



*Inscription au registre  
n° 90225872092-95.*

Paris, le 23 septembre 2009

**Observations de l'AFEC<sup>1</sup>**  
**sur le renouvellement du règlement d'exemption n° 2790/99**  
**relatif aux accords verticaux**

L'Association Française d'Etude de la Concurrence (AFEC) est une association indépendante, créée en 1952, à but non lucratif, qui réunit des magistrats, des avocats, des juristes d'entreprises, des professeurs de droit et d'économie, ainsi que des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF.

Elle a pour objet de défendre le principe d'une concurrence libre et non faussée, et de lutter par tous moyens appropriés sur le plan national et international contre la concurrence déloyale, abusive ou illicite. L'AFEC est un lieu d'échange d'idées et d'expériences sur le droit de la concurrence, tant dans ses aspects juridiques qu'économiques, à travers des journées d'études ou des groupes de travail. Les questions d'actualité et de prospective en droit de la concurrence sur le plan communautaire ou international sont traitées par l'AFEC au sein de la Ligue Internationale du Droit de la Concurrence (LIDC) qui regroupe des représentants de plus de quarante pays à travers le monde et au congrès de laquelle elle participe chaque année activement.

L'AFEC s'est exprimée le 10 juillet 2008 sur le rapport d'évaluation de la Commission sur le règlement d'exemption par catégorie régissant l'application des règles du traité CE relatives aux pratiques commerciales restrictives (article 81) aux accords conclus dans le domaine de la distribution et de la réparation des véhicules automobiles (règlement n° 1400/2002), et elle vient également de s'exprimer sur les nouveaux projets que la Commission a soumis à consultation.

---

<sup>1</sup> Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. L'association autorise la Commission à mettre ces observations sur son site.  
Siège social et secrétariat : 25, boulevard Berthier, 75 017, Paris. Tel. 01 42 67 31 61.  
[secretariat@wanadoo.fr](mailto:secretariat@wanadoo.fr) ; représentant légal : [laurence.idot@sfr.fr](mailto:laurence.idot@sfr.fr)

A l'occasion de cette précédente consultation sur le règlement automobile n° 1400/2002, l'AFEC avait déjà communiqué à la Commission une première réflexion sur les souhaits des professionnels quant à l'avenir du règlement « général » n° 2790/99, en suggérant à la Commission d'affirmer le caractère pro concurrentiel des accords verticaux, de fournir aux entreprises un cadre juridique assorti d'une sécurité maximale, de privilégier une approche moins formaliste et davantage fondée sur l'analyse économique. Elle proposait également d'éliminer les dispositions sources d'incertitudes, en clarifiant, notamment le sort des contrats d'agence et des accords de sous traitance, l'articulation des règles concernant les ventes passives et actives en cas de combinaison de la distribution sélective et de la distribution exclusive et la possibilité d'exemption d'accords de plus de 5 ans, notamment en l'absence de barrières à l'entrée.

L'AFEC entend dans la présente note se consacrer aux modifications essentielles que la Commission envisage pour le règlement général et ses lignes directrices. Elle a par ailleurs répondu le 21 septembre 2009 à la consultation sur la révision du régime applicable à la distribution automobile.

## **1. Remarques générales**

A titre liminaire, l'AFEC souhaite faire deux observations générales.

i) L'article 2.1, alinéa 2, du projet de règlement reprend le texte existant et dispose que l'exemption « *s'applique dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions de concurrence relevant de l'article 81, paragraphe 1 (ci-après « restrictions verticales »)* ». Dans la pratique, les entreprises et les juridictions nationales ont souvent tendance à omettre cette première étape de l'analyse, à considérer que les accords verticaux sont présumés illicites et que tout ce qui n'est pas couvert le règlement d'exemption est nécessairement restrictif de concurrence. L'expression « *zone de sécurité créée par le règlement d'exemption par catégorie* », utilisée au point III.1 du projet de lignes directrices, renforce ce préjugé défavorable qui risque d'entraîner un renversement de la charge de la preuve, en présumant, au départ, l'illicéité des accords verticaux pour les « racheter » par une exemption par catégorie. De plus, ce processus conduit naturellement les entreprises, par sécurité, à ne pas s'éloigner du cadre de l'exemption par catégorie.

Afin de remédier à cette situation, il conviendrait que les lignes directrices comportent des mentions plus directives pour éviter les contresens sur la portée du règlement. En particulier, les lignes directrices devraient rappeler que le règlement d'exemption est un règlement « *à toutes fins utiles* », qu'il n'a donc vocation à bénéficier qu'aux accords verticaux qui entrent dans le champ d'application de l'article 81, §1 CE. Dans le projet actuel, cette mention ne figure que dans les développements relatifs aux accords d'importance mineure.

ii) De plus, l'AFEC s'interroge sur l'existence d'une contradiction entre la reconnaissance des effets pro concurrentiels de certains accords verticaux et le renforcement des exigences posées dans le projet de règlement, notamment du fait de l'introduction d'un double seuil en part de marché.

Il semble à l'AFEC paradoxal, qu'au moment où la modernisation du droit de la concurrence est en voie d'achèvement, il ne soit pas davantage tenu compte du caractère pro concurrentiel

des accords verticaux et du fait que la concurrence, tant au sein des réseaux de distribution qu'entre systèmes de distribution distincts, s'exerce non seulement sur les prix, mais également sur les services.

