

Actualisation du cadre antitrust pour la distribution

7 points qui changent maintenant pour les entreprises

L'UE a réformé en profondeur les règles du droit de la distribution antitrust : après un débat houleux, le nouveau règlement d'exemption par catégorie applicable aux [accords verticaux \(REC\)](#) est entré en vigueur le 1er juin 2022. Parallèlement, la Commission européenne a également publié de nouvelles lignes directrices ([EN](#)). Les entreprises ont jusqu'au 31 mai 2023 pour examiner leurs contrats de distribution à la lumière des nouvelles règles et, le cas échéant, les adapter.

Les nouvelles règles s'appliquent aux accords entre fournisseurs et acheteurs. Ceux-ci ont toujours été au centre des règles antitrust, notamment lorsqu'ils imposent des restrictions/critères de vente aux distributeurs. Le REC accorde aux entreprises un « Safe Harbour » et exempte des accords verticaux restrictifs de concurrence sous certaines conditions (notamment un seuil de part de marché de 30 %).

Nous avons résumé ci-dessous les principaux changements en sept points :

Point 1 : Une meilleure protection du système de distribution

Le nouveau REC s'adapte aux besoins actuels des systèmes de distribution. Entre autres, d'importantes clarifications sont apportées concernant la protection contre les **importations grises** : les fournisseurs /distributeurs peuvent protéger leurs territoires de distribution exclusifs contre les ventes actives de distributeurs d'autres territoires de distribution. Les systèmes de distribution sélective peuvent quant à eux être protégés contre les **ventes actives et passives** de distributeurs d'autres territoires de distribution. Dans ses lignes directrices, la Commission européenne précise également les définitions des ventes actives et passives, notamment

l'importance des ventes actives dans le commerce électronique : pour qu'il y ait vente active, il suffit par exemple d'utiliser un domaine de premier niveau (TLD) correspondant à un territoire spécifique ou de proposer sur le site web du distributeur une option linguistique différente de la langue habituelle du lieu d'établissement du distributeur.

Autre nouveauté : le fournisseur peut désormais désigner **jusqu'à cinq distributeurs exclusifs par territoire** ou groupe de clients, sans que ces territoires/groupes de clients ne perdent leur statut « d'exclusivité » et donc leur protection contre les ventes actives. Jusqu'à présent, un fournisseur ne pouvait allouer chaque territoire ou groupe de clients qu'à un seul acheteur à titre exclusif. En outre, le fournisseur peut désormais non seulement interdire à ses acheteurs les ventes actives vers des territoires exclusifs ou des groupes de clients attribués de manière exclusive, mais il peut également exiger de son acheteur qu'il interdise à son tour à ses clients directs (2^{ème} niveau de distribution) les ventes actives vers des territoires exclusifs et des groupes de clients attribués de manière exclusive.

Point 2 : Nouvelles règles pour le commerce électronique

Les accords qui ont pour objet d'empêcher l'utilisation effective de l'internet pour la vente ou qui empêchent totalement l'utilisation de canaux publicitaires en ligne sont définis comme des « No Go » illicites (soi-disant restrictions caractérisées). Toutefois, une interdiction des **places de marché en ligne** (interdiction des plateformes) peut désormais échapper à cette restriction caractérisée en vertu du nouveau REC. Il s'agit d'une clarification importante, car cette question a longtemps été controversée.

L'acheteur doit toutefois conserver la possibilité d'exploiter sa propre boutique en ligne et de faire de la publicité en ligne.

En revanche, l'utilisation de **services de comparaison de prix** ne doit pas être interdite. Le fournisseur peut tout au plus exiger de ses acheteurs qu'ils respectent un certain niveau de qualité lorsqu'ils utilisent des services de comparaison des prix. Ces exigences de qualité ne doivent toutefois pas avoir pour effet d'exclure de facto l'utilisation de comparateurs de prix.

En outre, les fournisseurs peuvent désormais utiliser des **systèmes de double prix** (*dual pricing*) et donc fixer des prix de gros différents pour les ventes en ligne et hors ligne d'un même distributeur. La différence de prix doit toutefois être proportionnée à la différence de coûts ou d'investissements entre les canaux de vente en ligne et hors ligne.

