hybrides était sans nuance. Cependant, devant les réactions des commentateurs qui ont indiqué que de nombreux petits détaillants donnent également accès à leurs sites web à des vendeurs tiers, la Commission a précisé dans ses lignes directrices qu'elle n'avait pas l'intention d'intervenir lorsque la plateforme hybride ne jouirait pas d'un pouvoir de marché significatif et que l'accord ne contiendrait pas de restrictions par objet (c'est-à-dire des clauses qui incluent des restrictions caractérisées). Elle indique ainsi qu'« en *l'absence de restrictions par objet ou de pouvoir de marché important, il est peu probable que la Commission accordera la priorité aux mesures d'exécution concernant les accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le fournisseur remplit une fonction hybride. Tel est notamment le cas lorsque, dans un scénario de double distribution, un fournisseur permet aux acheteurs de ses biens ou services d'utiliser son site internet pour distribuer les biens ou services, mais ne permet pas d'utiliser le site internet pour proposer des marques de biens ou de services concurrentes et n'exerce pas d'autres activités sur le marché en cause de la fourniture de services d'intermédiation en ligne en ce qui concerne ces biens ou services* »[11]. En d'autres termes, l'intention de la Commission était surtout de retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie aux grandes plateformes en ligne assurant également une fonction hybride et qui sont notamment visées par le Digital Markets Act (DMA) adopté le 5 juillet 2022 par le Parlement européen, l'objectif étant, au travers de ce texte, de fixer des obligations pour les grandes plateformes en ligne qui agissent en tant que contrôleurs d'accès sur les marchés numériques afin de garantir un environnement plus équitable et davantage de services pour les consommateurs (qui peuvent difficilement éviter ces grandes plateformes en raison de leur position dominante en ligne)[12].

(8) Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022, art 2.6.

(9) Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 10 mai 2022, considérant n° 14.

(10) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 107.

(11) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 109.

(12) V. communiqué de presse du Parlement européen du 5 juillet 2022 « Services numériques : des règles historiques pour un environnement en ligne ouvert plus sécurisé ».

II. – La distribution duale : une considération spécifique des échanges d'informations

En droit de la concurrence, l'un des sujets le plus sensible concerne la question des échanges d'informations entre concurrents, dans la mesure où certains échanges sont considérés comme pro-concurrentiels et d'autres anti-concurrentiels. Or, la distribution duale a cette particularité qu'elle concerne des entreprises qui sont à la fois concurrentes et partenaires économiques.

L'appréciation du caractère anticoncurrentiel de leurs échanges d'informations est donc particulièrement difficile à établir dans la mesure où, si la plupart des échanges relève de leur relation verticale, on ne peut exclure que certains échanges concernent leurs relations horizontales, c'est-à-dire la relation de concurrence qui existe entre eux sur le marché aval. En ce sens, le Conseil danois de la concurrence a sanctionné en 2020 la société Hugo Boss pour avoir échangé avec ses détaillants dans le cadre d'accords de double distribution des informations stratégiques sur les prix, les remises et les quantités en fonction des ventes futures[13].

Pourtant, tous les fournisseurs et distributeurs savent que, dans le cadre de leur relation commerciale les échanges d'informations sont absolument nécessaires. En effet, la plupart des informations échangées dans un rapport vertical sont pro-concurrentielles car elles permettent aux fournisseurs de satisfaire à la demande des clients. Le risque d'échanges purement horizontaux est en revanche très limité en pratique comme le démontre le très faible nombre de décisions. À titre d'exemple, les fournisseurs demandent généralement à leurs distributeurs de déclarer des informations concernant leurs volumes de ventes, de stocks afin de réduire les coûts d'immobilisation et d'acheminer plus rapidement les produits périssables vers les consommateurs. Il est aussi important pour les fournisseurs de recueillir des données de clients et d'avoir une bonne connaissance de leurs attentes.

C'est donc tout à fait logiquement que le considérant 13 du nouveau règlement d'exemption (UE) 2022/720, a posé comme principe que « *l'échange d'informations entre un fournisseur et un acheteur peut contribuer aux effets favorables à la concurrence des accords verticaux* ». Sur ce fondement, le règlement d'exemption couvre donc les échanges d'informations des accords verticaux entre entreprises non concurrentes.