Il ne semble pas normal que, malgré leur caractère pro concurrentiel largement souligné par le projet de lignes directrices (pts 102 et s.), les accords verticaux continuent encore à être présentés comme étant *a priori* restrictifs de concurrence, pour ensuite être exemptés, notamment pour ceux qui ne comportent ni sélection quantitative, ni limitation territoriale, d'autant que le point 171 du projet de lignes directrices précise que « *la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 81, §1, CE* ».

L'AFEC regrette donc que l'approche choisie continue à faire présumer de l'illicéité de clauses indépendamment de leur impact économique réel. D'un point de vue juridique, une telle approche est génératrice de malentendus dont les conséquences, notamment sur la charge et l'objet de la preuve, peuvent être particulièrement graves,<sup>2</sup> puisque c'est à l'autorité ou à la partie qui l'allègue, qu'il incombe d'établir l'existence d'une restriction de concurrence au titre de l'article 81, § 1 CE<sup>3</sup>.

Cela étant, l'AFEC apprécie que la Commission ait introduit un début d'assouplissement en précisant dans ses lignes directrices que, même les restrictions caractérisées, peuvent faire l'objet d'une exemption au titre de l'article 81 §3 CE, bien qu'elle ait quelque crainte sur les effets concrets de cet infléchissement.

## **2. La création d'un double seuil en part de marché**

L'AFEC a déjà fait part à la Commission l'an dernier de son souhait de voir réviser les seuils en vue d'un plus grand assouplissement de l'application de l'exemption par catégorie. Elle regrette donc qu'au lieu d'un assouplissement, la Commission introduise une plus grande rigidité en fixant désormais un double seuil, pour l'acheteur et le fournisseur.

La modification de la rédaction de l'article 3 du règlement, fixant le seuil de 30 % en deçà duquel l'exemption par catégorie s'appliquerait, ne fait plus de distinction entre la part de marché du fournisseur et celle du distributeur, puisqu'il faudrait désormais que chacune des entreprises parties à l'accord aient respectivement des parts de marché inférieures à 30 %, pour que l'exemption par catégorie s'applique.

Cette modification qui constitue l'une des innovations essentielles du futur règlement semble vouloir répondre à une meilleure prise en compte du renforcement de la puissance d'achat de la grande distribution et doit être lue à la lumière des points 199 à 204 des lignes directrices. Si cet objectif est louable, la méthode proposée va à l'encontre de l'objectif de prévisibilité et de sécurité juridique, pourtant essentiel pour les entreprises. Les entreprises, qui doivent auto évaluer leurs accords depuis l'abandon de l'obligation de notification préalable, risquent de se retrouver exposées à des difficultés importantes, d'autant plus que les lignes directrices n'ont nullement gagné en clarté.

L'application d'un double seuil de parts de marché rendra l'auto-évaluation des accords particulièrement complexe :

---

<sup>2</sup> Sur ce point, voir *infra* page 3 et pages 6 à 9.

<sup>3</sup> Règlement n° 1/2003, article 2.

- d'une part, parce que la détermination de la part de marché de l'acheteur est toujours plus délicate que celle du fournisseur, qu'il s'agisse du marché de produits ou du marché géographique ;
- d'autre part, parce qu'avant de conclure un contrat de distribution, le fournisseur devra connaître la part de marché des acheteurs, ce qui est rarement le cas et sera donc difficile à mettre en œuvre en pratique.
- Enfin, parce que tous les clients du fournisseur ne sont pas dans la même situation, ce qui peut conduire à des niveaux de sécurité variables pour un même accord, selon la part de marché de l'acheteur, et fragiliser le fournisseur que la réforme semble vouloir protéger.

L'instauration d'un seuil de part de marché pour l'acheteur est de plus susceptible de conduire à des discriminations, allant à l'inverse de l'objectif recherché. Ainsi, un fournisseur pourrait être conduit à renoncer à appliquer à l'égard d'un acheteur ayant une part de marché supérieure à 30% des restrictions (par exemple l'instauration d'un chiffre d'affaires minimum ou une obligation d'assortiment) qui se trouveraient pourtant exemptées à l'égard d'acheteurs ayant une part de marché plus modeste.

On ajoutera qu'un certain nombre d'accords aujourd'hui exemptés, se trouveront hors du champ d'application de l'exemption et qu'aucune mesure transitoire n'est prévue.

L'AFEC comprend d'autant moins ce double seuil pour la détermination du champ même d'application de l'exemption, qu'actuellement la Commission, ou l'autorité compétente d'un Etat membre, peut déjà retirer le bénéfice de l'exemption pour l'avenir, lorsqu'un accord vertical produit, en raison de l'importance du pouvoir de marché de l'acheteur, des effets incompatibles avec l'article 81§1 CE (art. 6 et 7 du règlement - lignes directrices, pts 73 et s.).

Alors qu'il existe déjà un système de retrait individuel de l'exemption, il lui semble qu'une exclusion généralisée du bénéfice de l'exemption du seul fait de la part de marché de l'acheteur présente plus d'inconvénients que d'avantages. Il semble donc à l'AFEC, qu'une autre voie doit être trouvée, par exemple celle du retrait d'exemption, au cas par cas, de l'article 6.

La suppression de la distinction existant entre les paragraphes 1 et 2 de l'article 3 du règlement d'exemption actuellement en vigueur pourrait d'ailleurs poser des problèmes d'interprétation, notamment pour les accords de fourniture exclusive, portant sur des produits qui ne sont pas acquis en vue d'une revente, mais consommés par un industriel acheteur pour la fabrication de ses propres produits totalement différents. Or, les produits fabriqués par cet acheteur doivent clairement continuer à ne pas entrer en ligne de compte pour le calcul des seuils d'exemptabilité de l'accord d'approvisionnement exclusif, au regard de la définition de l'« *acheteur* », qui demeure utilement inchangée au point f) de l'article 1<sup>er</sup> du projet de règlement d'exemption.

