

FOCUS

NOUVEAU REGLEMENT D'EXEMPTION VERTICALE – QUELS APPORTS ?

Le 1^{er} juin 2022, le nouveau règlement d'exemption relatif aux accords verticaux¹ est entré en vigueur en lieu et place du règlement n°330/2010 arrivé à expiration.

L'adoption de ce nouveau règlement d'exemption (ci-après le « **Règlement** ») a également été accompagnée d'une révision, par la Commission européenne, de ses lignes directrices sur les restrictions verticales².

RAPPEL DU CONTEXTE

Un accord vertical est un accord conclu entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune 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.

S'ils peuvent sembler moins sensibles que des accords « horizontaux » entre concurrents, les accords verticaux demeurent susceptibles de contenir des dispositions qui, par leur objet ou leur effet, portent atteinte à l'article 101§1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (« TFUE ») prohibant les ententes anticoncurrentielles. Tel serait par exemple le cas d'un accord par lequel un fournisseur imposerait un prix de revente à ses distributeurs, les privant alors de la possibilité de se concurrencer.

Le Règlement d'exemption est une grille de lecture qui permet aux parties à un accord vertical de bénéficier d'une sécurité juridique dans l'organisation de leur circuit d'approvisionnement et de distribution.

Le Règlement détermine ainsi les conditions qui doivent être réunies pour qu'un accord vertical soit présumé conforme au droit de la concurrence. A contrario, le Règlement identifie des restrictions dites « caractérisées » qui font perdre le bénéfice de l'exemption et qui, sous réserve d'un contexte concurrentiel atypique et d'une auto-évaluation démontrant des effets pro-concurrentiels, rendront dans la majorité des cas l'accord illicite.

APPORTS DU REGLEMENT

❖ **Clauses de parité**

L'obligation de parité est celle aux termes de laquelle un vendeur est obligé d'offrir ses biens ou services à son cocontractant à des conditions contractuelles au moins identiques ou plus favorables à celles offertes sur tout autre canal de vente ou sur les canaux de vente directe du vendeur.

Le règlement n°330/2010 permettait à toutes les clauses de parité de bénéficier d'une exemption sous réserve d'une part de marché des parties inférieures à 30%. Désormais, le bénéfice de l'exemption a été retiré à toute obligation directe ou indirecte imposant une clause de parité de vente au détail entre des services d'intermédiation en ligne concurrents³.

¹ Règlement (UE) 2022/720 de la Commission du 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

² Lignes directrices sur les restrictions verticales (2022/C 248/01) du 10 mai 2022

³ Article 5§1 d) du Règlement

La licéité d'une telle clause ne pourra donc résulter que d'une auto-évaluation au regard de l'article 101§3 du TFUE. A ce titre, la Commission admet qu'une obligation de parité pour la vente au détail puisse être, sous réserve d'une analyse circonstanciée et détaillée, justifiée par la volonté de répondre à un problème de parasitisme⁴.

❖ **Ventes actives et passives**

La notion de « **vente active** » renvoie aux démarches réalisées par un vendeur pour parvenir à la vente de ses biens ou service et notamment le ciblage actif de clients par des visites, des lettres, des courriers électroniques, des appels ou par le biais de publicité et de promotion ciblées, 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, 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.

Par opposition, les « **ventes passives** » désignent les ventes faisant suite à des demandes spontanées de clients individuels, y compris la livraison de biens ou de services au client sans que la vente ait été initiée par le ciblage actif du client, du groupe de clients ou du territoire spécifiques, et incluant des ventes résultant de la participation à des marchés publics ou répondant à des procédures de passation de marchés privés

Sur ce sujet, le Règlement vient apporter certaines évolutions en autorisant désormais :

Le Règlement introduit la notion d'exclusivité partagée qui permet à un fournisseur (i) de concéder jusqu'à cinq revendeur un territoire ou un groupe de clients exclusif et (ii) de restreindre la possibilité de tous ses autres acheteurs de vendre activement sur ce territoire ou à ce groupe de clients.

- la restriction des ventes actives du distributeur exclusif (ou, le cas échéant, des membres du système de distribution sélective) et de ses clients directs sur un territoire ou à un groupe de clients que le fournisseur s'est réservés ou qu'il a alloués à titre exclusif à un nombre maximal de cinq autres distributeurs exclusifs ;
- la restriction des ventes actives ou passives du distributeur exclusif (ou, le cas échéant, des membres du système de distribution sélective) et de ses clients à des distributeurs non agréés situés sur un territoire sur lequel le fournisseur opère un système de distribution sélective pour les biens ou services contractuels ;
- la restriction du lieu d'établissement du distributeur exclusif ou des membres du système de distribution sélective ;
- la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par un distributeur exclusif (ou, le cas échéant, par les membres du système de distribution sélective) agissant en tant que grossiste sur le marché ;

⁴ Par exemple, le prestataire peut ne pas être incité à investir dans le développement de sa plateforme, dans des services de prévente ou dans une promotion améliorant la demande si les avantages de tels investissements pour ce qui est de l'augmentation des ventes profitent à des plateformes ou à des canaux de vente directe concurrents capables d'offrir les mêmes biens ou services à des conditions plus favorables.

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

❖ Ventes en ligne

Le Règlement exempte les restrictions du fournisseur imposant à l'acheteur des exigences relatives à la manière dont les biens ou services contractuels doivent être vendus en ligne. Les restrictions liées à l'utilisation de canaux de vente en ligne spécifiques, tels que les places de marché en ligne, ou l'imposition de normes de qualité pour les ventes en ligne peuvent généralement bénéficier de l'exemption prévue par le Règlement, quel que soit le type de système de distribution utilisé, à condition qu'elles n'aient pas pour objet indirect d'empêcher l'utilisation effective d'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique.

