

**LE NOUVEAU REGLEMENT
D'EXEMPTION APPLICABLE AUX
RESTRICTIONS VERTICALES**



INTRODUCTION

- Le nouveau règlement d'exemption applicable aux restrictions verticales et ses lignes directrices ont été adoptés le 10 mai 2022 pour une entrée en vigueur au 1^{er} juin 2022.
- Le règlement et ses lignes directrices succèdent au règlement (UE) n° 330/2010 qui expirait le 31 mai 2022.

INTRODUCTION

Champ d'application temporel

- Le nouveau règlement d'exemption et ses lignes directrices s'appliquent aux accords verticaux conclus postérieurement au 1^{er} juin 2022.
- Pour les accords conclus antérieurement au 1^{er} juin 2022, le règlement prévoit une période transitoire d'un an, jusqu'au 31 mai 2023.

 **Ces accords continueront donc de bénéficier de l'exemption prévue par l'ancien règlement 330/2010 jusqu'au 31 mai 2023.**

INTRODUCTION

Ce qui ne change pas avec l'adoption des nouveaux textes

- **Les principes de base de l'exemption par catégorie ne changent pas :**
 - Présomption de comptabilité des accords verticaux avec le droit de la concurrence si les PDM du fournisseur et du distributeur sont respectivement inférieures à **30 %** (la PDM du distributeur est toujours calculée sur le marché amont de l'approvisionnement).
 - Exemption inapplicable en cas de restrictions caractérisées (ex : prix de vente imposés, restriction des ventes passives, etc.)

INTRODUCTION

Ce qui ne change pas avec l'adoption des nouveaux textes

- **Vigilance accrue en matière de prix imposés :**
 - Les pratiques de RPM constituent toujours une restriction caractérisée supprimant le bénéfice de l'exemption par catégorie (art. 4, a).
 - Rappel des principes aux para. 185 s. des LD. Les prix de revente conseillés ou maximums demeurent autorisés.

L'Autorité de la concurrence est très vigilante en matière de RPM : nombreuses décisions rendues ces dernières années + standard de preuve abaissé (triple test → démonstration en deux étapes).

INTRODUCTION – Ce qui change mais ne concerne que peu, ou pas le secteur automobile

- **Introduction de la faculté d'une distribution exclusive partagée** : il est désormais possible d'allouer un territoire ou une clientèle exclusivement au fournisseur, à un acheteur ou à un nombre restreint d'acheteurs limités à cinq (article 1, para. 1, point h).
- **Restriction de la possibilité d'exemption des clauses de parité** : L'exemption par catégorie ne s'applique pas aux obligations directes ou indirectes interdisant à un acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir, de vendre, ou de revendre des biens ou de services à des utilisateurs finals à des conditions plus favorables par le biais de services d'intermédiation en ligne concurrents (article 5, para. 1, point d).
- Faculté d'obligation de non-concurrence contractuelle de cinq ans renouvelable si liberté de sortie du distributeur.
- Sur la protection respective, en cas de cumul de systèmes, des réseaux de distribution sélective contre les ventes à des revendeurs hors réseau par les distributeurs exclusifs/libres et des réseaux exclusifs contre les ventes actives des distributeurs sélectifs/libres.

Les principaux impacts de la révision du règlement restrictions verticales sur le secteur automobile

1. Sur la distribution duale
2. Sur le régime des agents
3. Sur le système de distribution sélective
4. Sur les accords relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne
5. Sur les ventes en ligne
6. Sur les prix imposés

1. La distribution duale

- La distribution duale consiste pour un fournisseur à vendre ses produits ou **services à la fois à des distributeurs et directement aux clients finaux par ses magasins, ses filiales ou son site internet.**
- Auparavant, le règlement 330/2010 prévoyait une exemption générale pour les restrictions de concurrence rencontrées dans une situation de distribution duale (pourvu que les conditions de PDM et d'absence de restriction caractérisée soient remplies).
- Ce principe général d'exemption est atténué dans le nouveau règlement (suspicion de la Commission s'agissant des échanges d'informations).
- Le projet initial était très strict et inapplicable (double seuil de 10 et 30 % ; absence de restrictions par objet ; perte de l'exemption en cas de recours à une plateforme hybride).