En conséquence, si la Commission persistait à vouloir fixer un double seuil d'exemptabilité, il conviendrait de rédiger le point 83 des lignes directrices en conformité avec le point f) de l'article 1<sup>er</sup> et le nouvel article 3 du règlement envisagé, en prévoyant que « *l'exemption prévue à l'article 2 s'applique à condition que la part de marché du fournisseur sur le marché sur lequel il vend les biens contractuels à l'acheteur et la part de marché de l'acheteur sur le*

ou les marchés sur lesquels il revend les mêmes biens contractuels ne peuvent excéder 30 % chacune».

Enfin, l'AFEC relève avec intérêt que l'exemption par catégorie pourra s'appliquer, sous certaines conditions, aux accords verticaux non réciproques entre entreprises concurrentes qui ne seront donc plus soumis au régime d'exemption des accords horizontaux.

### **3. La possibilité d'exemption individuelle des accords écartés du bénéfice de l'exemption par catégorie du fait de restrictions caractérisées**

L'AFEC souhaite faire deux séries d'observations.

i) Les premières remarques portent sur les conséquences de la présence de restrictions caractérisées visées à l'article 4 du règlement dans un accord. Les lignes directrices comportent une précision utile. Bien qu'elles fassent perdre à l'accord le bénéfice de l'exemption par catégorie, il peut être envisagé de maintenir des clauses dont il peut être démontré qu'elles remplissent par ailleurs les conditions de l'article 81, § 3 CE (point 47), la charge de la preuve pesant alors naturellement sur les entreprises. L'inflexion sur le caractère réfutable de la présomption de non-exemption en présence d'une restriction caractérisée mérite d'être approuvée, d'autant que la Commission indique qu'elle devra apprécier soigneusement (et non pas simplement présumer) les effets négatifs probables sur la concurrence, avant de statuer définitivement sur la question de savoir si les conditions énoncées à l'article 81 §3 CE sont remplies.

L'AFEC se félicite de cette précision utile pour éviter les contresens sur la portée du règlement d'exemption, mais outre le fait que la rédaction de ce passage pourrait être plus explicite (du moins dans la version française) et viser également autorités et juridictions nationales, elle regrette que les lignes directrices n'explicitent pas, par des exemples nouveaux, les cas où l'exemption pourrait s'appliquer. La difficulté de démontrer que les quatre conditions de l'article 81, §3 CE sont cumulativement remplies (en particulier la condition tenant au caractère indispensable de la restriction de concurrence), risque de limiter la portée réelle de l'assouplissement du régime des restrictions par le projet de lignes directrices, s'il n'est pas mieux explicité.

ii) La seconde série de remarques porte sur le régime des prix minima imposés, qui ont toujours été considérés contraires à l'article 81, §1 CE. L'an dernier, l'AFEC avait exprimé le souhait de voir atténuer la rédaction de l'article 4 a), ou du moins de faire évoluer les lignes directrices sur la question de la fixation des prix de revente, eu égard notamment aux dernières évolutions de la jurisprudence américaine dans l'affaire *Leegin*. Le projet de lignes directrices entend innover en reconnaissant, au point 221, la possibilité pour les fournisseurs de recourir dans trois hypothèses aux prix minima imposés.

Tout en saluant cette approche moins formaliste et davantage fondée sur l'analyse économique, l'AFEC souhaite attirer l'attention sur trois points :

- Seules les lignes directrices ont été modifiées sur ce point. Or, elles n'ont pas de valeur contraignante. Un tel assouplissement pourrait poser des problèmes en France, où les prix minima imposés relèvent simultanément de l'article L 420 du code de commerce, mais aussi de son article L 442-5, qui assortit une telle pratique d'une

sanction pénale. Si un assouplissement devait être apporté, il devrait être mis dans le règlement, pour s'imposer aux autorités et juridictions nationales.

- Certains membres du groupe de travail ont également exprimé le souhait de ne pas positionner le fournisseur en arbitre des relations entre distributeurs. Cet assouplissement qui génère une situation juridique floue par rapport à une interdiction *per se*, qui a le mérite, même si elle peut être jugée rigide, d'être claire, pourrait, en effet, ouvrir la porte à des discussions sans fin sur les supposés gains d'efficacité, et, *a contrario*, délivrer aux forces commerciales un message qu'ils pourraient indûment interpréter comme un blanc seing pour discuter en toute circonstance des prix consommateurs avec les distributeurs. Ceci pourrait donc s'avérer dangereux en pratique, malgré le caractère limité des conditions prévues.
- D'autres membres du groupe de travail ont souligné qu'un assouplissement de la position de la Commission, au-delà de ceux prévus au point 221, restait souhaitable en faveur des PME et particulièrement de celles qui s'organisent en réseau semi-intégré ( par exemple, franchises, dont les "têtes de réseau" organiseraient des prix imposés à un niveau plus bas que les prix de marché, compte tenu de leur niveau modeste) : il suffirait d'étendre la présomption favorable reconnue dans le cadre de la règle "*de minimis*" aux restrictions caractérisées dans des situations où, du fait de la faible part de marché des entreprises concernées, de l'existence d'une forte concurrence inter-marques et/ou d'autres entreprises plus puissantes sur le marché pertinent concerné, de telles pratiques n'ont pas d'effet sur la concurrence. Une telle présomption, qui ne jouerait pas en présence d'un effet cumulatif et que les autorités de la concurrence pourraient toujours renverser, serait particulièrement justifiée par les gains d'efficacité et les économies de coûts de transaction que constitue naturellement ce type d'organisation impliquant des PME.