Mais la question est plus complexe s'agissant des échanges d'informations entre entreprises concurrentes dans le cadre d'un système de double distribution. Et, à cet égard, la lecture du règlement est quelque peu compliquée.

Dans un premier temps, le règlement dispose dans son article 2 § 4, alinéa 1, une règle de non-exemption des accords verticaux entre concurrents, qui s'applique à leurs échanges d'informations. Ce même article prévoit dès l'alinéa 2 une exception : les accords verticaux dans le cadre d'un système de double distribution bénéficient d'une exemption. Mais, dans un troisième temps, l'article 2, paragraphe 5, pose la règle finalement applicable aux échanges d'informations, à savoir que ces derniers ne peuvent bénéficier de l'exemption que :

- s'ils sont directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical, et
- s'ils sont nécessaires pour améliorer la production et la distribution des biens ou services contractuels.

Concrètement, le règlement exclut donc les échanges d'informations qui se situent hors de la relation purement verticale.

Cependant, l'article 2, paragraphe 5 laisse fournisseurs et acheteurs devant un certain flou juridique pour évaluer dans quelle mesure leurs échanges d'informations sont directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical ou nécessaire pour améliorer la production et la distribution des produits.

Aussi, devant les nombreuses remarques émises par les observateurs lors du processus d'adoption du nouveau règlement, la Commission, après avoir renoncé au seuil de 10 % dans la zone de sécurité, a introduit, dans la version finale des lignes directrices relatives aux accords verticaux, une section dédiée aux échanges d'informations dans le cadre de la distribution duale.

Ceci est particulièrement appréciable dans la mesure où les premiers projets de lignes directrices, soumis à observations des tiers intéressés, prévoyaient qu'entre 10 % et 30 % de parts de marché, les échanges d'informations devaient être évalués selon les règles applicables aux accords horizontaux. Outre le fait que le seuil de 10 % était, en pratique, inapplicable, les observateurs ont fait valoir que les échanges d'informations verticaux sont inhérents à un accord de distribution dont ils permettent le fonctionnement, qu'ils ne posent en principe aucun problème de concurrence sensible et qu'ils doivent donc être exemptés et certainement pas évalués au regard des lignes directrices sur les accords horizontaux.

C'est pourquoi les lignes directrices, accompagnant le nouveau règlement (UE) 2022/720, donnent, aux paragraphes 99 et 100, des exemples non exhaustifs d'échanges d'informations qui, selon les circonstances, bénéficient de l'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, dans un système de distribution duale. Le tableau ci-après reprend les illustrations fournies par la Commission dans ses lignes directrices.

(13) Danish Competition Authority, 24 juin 2020, Hugo Boss/Haufmann et Grisborg, Concurrences, E-Competitions, june 2020, art. n° 96297 note, A.Kmiecik, H. Gudmundsdottir, M.Gustafsson ; *Adde.* Danish Competition Appeals Tribunal, 24 juin 2021, Concurrences, E-Competitions, juin 2021, art. n° 101883.