Désormais :

- Exemption de la distribution duale jusqu'à 30 % de parts de marché.
- Exemption des échanges d'informations entre les parties, sauf les échanges d'informations qui (article 4, para. 5) :
 - Soit ne sont **pas directement liés** à la mise en œuvre de l'accord vertical ;
 - Soit qui ne sont **pas nécessaires à l'amélioration de la production ou de la distribution des produits** ou services contractuels par les parties;
 - Soit **ne remplissent aucune de ces deux conditions**.
- Ces conditions devraient être alternatives. Pour autant, la Commission opère actuellement une interprétation *contra legem* du texte (conditions cumulatives selon elle).

La Commission fournit une liste non-exhaustive d'exemples d'informations échangées qui rempliraient ou ne rempliraient pas a priori ces conditions :

Informations qui rempliraient ces conditions	Informations qui ne rempliraient pas ces conditions
- Informations techniques sur les produits ou services contractuels ; - Informations logistiques pour la production ou la distribution ; - Informations relatives au marketing (ex: sur les campagnes promotionnelles) ; - Informations relatives aux clients des produits ou services contractuels (sous certaines conditions) ; - Informations sur les prix conseillés ou les prix maximum de vente au détail (sous certaines conditions) ; - Etc.	- Informations sur les prix futurs de revente au détail appliqués par l'acheteur ou le fournisseur ; - Information relative à des utilisateurs finaux identifiés (sauf sous certaines conditions) ; - Etc.

Comment sont appréciés les échanges d'informations ?

- En pratique, le respect des conditions prévues à l'article 4, para. 5 du nouveau règlement devra systématiquement être apprécié ***in concreto***.
- L'appréciation des informations jugées nécessaires pour la mise en œuvre de l'accord vertical et/ou pour l'amélioration de la production ou de la distribution des produits contractuels **peut dépendre du mode de distribution en cause**

« Dans un système de distribution sélective, il peut être nécessaire que le distributeur partage avec le fournisseur des informations relatives à la **conformité du distributeur aux critères de sélection** et aux **restrictions éventuelles sur les ventes à des distributeurs non agréés** » (LD, para. 98).

Quelle appréciation des informations ne remplissant pas les conditions pour l'exemption ?

- Les échanges d'informations ne remplissant pas les conditions de l'exemption par catégorie seront appréciés conformément à l'article 101, para. 1 TFUE et à l'aune des LD sur les restrictions horizontales.
- Les entreprises peuvent **mettre en place certaines précautions** pour limiter ces échanges d'informations (informations sous une forme agrégée, délai approprié entre la génération de l'information et l'échange, mise en place de murailles de Chine).



La seule mise en place de ces précautions ne permettra pas de faire bénéficier de l'exemption par catégorie un échange qui ne remplit pas les conditions de l'article 4, para. 5.

2. Le régime des agents

Rappel sur la notion d'agent au sens du droit de la concurrence

Distinction entre les « genuine » agents et les « non-genuine » agents.

L'accord conclu avec un agent « genuine » ne sera pas soumis aux dispositions de l'article 101, para. 1 TFUE.

Il peut donc contenir des restrictions caractérisées (ex : imposition d'un prix de vente au détail).

≠

L'accord conclu avec un agent non « genuine » sera soumis aux dispositions de l'article 101, para. 1 TFUE.

Il ne doit pas contenir de restriction de concurrence caractérisée pour pouvoir bénéficier de l'exemption par catégorie.

L'agent « **genuine** » ne doit pas supporter **trois types de risques** (LD, para. 31) :

- (i) **Ceux qui sont propres à chaque contrat**, qui sont directement liés aux contrats conclus et/ou négociés par l'agent pour le compte du commettant (ex: financement des stocks) ;
- (ii) **Ceux qui sont liés aux investissements propres au marché** (i.e. les investissements exigés pour le type d'activité pour lequel l'agent a été désigné par le commettant, c'est-à-dire ceux qui sont nécessaires pour que l'agent puisse conclure et/ou négocier) ;
- (iii) **Ceux qui sont liés à d'autres activités sur le même marché de produits**, dans la mesure où le commettant demande à l'agent de se charger de ses activités à ses propres risques et non pour le compte du commettant.