En revanche, l'ajout au point 103 des lignes directrices d'une situation venant justifier l'imposition d'un prix de revente maximum en tenant compte de l'externalité négative de la double marginalisation a été relevé avec intérêt.

Enfin, il serait également judicieux, qu'indépendamment des restrictions liées aux prix, la Commission précise d'autres cas, où des restrictions dites « caractérisées », pourraient donner lieu à exemption, afin d'éviter des divergences d'appréciation entre autorités ou juridictions nationales.

#### **4. Les règles relatives à la vente sur internet**

##### **a) En ce qui concerne le projet de restriction de l'interdiction des ventes en ligne**

L'incidence de cette interdiction dans le cadre de réseaux de distribution sélective a plus particulièrement retenu l'attention.

i) L'AFEC s'étonne que ce soit par le biais de simples lignes directrices que la Commission envisage de prendre position en faveur de l'exclusion de l'exemption de l'interdiction des ventes en ligne alors que l'article 4 du règlement n'a pas créé de restriction caractérisée nouvelle.

Compte tenu du caractère nouveau de l'interdiction prévue, de l'absence de jurisprudence communautaire et de l'impact considérable de l'approche envisagée par la Commission, il semble étonnant que la question soit traitée dans de simples lignes directrices excluant l'intervention du Parlement et du Conseil. En effet, à l'heure actuelle il n'existe pas de jurisprudence, ou de pratique décisionnelle, communautaires sur la question de l'interdiction des ventes en ligne. Les deux seules procédures officielles ouvertes en la matière ont abouti à des solutions négociées, adoptées en dehors de toute qualification des restrictions concernées et dont la seule publicité se résume à deux communiqués de presse sur le site de la Commission<sup>4</sup>. En France, la seule décision d'interdiction formelle adoptée par l'Autorité de la concurrence<sup>5</sup> fait actuellement l'objet d'un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris, le président ayant le 18 février 2009, suspendu l'exécution provisoire, car l'injonction était susceptible de « *modifier substantiellement la consistance et la nature du réseau de distribution sélective concerné* »<sup>6</sup>.

Le seul arrêt rendu par la Cour de Justice des Communautés européennes, qui présente un lien avec l'interdiction des ventes en ligne, ne milite pas véritablement dans le sens de la qualification prônée par la Commission. En effet, dans un arrêt *Copad SA contre Christian Dior du 23 avril 2009*,<sup>7</sup> la Cour a, sur le fondement de l'article 8, §2, de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, formellement permis au titulaire d'une marque de faire valoir, à l'encontre d'un licencié la « *clause du contrat de licence interdisant, pour des raisons de prestige de la marque, la vente à des soldeurs [...], pour autant qu'il soit établi que cette violation, en raison des circonstances propres à l'affaire au principal, porte atteinte à l'allure et à l'image de prestige qui confèrent auxdits produits une sensation de luxe.* »

En d'autres termes, la position de la Commission sur l'interdiction contractuelle des ventes en ligne risque fort de priver de tout effet utile l'article 8, §2, de la directive 89/104/CEE, tel qu'interprété par la Cour et de faire perdre le bénéfice de l'exemption par catégorie à des réseaux de distribution entiers, sans pour autant qu'il y ait eu d'analyse sur l'impact économique réel de ce type de restriction contractuelle, ou sur ses éventuelles justifications – en particulier dans le domaine de la distribution sélective.

ii) Le fait que cette question soit traitée dans le commentaire de l'article 4 peut conduire à voir dans cette interdiction une restriction caractérisée. Pourtant, la Commission a elle-même défini les restrictions caractérisées comme celles qui « *sont tellement susceptibles d'avoir des effets négatifs sur la concurrence, qu'il est inutile, aux fins de l'application de l'article 81, paragraphe 1, de démontrer qu'elles ont des effets concrets sur le marché* »<sup>8</sup>. La qualification

---

<sup>4</sup> Affaires *Yves Saint Laurent Parfums et B&W Loudspeakers*; voir les communiqués de presse IP(01)713 du 17 mai 2001, IP(00)1418 du 6 décembre 2000 et IP(02)916 du 24 juin 2002.

<sup>5</sup> Conseil de la concurrence, décision n°08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques. Toutes les autres décisions adoptées jusqu'ici par le Conseil de la concurrence sont des décisions d'engagements.

<sup>6</sup> CA Paris (1ère chambre, section H), ord. 18 février 2009, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS. La Commission a demandé à intervenir dans cette affaire. L'arrêt sera rendu à la fin du mois d'octobre 2009.

<sup>7</sup> Affaire C-59/08, non encore publié au Recueil.

<sup>8</sup> Communication de la Commission, Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, JOUE, n° C. 101, 27 avril 2004, point 21.

de restriction caractérisée doit en principe reposer sur la gravité de la restriction en question et sur l'expérience acquise en la matière. Or, rien dans les lignes directrices n'étaye la « *gravité* » de l'interdiction des ventes par internet. Comme indiqué précédemment, « *l'expérience* » communautaire en la matière est quasiment inexistante. Enfin, rien dans la littérature économique actuelle ne permet de fonder une attitude suffisamment tranchée sur le bilan concurrentiel de l'interdiction des ventes en ligne.