Enfin, la Commission européenne a également renoncé au **principe d'équivalence** : les critères de vente pour la distribution en ligne ne doivent plus être équivalents à ceux qui s'appliquent à la distribution hors ligne. Les fournisseurs peuvent donc désormais imposer aux distributeurs agréés, dans le cadre d'un système de distribution sélective, des critères de qualité différents pour la vente en ligne et la vente hors ligne. Les critères imposés pour les ventes en ligne ne doivent toutefois pas avoir pour effet de rendre la vente en ligne totalement inintéressante et d'entraîner ainsi une restriction illicite de la distribution sur Internet « par la petite porte ».

Point 3 : Conditions plus claires pour les services de plateforme en ligne

Les services d'intermédiation en ligne sont désormais régulièrement considérés comme des fournisseurs au sens du REC. Il s'ensuit que les contrats entre les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne et leurs acheteurs/utilisateurs relèvent désormais en principe du champ d'application du REC. Cela signifie d'une part que les restrictions (de vente) dans ces contrats peuvent certes bénéficier en principe de l'effet d'exemption du règlement, mais que d'autre part, elles sont également liées à ses règles.

Cela a des conséquences pratiques, notamment dans le domaine des **clauses dites de parité** (également appelées clauses de meilleur prix / clauses de la nation la plus favorisée), que l'on trouve souvent dans les contrats d'utilisation de services d'intermédiation en ligne. Le nouveau REC distingue entre les obligations de parité « larges » et « étroites ». Les clauses de parité larges ne sont pas exemptées de l'interdiction des ententes. Il n'est donc pas possible d'interdire à l'acheteur de services d'intermédiation en ligne d'offrir ou de vendre des biens ou des services à des conditions plus avantageuses par

l'intermédiaire de plateformes en ligne concurrentes. En revanche, les clauses de parité « étroites » peuvent bénéficier d'une exemption. Selon ces clauses, un service d'intermédiation en ligne peut interdire à ses utilisateurs de proposer la prestation ou la marchandise dans le cadre de la vente directe (propre) à un prix plus avantageux que sur la plateforme.

Important à savoir : **les plateformes « hybrides »** telles qu'Amazon ou Zalando, qui sont en concurrence avec leurs utilisateurs de services d'intermédiation pour la vente des biens ou des services fournis, ne relèvent pas du champ d'application du nouveau REC. Leurs contrats de services d'intermédiation en ligne ne bénéficient donc pas, en principe, de l'effet d'exemption du REC.

Point 4 : Double distribution

Les règles de « Safe Harbour » du REC restent applicables – contrairement aux réflexions antérieures de la Commission européenne – même dans les situations de double distribution. Les fournisseurs qui sont en concurrence directe avec leurs acheteurs au niveau de la distribution, parce qu'ils sont actifs à la fois au niveau du marché en amont (par exemple en tant que fabricant) et au niveau de la distribution en aval (par exemple en tant que détaillant), peuvent donc continuer à mettre en place et à exploiter des systèmes de double distribution sans perdre la possibilité de bénéficier d'une exemption au titre du REC. Cela vaut en principe également pour les importateurs et les grossistes.

La prudence reste toutefois de mise en ce qui concerne **l'échange d'informations** entre le fournisseur et l'acheteur. Seul l'échange d'informations directement liées et nécessaires à l'exécution de l'accord de distribution bénéficie de l'exemption prévue par le REC. Cela dépend à son tour de la nature du système de distribution. Par exemple, dans un système de distribution sélective, il peut être nécessaire que les distributeurs et les fabricants échangent des informations sur le respect des critères d'autorisation. Dans un système de distribution exclusive, il peut être nécessaire d'échanger des informations sur les activités de vente dans certains territoires exclusifs.

Les nouvelles lignes directrices de la Commission européenne donnent ici un éclairage : des exemples concrets d'échanges d'informations autorisés et non autorisés y sont désormais énumérés (pts 99 et s. des lignes directrices). En règle générale, les informations sur les données techniques ou logistiques ne posent pas de problème (p. ex. retours, enregistrement de produits, etc.). En revanche, les échanges concernant les prix de vente futurs ou les données spécifiques des clients, entre autres, posent problème.