Les restrictions des ventes en ligne n'ont généralement pas un tel objet lorsque l'acheteur reste libre d'exploiter sa propre boutique en ligne et de faire de la publicité en ligne. Dans de tels cas, l'acheteur ne se voit pas empêché de faire un usage effectif d'internet pour vendre les biens ou services contractuels.

La Commission européenne donne plusieurs exemples d'exigences relatives aux ventes en ligne, qui peuvent bénéficier de l'exemption prévue par le Règlement :

- a) les exigences visant à garantir la qualité ou un aspect particulier de la boutique en ligne de l'acheteur ;
- b) les exigences relatives à la présentation des biens ou services contractuels dans la boutique en ligne (nombre minimal d'articles affichés, manière dont les marques ou les noms commerciaux du fournisseur sont affichés) ;
- c) une interdiction directe ou indirecte sur l'utilisation des places de marché en ligne ;
- d) une exigence faite à l'acheteur d'exploiter un ou plusieurs points de vente physiques ou surfaces d'exposition, par exemple comme condition pour devenir membre du système de distribution sélective du fournisseur ;
- e) une exigence faite à l'acheteur de vendre hors ligne un montant minimum absolu des biens ou services contractuels (en valeur ou en volume, mais pas en proportion de ses ventes totales) afin d'assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique⁵.

⁵ Cette exigence peut être la même pour tous les acheteurs, ou elle peut être fixée à un niveau différent pour chaque acheteur, sur la base de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur par rapport aux autres acheteurs ou sa situation géographique.

Le système de « **double prix** », c'est-à-dire l'exigence faite à l'acheteur de payer un prix de gros différent selon que les produits sont vendus en ligne ou hors ligne peut également bénéficier de l'exemption pour autant qu'il n'ait pas pour objet de restreindre les ventes à des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique, comme le prévoit l'article 4 du Règlement. Ce bénéfice s'appliquera notamment aux doubles prix qui encouragent ou récompensent un niveau approprié d'investissements dans les canaux de vente en ligne ou hors ligne.

Le Règlement prévoit la possibilité de prévoir des prix différents selon que l'acheteur vendra les produits en ligne ou hors ligne. Cette possibilité reste cependant encadrée pour limiter les abus.

Attention toutefois aux excès car lorsque la différence du prix de gros a pour objet d'empêcher l'utilisation effective d'internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur des territoires spécifiques ou à une clientèle spécifique, il s'agit d'une restriction caractérisée. Il est ainsi fortement recommandé de prévoir des différences de prix qui soient justifiées par les investissements ou les coûts spécifiques liés à ces types de distribution.

❖ Double distribution

La double distribution (aussi qualifiée de « **distribution duale** ») est un système dans lequel un fournisseur commercialise ses produits ou ses services directement auprès des clients finaux mais aussi par le biais de distributeurs indépendants. La particularité de ce schéma réside dans le fait que le fournisseur est aussi un concurrent direct de ses distributeurs indépendants.

La distribution duale est exclue du bénéfice de l'exemption⁶ lorsque les échanges d'informations qui en résulte « *soit ne sont pas directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical soit ne sont pas nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels* » ou lorsqu'ils ne remplissent aucune de ces deux conditions.

A ce titre, les lignes directrices précisent que la notion d'échange d'informations doit comprendre toute communication d'informations par une partie à l'accord vertical à l'autre partie, indépendamment des caractéristiques de l'échange, par exemple que les informations soient communiquées par une seule partie ou par les deux parties, ou que les informations soient échangées par écrit ou oralement. Il est également indifférent que la forme et le contenu de l'échange d'informations soient expressément convenus dans l'accord vertical ou que cet échange ait lieu de façon informelle, y compris, par exemple, lorsqu'une partie à l'accord vertical communique des informations sans que l'autre partie en fasse la demande.

La Commission européenne fournit plusieurs exemples d'informations⁷ susceptibles, ou non, de remplir les conditions précitées.

Exemples d'informations exemptées : Informations techniques, logistiques, relatives aux achats des clients finals, sur les prix de vente du fournisseur, sur les prix maximums recommandés, etc.

Exemples d'informations exclues de l'exemption : Informations sur les prix futurs que les parties envisagent d'appliquer, sur les biens vendus par l'acheteur sous sa marque propre échangées entre cet acheteur et un fabricant de produits d'une marque concurrente, etc.

⁶ Article 2.5 du Règlement

⁷ Paragraphes 99 et 100 des lignes directrices révisées

❖ Plateformes d'intermédiation en ligne

Le Règlement vise désormais expressément les plateformes en ligne et prend acte de leur spécificité dans le cadre de la distribution de produits ou de services.

Une plateforme d'intermédiation en ligne est assimilée à un fournisseur. Elle est donc soumise aux mêmes règles que ces derniers.

Les services d'intermédiation en ligne sont définis par le Règlement comme les activités en ligne « *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* »⁸.

A titre d'exemple, la Commission exclut les plateformes d'intermédiation en ligne du bénéfice de l'exemption lorsque celle-ci mettent en place une distribution duale. En effet, la Commission note qu'une telle fonction hybride peut permettre à la plateforme d'être en mesure d'influencer l'issue du processus concurrentiel sur le marché en cause de la vente des biens ou services objet de l'intermédiation et d'avoir un intérêt à le faire.

Plus généralement, le Règlement précise que toute plateforme d'intermédiation en ligne doit être considérée comme un fournisseur. L'analyse de la licéité des accords conclus par les plateformes d'intermédiation en ligne doit ainsi nécessairement prendre en compte les éventuelles restrictions caractérisées qu'ils pourraient contenir (restrictions sur les prix, territoires, clients, etc.).

⁸ Article 1.1. e) du Règlement