En revanche, on rappellera que la distribution sélective favorise la concurrence inter-marques par la présence de marques concurrentes sur le même point de vente et que la distribution sélective purement qualitative échappe à l'application de l'article 81, §1 du traité CE. Par ailleurs, la jurisprudence communautaire rendue en matière de distribution sélective n'a jamais imposé aux fournisseurs ayant recours à la distribution sélective de vendre par correspondance. Or la vente par internet n'est qu'un mode, parmi d'autres, de vente par correspondance, même s'il est plus interactif que la vente par voie postale.

L'AFEC estime qu'il faut **revenir aux principes jurisprudentiels de validité de la distribution sélective**, qui admettent ce type de distribution pour des produits très divers, **dès lors que la structure de marché est concurrentielle ou que les critères de sélection sont justifiés par la nature des produits en cause et appliqués au regard des principes de proportionnalité et de non discrimination**. Cela implique que le producteur puisse continuer à interdire la vente par correspondance, sur internet, si les critères de sélection qu'il a fixés sont objectifs et justifiés par la nature du produit, ou, si la structure du marché est concurrentielle. L'AFEC estime que tel doit pouvoir être le cas notamment pour les produits de luxe ou les produits de haute technicité, pour lesquels la vente sur internet est susceptible de se retourner contre l'intérêt du consommateur, au moins à terme.

S'agissant des effets éventuellement négatifs de l'interdiction des ventes en ligne à l'intérieur d'un réseau de distribution sélective, l'AFEC tient également à rappeler que de jurisprudence constante, « *la concurrence par les prix, pour importante qu'elle soit [...] ne constitue toutefois pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue* »<sup>9</sup>. Les avantages d'internet en matière de concurrence par les prix (qui ne sont d'ailleurs pas toujours avérés) ne justifient donc pas une approche aussi stricte de la Commission.

iii) Les lignes directrices actuelles réservent l'hypothèse d'une interdiction totale de la vente sur internet **en cas de justification objective qui oblige le fournisseur à justifier l'interdiction, par le caractère nécessaire d'une telle restriction (pt 51)**. La position de la Commission qui consiste à faire de l'interdiction de la vente en ligne une restriction par objet risque de priver de telles clauses de toutes possibilités d'exemption au cas par cas, car les autorités nationales s'appuient généralement sur les lignes directrices pour déterminer leurs propres critères d'exemption et risquent de ne pas prendre de mesures individuelles allant au delà de l'exemption par catégorie.

Certes, le point 54 du projet précise que « *dans un cas donné, il peut être possible de faire valoir, outre des gains d'efficacité au sens de l'article 81 §3, qu'une interdiction catégorique de vendre par internet ou sur catalogue est objectivement nécessaire et ne relève pas de l'article 81, §1* », mais les exemples donnés pour justifier qu'une telle interdiction ne sera pas regardée comme une restriction caractérisée (interdiction générale de vendre des substances

---

<sup>9</sup> CJCE, 25 octobre 1977, *Metro c. Commission*, aff. 26/76, *Rec.*, 1977, p. 1875 (arrêt "Metro I"), para. 21.

dangereuses par internet ou par la poste pour des raisons de sécurité ou de santé), sont trop restrictifs. Ce point 54 mériterait, à tout le moins, d'être complété pour prendre en compte la haute technologie des produits<sup>10</sup>, et, pour les produits de luxe, par le positionnement d'image de la marque. Les fournisseurs devraient pouvoir démontrer que certains produits ne se prêtent pas à la revente sur internet, soit parce qu'ils sont particulièrement coûteux et risquent de favoriser un blanchiment d'argent pour les produits de luxe, soit parce qu'ils risquent d'être mélangés à des contrefaçons<sup>11</sup>.

iv) L'AFEC s'interroge également sur l'affirmation faite au point 58 du projet de lignes directrices du fait que « *l'utilisation d'internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent* » au sens de l'article 4 c) du règlement, solution qui semble calquée sur la jurisprudence française<sup>12</sup>. Il paraîtrait toutefois prudent de ne pas ériger de règle générale sur cette question, de façon à laisser aux autorités de concurrence le soin de chercher chaque fois la solution adaptée aux produits en cause et aux caractéristiques du réseau concerné. Il peut également paraître paradoxal qu'internet ne puisse être assimilé à un « *point de vente propre* » (et donc relégué au rang de simple vecteur de commercialisation) quand, dans le même temps, la jurisprudence commence à retenir un « marché internet » distinct (notamment pour le tourisme<sup>13</sup>) et incite les promoteurs à accueillir les *pure players* au sein de leurs réseaux, alors que ceux-ci n'ont par définition pas de magasin physique.

**En conclusion**, l'AFEC estime, qu'en l'état actuel de son expérience en la matière, compte tenu de la structure normative de l'article 81 du traité CE et de la jurisprudence de la Cour, la Commission ne dispose pas d'éléments suffisants pour faire de la clause d'interdiction de vente sur internet une restriction caractérisée en général.

En revanche, des interventions au cas par cas devraient lui permettre d'acquérir une expérience suffisante, pour mieux cerner les cas où des restrictions à la vente en ligne pourraient être qualifiées de restriction de concurrence, et permettre leur exemption en fonction de la justification apportée par la nature des produits ou le positionnement d'image de la marque, et ce, conformément aux principes de nécessité et de proportionnalité définis par la jurisprudence communautaire.

### **b) En ce qui concerne les autres restrictions à la vente sur internet**

i) L'AFEC se félicite que la Commission ait permis d'encadrer la liberté des distributeurs autorisés à vendre sur internet :

---

<sup>10</sup> Ceci permettrait d'éviter le recours à des systèmes « hybrides » obligeant un passage du client en magasin avec remise d'une attestation pour l'achat des produits les plus techniques, qui risque de renforcer le parasitisme à l'intérieur du réseau et est, en pratique, très difficile à mettre en œuvre. (à l'exemple de la décision du Conseil de la concurrence n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma

<sup>11</sup> V. infra p. 8.