Point 5 : Clarifications importantes sur les prix de vente imposés

Les prix de vente imposés restent interdits. Le fournisseur ne peut donc pas obliger l'acheteur à vendre au-dessus d'un prix minimum qu'il a fixé.

Les nouvelles lignes directrices de la Commission européenne apportent en outre quelques clarifications.

La position de la Commission européenne sur les directives relatives aux prix minimums (*Minimum Advertised Prices*), qui interdisent au commerçant d'annoncer des prix inférieurs à un montant fixé par le fournisseur, est à souligner. La Commission européenne considère en effet qu'il s'agit en principe d'une fixation indirecte des prix de vente interdite.

Les mesures de **surveillance des prix** (*price monitoring*) et de cotation des prix (*price reporting*) ne sont toutefois pas considérées *per se* comme des prix imposés non autorisés. La Commission européenne précise également qu'un **prix imposé limité dans le temps** pour l'introduction d'un nouveau produit sur le marché peut être favorable à la concurrence et donc autorisé. La Commission considère également que les prix imposés sont bienveillants lorsqu'ils sont utilisés pour contrer l'utilisation d'un produit comme « loss leader » (produit d'appel). En effet, la vente régulière en dessous du prix de gros par un distributeur peut nuire durablement à l'image de marque du produit et minimiser l'incitation du fournisseur à investir. Dans ce cas, des mesures ciblées de fixation des prix à l'encontre du distributeur concerné peuvent être exceptionnellement justifiées. Toutefois, les mesures de fixation verticale des prix devraient toujours être soumises à un examen juridique approfondi.

Point 6 : Clauses de non-concurrence

Les obligations de non-concurrence qui sont **tacitement** reconduites au-delà d'une période de **cinq ans** seront désormais exemptées au titre du REC. Toutefois, l'acheteur doit avoir la possibilité de résilier l'accord ou de le renégocier avec un préavis raisonnable et à un coût raisonnable. L'objectif est de garantir que l'acheteur puisse effectivement changer de fournisseur au bout de cinq ans.

Point 7 : Développement durable et distribution

Dans ses nouvelles lignes directrices, la Commission européenne souligne que le développement durable est un objectif prioritaire de la politique de l'Union. Un accord vertical qui n'est pas exempté par le REC, mais qui poursuit des objectifs de développement durable, peut donc remplir les conditions d'une exemption individuelle en vertu de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE. Les

objectifs de développement durable peuvent notamment être imposés en tant que critères qualitatifs dans le cadre d'un système de distribution sélective. Un examen détaillé des tensions entre le droit des ententes et le développement durable, tel qu'on le trouve dans le projet de nouvelles lignes [directrices horizontales 2022](#) (voir déjà notre [article](#) à ce sujet), fait toutefois défaut dans les nouvelles lignes directrices verticales.

Conclusion et To Do

Avec le nouveau REC et les nouvelles lignes directrices sur les accords verticaux, la Commission a fondamentalement adapté les règles de « Safe Harbour » dans de nombreux domaines. D'une part, le nouveau cadre juridique offre de nouvelles perspectives et possibilités, mais d'autre part, il exclut également certaines réglementations de la possibilité d'une exemption par catégorie. Dans l'ensemble, le nouveau REC offre toutefois davantage de possibilités aux entreprises – et notamment aux fabricants de marques. Les entreprises devraient en profiter et adapter leurs structures de distribution si nécessaire. Il convient de noter que les règles de l'ancien REC ne continueront à s'appliquer que jusqu'au 31 mai 2023. Après cette date, les contrats de distribution devront être conformes à la nouvelle situation juridique. Il convient donc de vérifier le plus rapidement possible la conformité des contrats existants au nouveau droit européen de la concurrence en matière de distribution.

Vos contacts



Dr. Daniel Dohrn

Associé • Avocat

Konrad-Adenauer-Ufer 23 • 50668 Cologne

T +49 221 2091 441 • M +49 172 1479758

daniel.dohrn@oppenhoff.eu



Dr. Simon Spangler, LL.M.

Associé • Avocat

Bockenheimer Landstraße 2-4 • 60306 Frankfurt am

Main

T +49 707968 183 • M +49160 97665758

simon.spangler@oppenhoff.eu