Échanges d'informations exemptés	***Échanges d'informations non exemptés***
« Informations techniques relatives aux biens ou services contractuels, y compris les informations relatives à l'enregistrement, à la certification, à la manutention, à l'utilisation, à l'entretien, à la réparation, à la mise à niveau ou au recyclage des biens ou services contractuels, notamment lorsque ces informations sont nécessaires pour se conformer aux mesures réglementaires, et les informations qui permettent au fournisseur ou à l'acheteur d'adapter les biens ou services contractuels aux exigences du client.	*« Informations relatives aux prix futurs auxquels le fournisseur ou l'acheteur a l'intention de vendre les biens ou services contractuels en aval.*
Informations logistiques relatives à la production et à la distribution des biens ou services contractuels en amont ou en aval, y compris les informations relatives aux processus de production, à l'inventaire et aux stocks et, sous réserve du point (100), b), aux volumes de vente et aux retours.	*Informations relatives aux utilisateurs finals identifiés des biens ou services contractuels, sauf si l'échange de ces informations est nécessaire :* *(1) pour permettre au fournisseur ou à l'acheteur de satisfaire aux exigences d'un utilisateur final particulier, par exemple pour adapter les biens ou services contractuels aux exigences de l'utilisateur final, pour accorder à l'utilisateur final des conditions particulières, y compris dans le cadre d'un programme de fidélisation de la clientèle, ou pour fournir des services de prévente ou des services d'après-vente, y compris des services de garantie,* *(2) pour mettre en œuvre ou contrôler le respect d'un accord de distribution sélective ou d'un accord de distribution exclusive en vertu duquel des utilisateurs finals particuliers sont alloués au fournisseur ou à l'acheteur.*
Informations relatives aux achats par les clients des biens ou services contractuels, aux préférences des clients et au retour d'information des clients, pour autant que l'échange de ces informations ne soit pas utilisé pour restreindre le territoire sur lequel, ou les clients auxquels, l'acheteur peut vendre les biens ou services contractuels au sens de l'article 4, point b), c) ou d), du règlement (UE) 2022/720, sous réserve du point (100), b).	*Informations relatives aux biens vendus par un acheteur sous sa propre marque, échangées entre l'acheteur et un fabricant de produits de marque concurrente, à moins que le fabricant ne soit également le producteur de ces produits sous marque propre ».*
Informations relatives aux prix auxquels les biens ou services contractuels sont vendus par le fournisseur à l'acheteur.	
Informations relatives aux prix de vente conseillés du fournisseur ou aux prix de vente maximaux des biens ou services contractuels et des informations relatives aux prix auxquels l'acheteur revend les biens ou services, pour autant que l'échange de ces informations ne soit pas utilisé pour restreindre la capacité de l'acheteur à déterminer son prix de vente ou pour imposer un prix de vente fixe ou minimal au sens de l'article 4, point a), du règlement (UE) 2022/720, sous réserve du point (100), a).	
Informations relatives à la commercialisation des biens ou services contractuels, y compris les informations sur les campagnes de promotion et les informations sur les nouveaux biens ou services à fournir en vertu de l'accord vertical, sous réserve du point (100) et du point e) du présent point.	
Informations relatives à l'exécution du contrat, y compris les informations agrégées communiquées par le fournisseur à l'acheteur en ce qui concerne les activités de marketing et de vente d'autres acheteurs des biens ou services contractuels, pour autant que cela ne permette pas à l'acheteur d'identifier les activités de certains acheteurs concurrents, ainsi que des informations relatives au volume ou à la valeur des ventes des biens ou services contractuels réalisées par l'acheteur par rapport à ses ventes de biens ou services concurrents ».	

Les informations ci-dessus n'apportent cependant pas toutes les précisions et clarifications attendues. Elles sont, certes, éclairantes et apportent un peu plus de sécurité juridique aux acteurs économiques, mais la plupart de ces exemples sont soumis à des conditions restrictives, ce qui laisse encore place à une large marge d'interprétation.

Prenons l'exemple des « *informations relatives au prix auquel l'acheteur revend les biens ou services* ». Elles sont présentées comme exemptées sous réserve qu'elles ne permettent pas de fixer le prix de revente. Mais ces informations pourraient constituer en même temps des « *informations sur les prix futurs* » déclarés comme non exemptées. Il en est de même des informations sur les prix futurs qui ne sont pas exemptées et dont on peut se demander comment les articuler avec la possibilité de pratiquer des prix conseillés, qui eux sont exemptés.

Par ailleurs, la licéité de certains échanges d'informations peut varier en fonction du modèle de distribution. C'est le cas, selon les lignes directrices[14], des modèles de distribution suivants :

- accord de distribution exclusive, s'agissant des échanges d'informations concernant les territoires ou les groupes de clients attribués à l'acheteur / distributeur ;
- contrat de franchise, s'agissant des informations permettant l'application d'un modèle commercial uniforme dans l'ensemble du réseau de franchise ;
- système de distribution sélective, s'agissant des informations de la part des distributeurs concernant leurs activités pour vérifier leur conformité aux critères de sélection.

Enfin, dans le cadre d'une double distribution mise en place par des fournisseurs de services d'intermédiation en ligne, lorsque la plateforme assume une fonction hybride en agissant à la fois comme un fournisseur de services d'intermédiation et un vendeur concurrent, les échanges d'informations, ne peuvent pas être exemptés conformément à l'article 2, paragraphe 6.

In fine, les échanges d'informations qui ne relèvent pas du règlement d'exemption par catégorie doivent faire l'objet d'une appréciation individuelle au cas par cas au regard des 4 critères d'exemption individuelle.