<sup>12</sup> Le Conseil de la concurrence a récemment estimé qu'un « *site internet n'est pas un lieu de commercialisation mais un moyen de vente alternatif utilisé, comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance, par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physiques* » (Point 63, Cons. conc., décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques).

<sup>13</sup> Cf. Cons. conc, décision n° 04-D-51 du 4 novembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Lastminute.com et CA Paris, 23 juin 2006, affaire « Fnac / Rueducommerce »

- d'une part en excluant les « *pure players* » en permettant, dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, au fournisseur « *d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un magasin classique ou d'une salle d'exposition avant de se lancer dans la distribution sur internet* » (point 54).
- d'autre part en exigeant « *de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne (...). Cette quantité absolue de ventes hors lignes peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée de manière individuelle pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille dans le réseau ou la localisation géographique* ».
- enfin en permettant au fournisseur d'interdire le recours à des ventes passives (y compris via internet) quand un distributeur vend « *une nouvelle marque* » ou « *une marque existante sur un nouveau marché* » et que cette « *véritable mise sur le marché en cause* » implique la réalisation par le distributeur « *d'investissements substantiels pour créer et/ou développer le nouveau marché sur lequel il n'existait auparavant aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit lorsqu'il émane d'un certain fabricant* » (point 56 du projet de lignes directrices). L'AFEC propose à la Commission d'étendre cette interdiction aux « **produits nouveaux** »<sup>14</sup>.

Il est en effet important, dans l'intérêt du fournisseur, comme des distributeurs qui doivent obtenir le retour sur investissement des *show rooms* qu'ils installent pour optimiser le choix des consommateurs, d'éviter qu'un revendeur ayant obtenu l'agrément pour un point de vente physique inonde l'ensemble du territoire de l'Union européenne, par une revente des produits contractuels sur internet déstabilisant l'ensemble du réseau.

Il serait également nécessaire que le fournisseur ait la possibilité de fixer un chiffre d'affaires minimal distinct pour la vente en magasin et pour la vente en ligne, afin d'éviter une multiplication indue de revendeurs en ligne avec, corrélativement, une obligation pour le fournisseur de vérification du respect des critères quantitatifs requis pour la vente en ligne.

Or, le projet de lignes directrices se contente (note 29 en bas de page 21) d'évoquer la possibilité d'exiger des revendeurs qu'ils vendent au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) en magasin.

**L'AFEC estime donc nécessaire de laisser au fournisseur le contrôle de proportionnalité entre les ventes réalisées en ligne et celles effectuées en magasin**. Si la Commission souhaite donner des exemples de critères pouvant être utilisés par les fournisseurs, il serait utile de préciser ce qu'elle entend par des critères tels que la « *taille dans le réseau* » ou la « *localisation géographique* ».

ii) En outre, l'AFEC relève qu'en l'état actuel du projet de lignes directrices, il n'est pas traité de la situation du fournisseur, la Commission se contentant de lui interdire de se réserver la vente par internet. Il paraît opportun que soit précisé au point 52 du projet que le principe de liberté concerne « *chaque distributeur, y compris le fournisseur le cas échéant* » de façon à préserver la liberté du fournisseur de créer un site de distribution en ligne, si cela est compatible avec la logique du réseau qu'il a mis en place.

---

<sup>14</sup> Solution admise par les juridictions françaises : CA Paris, 18 avril 2008, affaire « Pacific Création / PMC Distribution »

iii) Enfin, le projet de lignes directrices précise au point 54 que « *les mêmes considérations s'appliquent à la vente sur catalogue* ». Cette position peut être critiquée. En effet, même si la vente sur internet est une vente par correspondance, elle se distingue de la vente sur catalogue à de nombreux égards, en raison de son interactivité qui permet par la mise à disposition de foires aux questions (FAQ), de forums de discussion, de vidéos ou même de chats (discussion en ligne) avec des conseillers, d'accompagner le client dans son achat. Ainsi, en France, l'ancien Conseil de la concurrence a considéré dans une décision du 8 mars 2007<sup>15</sup> que la comparaison entre la vente par internet et par correspondance n'était pas pertinente car elle « *ne peut offrir au consommateur, ni la vitrine de présentation, ni l'interaction, au travers notamment de l'existence d'une « hot line » et de l'utilisation de films qu'est susceptible d'offrir un site de vente en ligne. On ne peut donc assimiler l'interdiction de vente d'un produit sur Internet au sein d'un réseau sélectif agréé à une interdiction de vente par correspondance classique* ».

L'AFEC estime nécessaire, en tout état de cause, de permettre au fournisseur, dans le cadre de l'exemption par catégorie, d'**interdire la vente sur catalogue**, même dans l'hypothèse où la Commission persisterait, malgré les observations des professionnels, à adopter une position différente à l'égard de la vente sur internet. L'AFEC se réjouit également de la reconnaissance explicite de la distribution sélective fondée sur des critères quantitatifs.

iv) Enfin, il convient de souligner que la vente par internet, qui a connu un essor important au cours des cinq dernières années, a aussi introduit une certaine dérégulation des réseaux de distribution traditionnels en raison des difficultés concrètes de mise en œuvre de la responsabilité pénale et civile de ce canal de distribution et de son « hébergeur » dans le cadre de la directive e-commerce.