Les LD prévoient une liste non-exhaustive des risques qui ne doivent pas être supportés par l'agent :

- Être investi de la propriété des biens contractuels/fournir lui-même les biens contractuels ;
 - Contribuer aux coûts liés à la fourniture ou à l'achat des biens ou services contractuels (y compris les coûts de transport) ;
 - Assumer le risque de stock des produits ;
 - Assumer la responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par le produit vendu ;
 - Assumer la responsabilité vis-à-vis des tiers pour les dommages causés par le produit vendu ;
- Assumer la responsabilité en cas de non-exécution du contrat par le client (sauf perte de commission) ;
 - Être tenu, directement ou indirectement, d'investir dans des actions de promotion des ventes ;
 - Réaliser des investissements spécifiques pour les équipements, locaux, la formation du personnel ou la publicité ;
 - Entreprendre d'autres activités sur le même marché de produits qui sont exigées par le commettant dans le cadre de la relation d'agence (ex: livraison des biens), à moins que ces activités ne soient remboursées par le commettant.

Les nouveaux textes donnent des précisions sur l'hypothèse de cumul de l'activité de distributeur et d'agent :

- Dans cette situation l'agent pourra être qualifié de « genuine » si quatre conditions cumulatives sont remplies :
 - Il ne supporte pas les risques pour ses activités d'agence (cf. ci-avant) ;
 - Les activités et les risques résultant de l'activité d'agence sont délimités par rapport à ceux résultant de l'activité de distributeur indépendant ;
 - Le distributeur indépendant a été réellement libre de conclure le contrat d'agence ;
 - Le commettant ne doit pas imposer à l'agent une activité de distributeur indépendant.

Focus sur la délimitation des activités et des risques résultant de l'activité d'agence et ceux résultant de l'activité de distributeur :

Une telle délimitation des risques devrait être possible si les activités d'agence/de distributeurs portent respectivement sur des **biens qui sont suffisamment différenciés car ils comportent des caractéristiques différentes**, même si ces produits font partie du même marché de produits.

Ex: les biens couverts par l'une des activités sont de meilleure qualité et/ou comportent des fonctionnalités additionnelles ou nouvelles.

3. Impact sur les systèmes de distribution sélective

Une meilleure protection des réseaux de distribution sélective :

- Un système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés **dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système** (Art. 1, point g)) ;
- « **Pass on** » de l'interdiction de revente hors réseau aux clients des distributeurs sélectifs (article 4, point c), (i), (2)) ;
- Le fournisseur peut protéger les revendeurs sélectifs contre les ventes réalisées par des distributeurs exclusifs ou leurs clients à des revendeurs hors réseaux (article 4, point b), ii).

4. Les accords relatifs aux services d'intermédiation en ligne

Qu'est-ce qu'un service d'intermédiation en ligne ? (ar. 1, para 1, e)

« Les services de la société de l'information au sens de l'article 1, 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) A d'autres d'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 ».

Qu'est-ce qu'un service d'intermédiation en ligne ?

Exemples de services d'intermédiation en ligne :

- Site de e-commerce ;
- Places de marché en ligne ;
- « app stores » ;
- Outils de comparaison de prix
- Réseaux sociaux utilisés par les entreprises.

Devraient également être qualifiés de service d'intermédiation en ligne les sites internet créés par un fournisseur/importateur et mis à disposition de ses distributeurs pour la vente des produits ou services contractuels.

- Les accords relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne peuvent bénéficier de l'exemption par catégorie si les conditions de PDM et d'absence de restriction caractérisée sont remplies.
- **PAR EXCEPTION**, l'exemption par catégorie ne s'applique **pas** « *aux accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le prestataire des services d'intermédiation en ligne est une entreprise concurrente sur le marché en cause pour la vente des biens ou services objet de l'intermédiation* » (i.e. dans un schéma de distribution duale).

 Dans ce cas, l'accord pourra être exempté si les conditions prévues à l'article 101, para. 3 TFUE sont remplies (+ éventuelle application de la communication « De Minimis » si les parties ont des PDM faibles sur le marché pertinent de la fourniture de services d'intermédiation en ligne et sur le marché pertinent de la vente des biens ou services faisant l'objet de l'intermédiation).