Enfin, la Commission européenne indique que des mesures de précautions, telles qu'assurer un délai approprié entre la production de l'information et l'échange ou encore l'utilisation interne de *firewall* ou murailles de Chine, peuvent minimiser le risque que l'échange d'informations non exempté soulève des problèmes horizontaux[15]. Cette suggestion de mise en place *quasi* systématique de *firewall* peut laisser penser que désormais tout échange d'informations est suspect pour les autorités de concurrence. Cependant, en incitant à l'instauration de *firewalls* dans le cadre d'accords verticaux, la Commission européenne s'inscrit bien dans la mouvance actuelle d'incitation à l'introduction dans les entreprises de programmes de conformité[16]. Il appartient donc à chaque entreprise d'évaluer si des précautions sont nécessaires dans le cadre de leurs relations verticales et de les traduire dans un programme de conformité plus général.

Ainsi, dès lors qu'il y a une relation avec un concurrent mais que les informations échangées ne contribuent pas exclusivement à la relation verticale entre les partenaires, ces échanges relèvent de l'article 101, paragraphe 1, TFUE et ne seront pas exemptés en vertu du règlement d'exemption par catégorie des accords verticaux. Des mesures de précaution sont alors souhaitables.

Remarques conclusives

Ce traitement plus « fin » des situations de distribution duale est sans conteste l'une des innovations majeures du nouveau règlement (UE) 2022/720, dans un contexte de marché propice à leur développement. Il reste toutefois que si l'objectif d'ajustement de la « zone de sécurité » semble atteint, la mise en place d'un tel schéma appelle une vigilance accrue des entreprises non seulement au stade de la conclusion de leurs accords, mais également, de leur mise en œuvre. ■

(14) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 98.

(15) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 103.

(16) Nouveau document-cadre sur les programmes de conformité aux règles de concurrence publié par l'Autorité de la concurrence le 24 mai 2022.

RLC 4303

Le traitement des ventes en ligne

Les ventes en ligne ayant atteint un degré de maturité suffisant depuis 2010, le nouveau règlement (UE) 2022/720 introduit des assouplissements notables en faveur de leur restriction tout en encadrant de nouvelles pratiques jusqu'alors ignorées par les anciens textes.

Par Frédéric PUEL
Avocat associé, cabinet FIDAL

Nicolas GRANSARD
Avocat associé, cabinet FIDAL

Et Alexandre MARESCAUX
Avocat, cabinet FIDAL

Le 10 mai 2022, la Commission européenne a publié un règlement (UE) 2022/720[1] d'exemption par catégorie sur les accords verticaux et des lignes directrices afférentes[2], entrés en vigueur le 1er juin 2022. Ce nouveau règlement abroge et remplace le précédent règlement (UE) 330/ 2010 arrivant à expiration le 31 mai 2022[3] . Ces textes qui encadrent les relations verticales de distribution en excluant – à certaines conditions – de l'interdiction des ententes la plupart des accords verticaux entre entreprises situées à différents niveaux de la chaîne commerciale, sont donc essentiels dans les relations fournisseur/distributeur[4].

Depuis l'adoption du précédent règlement en 2010, la vente en ligne a considérablement progressé, au point que celle-ci vient désormais concurrencer efficacement la distribution au sein des points de vente physiques. Les canaux de distribution en ligne se sont également diversifiés, les places de marché en ligne jouant un rôle de plus en plus important dans la distribution des biens et services.

Dans ce contexte, les réseaux de distribution, contrats et pratiques commerciales ont évolué afin de tenir compte de ce nouveau canal de distribution qui dynamise la concurrence inter marque et intra-marque en réduisant les coûts de transaction, en élargissant considérablement les zones de chalandise et en facilitant la comparaison des prix et des produits. Certains acteurs de la chaîne de distribution ont parfois été tentés de restreindre l'usage de ce canal, directement ou plus indirectement à travers des restrictions excluant ou limitant de fait les possibilités de vendre en ligne. D'autres ont élaboré de nouvelles pratiques, parfois difficiles à classer parmi les catégories classiques de l'économie traditionnelle.

Confrontée aux insuffisances en la matière du précédent règlement et aux problématiques soulevées, la jurisprudence a dû préciser et adapter les règles en la matière. C'est ainsi que furent adoptés notamment les célèbres arrêts Fabre[5] sur les restrictions aux ventes en ligne ou Coty[6] sur l'utilisation des places de marché en ligne.