Cette dérégulation a favorisé l'appropriation des réseaux numériques par des vendeurs de faux produits, et ce tout particulièrement pour les produits vendus par la distribution sélective, puisque les ventes numériques de contrefaçons portent surtout sur les parfums et cosmétiques, les articles de sportwear, les accessoires de mode et l'horlogerie. Elle a aussi favorisé l'introduction de faux dans de nouveaux secteurs (médicaments, pièces de rechange automobiles et vins et spiritueux). Enfin la vente de faux par voie numérique a attiré des personnes, qui ne se seraient pas livrées à de tels trafics, mais qui se sont laissées tentées par l'immunité que leur procure la préservation des données personnelles au travers de pseudonymes et la facilité de modifier leur adresse IP.

A la faveur de la révision du règlement d'exemption, il est donc important que la Commission, qui a mis en œuvre des mesures de lutte contre la contrefaçon, si elle entend encourager les ventes sur internet, **impose aux sites marchands une équivalence de garanties pour le consommateur** par rapport à la sécurité que lui apporte la distribution sélective en magasin agréé, par la garantie de l'authenticité du produit et l'absence d'anonymat du vendeur.

## **5. Autres remarques**

---

<sup>15</sup> Décision n°07-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle, point 95.

▪ **Accords de sous-traitance** (Point 22, projet de lignes directrices) :

La Commission a fait le choix de renvoyer à la communication existante concernant l'appréciation des contrats de sous-traitance au regard des dispositions de l'article 81, §1 CE.

L'AFEC regrette qu'il n'y ait pas eu d'apport concret susceptible de sécuriser de tels contrats, pourtant fréquents, notamment pour les produits vendus sous marques de distributeurs, car un grand nombre d'accords de sous-traitance sont des accords verticaux.

▪ **Contrats d'agence** :

Lorsque l'existence d'un contrat d'agence est établie, celui-ci ne relève plus de l'article 81§1 CE. L'ajout de nouveaux critères permettant d'établir l'absence de risque, tel que le fait de ne pas exploiter un service après-vente, pourrait faciliter la qualification des accords en contrats d'agence et par la même diminuer le champ d'application du droit des ententes verticales.

Le projet tient donc utilement compte de la dernière jurisprudence communautaire<sup>16</sup>, notamment:

- Au point 14 du projet de lignes directrices, par l'ajout d'un troisième type de risque financier ou commercial pertinent pour établir l'existence d'un contrat d'agence et des précisions utiles sur les risques liés à d'autres activités, telles que les services après-vente.
- Au point 16 du projet de lignes directrices, par l'ajout de l'avant-dernier tiret, aux termes duquel, le fait de ne pas exploiter un service après-vente, de réparation ou de garantie est un élément permettant d'établir l'existence d'un contrat d'agence, à moins que la prestation ne donne lieu à un remboursement par le commettant ou soit indispensable pour vendre les biens ou services.

▪ **Distribution sélective et interdiction des ventes hors réseau** :

Le projet de règlement (art 4b-3ème tiret) introduit une limite à la possibilité pour le fournisseur d'interdire les ventes hors réseau par ses distributeurs agréés. Une telle possibilité n'échapperait en effet à la qualification de restriction caractérisée, que pour « *restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés sur les marchés où ce système est appliqué* ».

La modification ainsi proposée, par rapport au règlement actuel, apparaît :

- d'une part, porteuse de discrimination et de difficultés pour les plus petits fournisseurs qui ne veulent ou ne peuvent implanter un réseau dans chaque Etat-membre,

---

<sup>16</sup> A rapprocher de la décision de l'Autorité de la Concurrence n°09-D-23 du 30 juin 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de vêtements prêt-à-porter féminin et d'accessoires qui analyse l'absence d'autonomie d'un distributeur par rapport à son fournisseur et fait échapper leur relation au droit des ententes.

- d'autre part, susceptible d'engendrer un développement des réseaux parallèles, contraire à l'esprit et à l'objectif de la distribution sélective, qui, par sa nature même, implique une circulation limitée au réseau agréé (*cf. affaire Metro c/ Commission précitée en renvoi 5*).

▪ **Ventes actives et passives :**

Les définitions des notions de « *vente active* » et « *vente passive* » ne sont que très faiblement modifiées par le projet de lignes directrices et continuent d'être rédigées de façon très générale. La classification de certaines ventes en tant que « passives » ou « actives » emporte pourtant des conséquences importantes, puisque de cette distinction peut dépendre l'application ou le retrait de l'exemption conférée par le règlement.

Outre une définition plus élaborée, il est intéressant que le point 56 du projet de lignes directrices admette les restrictions des ventes passives pendant les deux premières années lorsqu'un distributeur réalise des investissements afin de vendre une nouvelle marque.

Par contre, l'article 4 c) du projet de règlement considère comme restriction caractérisée le fait "*de restreindre les ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective (...)*".

Il est donc permis de s'interroger sur la signification dans le communiqué de presse n° IP/09/1197 du 28 juillet 2009, de la précision de la Commission, en ce qui concerne les ventes en ligne, où elle précise "*qu'il convient de distinguer entre les ventes résultant d'une démarche commerciale active de celles résultant de la propre initiative du consommateur (c'est-à-dire entre ventes actives et passives) et expose comment le règlement modifié traitera les restrictions imposées aux ventes sur Internet, telles que l'obligation faite par un fournisseur imposant au distributeur de disposer d'un magasin classique avant de s'engager dans la vente en ligne*". On pourrait penser que la Commission envisage de valider l'interdiction des ventes actives en ligne pour des membres d'un réseau de distribution sélective et une clarification serait d'autant plus utile qu'une vente active en ligne irait totalement à l'encontre de la distribution sélective.