- Tempérament apporté par les nouvelles lignes directrices (para. 109) :

*« En l'absence de restrictions par objet ou de pouvoir de marché significatif, il est peu probable que la Commission donne la priorité à l'application de la réglementation en ce qui concerne les accords verticaux relatifs à la fourniture de services d'intermédiation en ligne **lorsque le fournisseur a une fonction hybride. C'est notamment le cas lorsque, dans un scénario de distribution duale, un fournisseur permet aux acheteurs de ses biens ou services d'utiliser son site web pour distribuer les biens ou services,** mais ne permet pas que le site web soit utilisé pour offrir des marques concurrentes de ces biens ou de ces services et n'est pas autrement actif sur le marché pertinent de la fourniture de services d'intermédiation en ligne pour de tels biens ou services ».*



Précision favorable aux importateurs mais qui ne constitue pas un véritable garde-fou.

5. Les ventes en ligne

- **La restriction des ventes en ligne constitue désormais une restriction caractérisée supprimant le bénéfice de l'exemption** (article 4, point e).

Ex : interdire à l'acheteur d'utiliser la marque du fournisseur sur son site internet, d'ouvrir son propre site internet, d'utiliser des outils de publicité en ligne comme des moteurs de recherche, etc. (LD, para. 206).

- **Clarification des notions de ventes actives/ventes passives** (article 1, point l) et m)): certains types de comportement en ligne, lorsqu'ils ciblent spécifiquement une clientèle, peuvent constituer des ventes actives

Ex : publicité ciblée, recours aux outils de comparaison de prix, outils de référencement

Nouvelles opportunités pour les réseaux de distribution sélective :

- **Le système de double prix** : cette pratique ne constitue plus une restriction caractérisée. Le nouveau règlement permet aux fournisseurs de fixer des prix de gros différents pour les ventes en ligne et hors ligne d'un même distributeur, sous réserve que la différence de prix soit liée à des différences de coûts ou d'investissement entre ventes physiques et par Internet (LD, para. 209).
- **La fin du principe d'équivalence des conditions** : Étant donné que les canaux en ligne et hors ligne ont des caractéristiques différentes, un fournisseur qui utilise un système de distribution sélective peut imposer à ses distributeurs agréés **des critères pour la vente en ligne qui ne sont pas identiques à ceux imposés pour la vente dans des points de vente physiques** (à condition de ne pas empêcher un usage effectif de l'Internet).

6. Sur les prix de vente imposés

Sur la fixation du prix de vente dans un contrat d'exécution (« *fulfillment contract* ») :

- Contrat par lequel un acheteur exécute un accord préalable entre le fournisseur et un utilisateur final donné **ne constitue pas un prix imposé lorsque l'utilisateur final a renoncé à son droit de choisir l'entreprise devant exécuter l'accord.**
- Dans un tel cas, la fixation du prix de vente n'entraîne pas de restriction au sens de l'article 101, para. 1 TFUE puisque le prix de vente n'est plus soumis à la concurrence au regard de l'utilisateur final concerné (cela est valable lorsque le contrat d'exécution ne constitue pas un contrat d'agence exclu du champ d'application de l'article 101, para. 1 TFUE).

Conclusion

- Le nouveau règlement d'exemption et ses LD n'apportent pas de changement majeur par rapport au système d'exemption actuel.
- Il permet une meilleure protection des systèmes de distribution sélective et offre toutefois certaines opportunités pour les importateurs (clause de « pass-on », double prix).
- Le régime des agents tel que déterminé dans les nouveaux textes est très strict : le recours à des agents « *genuine* » est désormais rendu plus difficile.
- Bien qu'ils ne puissent pas bénéficier de l'exemption par catégorie, les accords relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne devraient pouvoir bénéficier de l'exemption individuelle car ils sont bénéfiques pour les consommateurs. Les entreprises doivent toutefois veiller à ce qu'ils ne contiennent pas de restriction de concurrence caractérisée.

Recommandations

Les entreprises du secteur automobile doivent se montrer particulièrement vigilantes sur les points suivants :

- **Ne pas mettre en œuvre de pratiques de prix imposés** (ex : mesure allant dans le sens d'un contrôle des prix de revente), notamment en cas de recours à des agents non-genuine ;
- En cas d'échanges d'informations dans un système de distribution duale : les entreprises doivent impérativement **recenser et auditer les informations échangées avec leur réseau et mettre en place les mesures adéquates** pour limiter l'échange d'informations sensibles. Une attention toute particulière doit être portée aux échanges d'informations portant sur les prix.