La Commission n'a pas pu ignorer ce phénomène. La vente en ligne figure au cœur des dispositions adoptées le 10 mai 2022 et a fait l'objet d'âpres débats, en amont, lors de la préparation des textes et la consultation des parties prenantes. Le règlement (UE) 2022/720 et les lignes directrices afférentes introduisent ainsi plusieurs grandes nouveautés, parfois à contre-courant de positions jusqu'alors bien établies. Certaines ont déjà été traitées en détail dans les pages de ce dossier, en particulier la problématique

(1) Règl. (UE) 2022/720, 10 mai 2022, 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, JOUE 15 mai 2022, n° L 134.

(2) Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE 30 juin 2022, n° C 248.

(3) Règl. (UE) n° 330/2010, 20 avr. 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, JOUE 23 avr. 2010, n° L 102.

(4) Pour une présentation générale du nouveau texte et des conditions d'exemption, v. *supra*, A.-C. Martin et Ph. Vanni, « Vue d'ensemble du règlement et des lignes directrices révisées : un cadre plus clair pour une autoévaluation plus sûre ? », RLC 2022/119, n° 4301.

(5) CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, ECLI:EU:C:2011:649

(6) CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, Coty Germany, ECLI:EU:C:2017:941

de la distribution duale[7], qui a connu un véritable essor du fait de la plus grande facilité pour les fournisseurs, grâce à la vente en ligne, de distribuer leurs produits directement auprès des consommateurs finals.

Cette réforme crée pour les acteurs économiques agissants ou susceptibles d'opérer en ligne un besoin de mise en conformité aux nouvelles règles. Mais plus encore, ces nouvelles règles peuvent être à l'origine d'opportunités et de développement pour les opérateurs du commerce, qui ont la possibilité de rendre leurs réseaux plus efficaces et compétitifs grâce à de nouvelles possibilités et pratiques adaptées à leurs besoins.

On constate en effet un assouplissement général des règles en matière de ventes en ligne, à propos desquelles la Commission a jugé qu'elles ne méritaient plus la protection renforcée qui leur était octroyée (I). Par ailleurs, des pratiques jusqu'alors ignorées par les précédents textes sont désormais directement traitées, afin de permettre leur développement dans un cadre défini (II).

I. – Un assouplissement général des règles en matière de vente en ligne

L'article 4, point e), du règlement (UE) 2022/720 traite désormais en tant que restriction caractérisée le fait d'empêcher l'utilisation effective de l'internet par l'acheteur pour la vente des biens ou services contractuels. Si cela n'était pas explicite sous l'empire du précédent règlement (UE) n° 330/2010, il avait toutefois été clairement énoncé par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et la jurisprudence que de telles restrictions avaient pour effet de restreindre les ventes passives et devaient donc être traitées comme des restrictions caractérisées. La consécration d'un certain nombre de principes énoncés par la pratique décisionnelle et la jurisprudence de ces douze dernières années est incontestablement l'un des mérites de ces nouveaux textes (A).

Toutefois, le plus intéressant n'est pas tant cette consécration, par la première partie de l'article 4 point e) du règlement (UE) 2022/720, que la seconde partie de cet article 4 qui énonce que cette restriction caractérisée est établie « *sans préjudice de la possibilité d'imposer à l'acheteur: (i) d'autres restrictions des ventes en ligne; ou ii) des restrictions de la publicité en ligne qui n'ont pas pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de publicité en ligne* ». On comprend que seule l'interdiction absolue de la vente en ligne en tant que canal de vente, directement ou indirectement, est une restriction caractérisée. En revanche, des limitations à l'usage de ce canal, pour autant qu'elles puissent être justifiées et demeurent proportionnées, peuvent être admises. Il s'agit là d'un tournant dans la philosophie qui avait alors cours à la Commission européenne, jusqu'alors très protectrice de la vente en ligne (B).

(7) V. *supra* Marie Koehler de Montblanc et Laurent François-Martin, « La distribution duale », RLC 2022/119, n° 4302.

A. – Des éclaircissements bienvenus

Les nouveaux textes apportent plusieurs éclairages utiles sur la manière d'interpréter les règles en matière de vente en ligne. Ces éclairages ont pour principaux bénéfices de renforcer la sécurité juridique nécessaire dans les relations fournisseurs/distributeurs et d'accroître la lisibilité des textes en consacrant la jurisprudence de la Cour de justice venue interpréter les règles établies par le précédent règlement.

Tout d'abord, les nouveaux textes précisent les définitions des ventes actives et passives, désormais définies directement dans le règlement (UE) 2022/720 et plus seulement dans ses lignes directrices, afin de mieux distinguer ces notions en matière de vente en ligne. Pour mémoire, une vente active consiste dans le ciblage actif des clients, quand une vente passive fait suite à une demande spontanée de clients individuels. Ces notions sont primordiales en matière de ventes en ligne, les restrictions à la vente en ligne étant généralement perçues comme des restrictions des ventes passives, plus difficilement acceptées que les restrictions des ventes actives.

La Commission précise ainsi, en matière de ventes en ligne, que les ventes actives consistent dans le ciblage actif de clients, notamment à travers « *les médias en ligne, les services de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients sur des territoires spécifiques ou appartenant à des groupes de clients spécifiques, l'exploitation d'un site internet dont le domaine de premier niveau correspond à des territoires spécifiques, ou le fait de proposer sur un site internet des langues communément utilisées sur des territoires spécifiques, lorsque ces langues sont différentes de celles communément utilisées sur le territoire sur lequel l'acheteur est établi* »[8]. Les lignes directrices viennent compléter ces définitions[9], par exemple sur la distinction entre vente active et passive dans l'utilisation de la publicité en ligne. Ces précisions sont particulièrement utiles pour catégoriser les restrictions et appliquer le régime adéquat.

Par ailleurs, les solutions de plusieurs grands arrêts de la Cour de justice sont consacrées. Conformément à l'arrêt Pierre Fabre du 13 octobre 2011[10], la Commission énonce qu'un accord vertical contenant une ou plusieurs restrictions des ventes en ligne ou de la publicité en ligne qui interdisent *de facto* à l'acheteur d'utiliser l'internet pour vendre les biens ou services contractuels a pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals[11].

(8) Article 1 paragraphe 1, point l), du règlement (UE) 2022/720.

(9) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », §§ 206 et s.

(10) CJUE, 13 oct. 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, précit.

(11) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 203.

L'arrêt Coty du 6 décembre 2017[12], qui fut tant discuté et même contesté, est également mis à l'honneur, la Commission entérinant le principe selon lequel il peut être proportionné pour un fournisseur d'interdire à ses distributeurs d'utiliser des places de marché en ligne, pour autant que cela n'empêche pas indirectement l'utilisation effective de l'internet dès lors que d'autres canaux de vente en ligne restent à la disposition de l'acheteur[13].

B. – Des assouplissements notables en faveur des restrictions aux ventes en ligne

La Commission ne s'est pas contentée de légiférer à droit constant, mais a aussi fait évoluer les règles en assouplissant celles-ci en matière de vente en ligne. En effet, la Commission ayant considéré que la vente en ligne était désormais suffisamment développée et ne méritait plus une protection renforcée, celle-ci a jugé utile de lever certaines règles très protectrices à son égard.

Cette prise en considération se traduit premièrement par l'abandon du principe d'équivalence en matière de distribution sélective. Ce principe consistait à exiger des fournisseurs qu'ils imposent à leurs distributeurs sélectifs des critères « équivalents » pour les ventes en ligne et les ventes physiques, afin d'éviter que les critères de sélectivité ne servent de prétexte à l'interdiction, de fait, des ventes en ligne. Cette règle étant désormais abandonnée[14], les fournisseurs jouissent d'une plus grande liberté dans la définition de leurs réseaux de distribution sélective, à condition de veiller à ne pas adopter de critères empêchant l'utilisation effective de l'internet par leurs distributeurs. Cet assouplissement s'inscrit, par ailleurs, dans un mouvement plus large de renforcement des moyens mis à disposition des têtes de réseaux pour la protection des réseaux comme, par exemple, la distribution partagée ou le *passing-on* des restrictions sur les sous-distributeurs[15].

La fin du principe d'équivalence s'accompagne par ailleurs d'opportunités de restrictions plus larges pour la vente en ligne, au-delà de la distribution sélective.

Comme cela a été mentionné plus haut, la Commission consacre la jurisprudence selon laquelle les fournisseurs peuvent restreindre l'utilisation des places de marché en ligne, à condition que l'acheteur reste en mesure de vendre les biens ou services par l'intermédiaire de sa propre boutique en ligne ou par d'autres canaux de vente en ligne. Les nouvelles lignes directrices apportent à ce titre de précieuses précisions, en indiquant notamment les circonstances dans lesquelles une telle restriction peut être envisagée : protection de l'image de marque, lutte contre la vente de produits contrefaits, garantir des services de prévente et après-vente appropriés, ou encore veiller au maintien d'une relation directe de l'acheteur avec les clients[16]. On notera également qu'une interdiction générale des places de marché en ligne n'est pas toujours nécessaire, par exemple lorsque certaines plateformes offrent des garanties qualitatives satisfaisantes pour la distribution des produits.

Les nouveaux textes exemptent également les restrictions portant sur la publicité en ligne lorsque celles-ci portent par exemple sur des exigences de qualité, à condition toutefois qu'elles n'aient pas pour objet d'empêcher entièrement l'utilisation d'un canal de vente en ligne. La Commission traite, à ce titre, d'un service de publicité en ligne que sont les services de comparaison, dont il est admis que l'utilisation peut être restreinte lorsque ceux-ci portent atteinte à l'image de marque du produit. Des exigences qualitatives peuvent alors être imposées comme, par exemple, celle que le service de comparaison ne se fonde pas seulement sur les prix, mais également sur des critères qualitatifs (qualité des biens et services, niveau de service à la clientèle, etc.)[17].

En tout état de cause, une appréciation *in concreto* doit primer pour apprécier la proportionnalité de ce type de restriction. À ce titre, le contexte de marché est très important, la Commission énonçant qu'il faut prendre en considération un éventuel effet cumulatif des restrictions pour apprécier la validité d'une restriction.

II. – L'encadrement par la Commission de nouvelles pratiques

Au-delà de cet assouplissement général en faveur d'une plus grande liberté dans la détermination des restrictions aux ventes en ligne, la Commission a voulu encadrer de nouvelles pratiques liées à la vente en ligne, qui étaient jusqu'alors ignorées par les textes. Cet encadrement plus spécifique de certaines pratiques par les nouveaux textes est bienvenu, car il contribue à une meilleure appréhension des exemptions dans le secteur des ventes en ligne, en évitant les cas de « faux positifs » et de « faux négatifs »[18]. Seront évoquées ci-après la pratique des clauses de parité (A) et des prix duaux (B).

(12) CJUE, 6 déc. 2017, Coty Germany, précit.

(13) La Commission précise à cet égard : « *en particulier (…) l'acheteur peut malgré tout vendre les biens ou services contractuels par l'intermédiaire de sa propre boutique en ligne, y compris sur des plateformes tierces, pour accroître la visibilité de sa boutique en ligne ou d'autres canaux de vente qu'il utilise* » : Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 336.

(14) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 235.

(15) V. *supra* A.-C. Martin et Ph. Vanni, précit.

(16) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 342.

(17) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », §§343 et s.

(18) V. *supra* A.-C. Martin et Ph. Vanni, précit.

A. – Le nouvel encadrement des clauses de parité inter-plateformes

Les clauses de parité obligent un contractant à offrir à son partenaire les mêmes conditions ou des conditions meilleures que celles qu'il propose à d'autres partenaires. Cette obligation peut porter sur les prix, les stocks, disponibilité, ou plus généralement sur toute autre condition commerciale. Les clauses de parité peuvent s'imposer aux fournisseurs vis-à-vis des conditions auxquelles sont fournis les produits, ou aux acheteurs vis-à-vis des conditions auxquelles sont achetés les produits. Encore, les clauses de parité sont parfois expresses, parfois plus indirectes, par exemple en offrant de meilleures conditions à un partenaire respectant la parité.

En pratique, les clauses de parité sont beaucoup utilisées dans le secteur de l'hôtellerie, dans lequel les hôteliers se voient imposer par des plateformes de réservation puissantes que les prix pratiqués sur ladite plateforme ne soient pas supérieurs aux prix pratiqués sur le site de l'hôtelier (parité restreinte), voire sur tout autre canal, notamment les plateformes concurrentes (parité élargie). Dans le premier cas de figure, les clauses de parité élargies ont le bénéfice d'empêcher les vendeurs d'utiliser les plateformes comme de simples vitrines permettant de rediriger les utilisateurs finals vers leurs propres boutiques. Dans le second cas, en revanche, la restriction de concurrence est plus importante puisque l'obligation de parité anéantit toute incitation à concéder de meilleures conditions à des plateformes concurrentes.

En dépit de ces problématiques concurrentielles, ces clauses n'étaient pas traitées par l'ancien règlement et étaient donc, du point de vue du droit européen, stipulées de manière relativement libre dès lors que les parties à l'accord détenaient une part de marché inférieure à 30 % et lorsque ces clauses n'étaient pas contrôlées par le truchement de l'abus de position dominante. L'utilisation de ces clauses était toutefois restreinte en France par les dispositions du code de commerce, en particulier les articles L. 442-1 et L. 442-3, qui permettent d'appréhender ce type d'obligation indépendamment du pouvoir de marché des parties.

Consciente des difficultés posées par ce type de pratique, spécialement dans les relations inter-plateformes, la Commission a encadré ces obligations à l'article 5, paragraphe 1, point d) du nouveau règlement : les clauses de parité sont admises par principe, à l'exception de celles interdisant aux utilisateurs des plateformes d'intermédiation de vendre leurs biens ou services aux utilisateurs finals à des conditions plus favorables par le biais de services d'intermédiation en ligne concurrents (parité élargie). Dans ce cas de figure, la clause de parité perd le bénéfice de l'exemption par catégorie, ce qui devrait dynamiser la concurrence entre places de marché. Dans tous les autres cas de figure, en revanche, le bénéfice de l'exemption demeure (parité restreinte, parité en dehors des services d'intermédiation en ligne, etc.), dans les limites de l'interdiction de l'abus de position dominante et des dispositions particulières du droit français.

B. – L'ouverture pour les prix duaux

La pratique des prix duaux consiste, pour un fournisseur, à appliquer à un même distributeur des prix de gros différenciés selon que les produits sont destinés à la vente en ligne ou en boutique.

Jusqu'alors, ce type de pratique était perçu comme une restriction caractérisée ayant pour effet d'entraver le développement du commerce en ligne, et donc les ventes passives. Or, dans certains cas de figure, une telle pratique peut se justifier par des niveaux d'investissement inégaux, les points de vente physiques requérant en général des investissements plus importants. Des prix de gros minorés permettent alors de compenser la différence de compétitivité avec la vente en ligne et de financer les investissements nécessaires à la vente en boutique.

Dans son mouvement d'assouplissement des règles en matière de vente en ligne, la Commission a ouvert la porte à cette pratique : selon les lignes directrices de la Commission, le système de double prix peut bénéficier d'une exemption à condition que le prix de gros différencié tienne compte du niveau « approprié » d'investissements ou du niveau de coût effectif et toujours à condition que la pratique n'ait pas pour objet de restreindre les ventes en ligne[19].

D'un point de vue pratique, cette ouverture pose toutefois beaucoup de questions sur les modalités concrètes de mise en œuvre de ce double prix dans le respect des règles de concurrence. Compte tenu du manque de précisions des lignes directrices, et faute de pratique décisionnelle établie, la détermination du montant de la contrepartie « appropriée » devra ainsi être particulièrement précautionneuse pour éviter toute surcompensation. L'enjeu sera de savoir où placer le curseur, sachant que plusieurs approches pourraient être envisagées afin de déterminer le niveau d'investissement à compenser.

Les modalités de mise en œuvre opérationnelle devront être aussi réfléchies : des prix différenciés devraient pouvoir être envisagés lorsque les produits font l'objet de flux physiques distincts, sinon des avantages différés (RFA, coopération commerciale, etc.) seront probablement l'outil tarifaire approprié.

Les têtes de réseaux devront également veiller à prévenir tout effet collatéral dans la mise en œuvre de leurs systèmes de double prix, qui exigeront nécessairement la surveillance des prix de revente par les fournisseurs, sans que cette surveillance ne mène à un contrôle des prix, sanctionné au titre de l'interdiction de l'imposition des prix de revente. Or, tout laisse à croire que ces systèmes créeront certaines frictions, et généreront donc des plaintes déposées devant les autorités de contrôle qui pourraient être à l'origine d'une augmentation des contrôles. ■

(19) Communication de la Commission C(2022) 4238 « Lignes directrices sur les restrictions verticales », § 209.