De plus, les définitions actuelles des notions de « *vente active* » et « *vente passive* » sont peu adaptées à certains secteurs de l'économie et du commerce au sein desquels les opérateurs définissent des offres segmentées en fonction du type de clientèle, ou encore répondent à des appels d'offres. Dans le cadre de ces marchés, une interdiction des ventes actives dirigées vers un territoire exclusif ou vers une clientèle réservée pourrait équivaloir à une interdiction totale des ventes vers ces clients précis, puisque aucune sollicitation spontanée ne saurait intervenir.

La Commission pourrait mentionner dans ses lignes directrices qu'une restriction des ventes actives vers certains territoires ou clientèles, ayant pour conséquence d'entraîner *de facto* une impossibilité totale d'intervenir sur les marchés concernés, pourrait ne pas être couverte par l'exemption par catégorie.

Enfin, la clarification attendue sur les définitions de « *vente active* » et « *vente passive* » serait bienvenue pour traiter les situations de combinaison entre la distribution exclusive et la distribution sélective.

▪ **L'absence d'exemption d'un accord au titre de l'article 81 §3, en cas d'application de l'article 82 du traité**

Le point 123 du projet de lignes directrices exclut d'exempter les accords qui constituent un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE.

Cette disposition va au delà des lignes directrices concernant l'application de l'article 81 §3 du traité (JO C 101 du 27/04/2004 p. 0097 – 0118) qui prévoient au contraire au point 126 que « *le concept d'élimination de la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause, qui est énoncé à l'article 81§3, est un concept autonome du droit communautaire qui est propre à l'article 81§ 3...La cohérence veut que l'article 81§3, soit interprété comme empêchant l'application de cette disposition aux accords restrictifs qui constituent un abus de position dominante. Cependant, les accords restrictifs conclus par une entreprise dominante ne constituent pas tous un abus de position dominante... »*

Dans son arrêt du 10 juillet 1990 (T-51/89 Tetra Pak Rausing SA/Commission) le TPICE a jugé que « *lorsque des accords auxquels sont parties des entreprises en position dominante entrent dans le champ d'application d'un règlement d'exemption par catégorie, les effets de l'exemption par catégorie sur l'applicabilité de l'article 82 doivent être appréciés dans le cadre de la seule économie de l'article 82... et que l'octroi d'une exemption... ne saurait en aucun cas valoir également exonération de l'interdiction énoncée à l'article 82 ».*

Dans l'arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche, la CJCE a jugé que « *la circonstance que des accords ... pourraient relever de l'article 81, et notamment de son paragraphe 3, n'a cependant pas pour effet d'éliminer l'application de l'article 82 ... de sorte qu'il est, dans ces cas, loisible à la Commission...de poursuivre la procédure sur la base de l'article 81 ou sur celle de l'article 82" (point 116, 85/76, Rec. p . 461).*

Il semble que l'autonomie des articles 81 et 82, devrait exclure de juger, a priori, l'article 81 §3 inapplicable à un accord du seul fait qu'il serait conclu par une entreprise soumise à l'application de l'article 82, si ce n'est pas l'accord, qui crée, de lui même, la violation de l'article 82 du traité CE.

A titre accessoire, il est observé qu'en droit français, l'article L 420-4 du Code de commerce prévoit une possibilité d'exemption des ententes aussi bien que des abus de position dominante, ce qui soulève un problème de cohérence, certes limité par le principe de primauté du droit communautaire.

▪ **Primes de référencement et accords de gestion par catégorie**

L'AFEC note l'introduction dans les lignes directrices, aux points 199 et suivants, ainsi qu'aux points 205 et suivants du projet, des notions de « redevances d'accès initial au linéaire », et d'accords de gestion par catégorie.

Ces deux notions ne sont pas du tout évoquées dans les lignes directrices en vigueur. Elles constituent toutes deux des pratiques communément répandues en Europe, et sont généralement reconnues comme ayant un effet bénéfique pour le consommateur, comme

l'indique d'ailleurs la rédaction projetée. Pour autant, on peut s'étonner de cette introduction dans le projet de lignes directrices, et des effets négatifs qui sont évoqués.

En effet, en ce qui concerne les accords de gestion par catégorie, ou « category management », la Commission elle-même, dans une récente décision prise en matière de concentration ( affaire Procter & Gamble/Gillette du 15 juillet 2005), reconnaissait que « *les accords de category management...pouvaient être perçus comme largement pro concurrentiels, car ils permettent aux distributeurs de stocker les produits les plus demandés et aux consommateurs de trouver les produits les plus demandés en quantité suffisante* ».

Il semble donc à l'AFEC très excessif de lister des effets négatifs pour ces deux notions, en l'absence de toute jurisprudence ayant établi de tels effets.

**En conclusion**, l'AFEC, tout en appréciant l'assouplissement apporté par une affirmation de l'exemptabilité, au cas par cas, des restrictions caractérisées, exprime le souhait que la Commission aménage ses projets, tout particulièrement en ce qui concerne l'exigence nouvelle d'une double limite de parts de marché de l'acheteur et du fournisseur pour l'applicabilité de l'exemption par catégorie, et s'agissant de l'interdiction des ventes sur internet, il semble essentiel à l'AFEC de ne pas créer une nouvelle restriction caractérisée dans un règlement d'exemption, qui risquerait de figer une question qui nécessite une analyse au cas par cas.

L'AFEC est à la disposition des services de la Commission pour approfondir ses présentes observations, au fur et à mesure de l'élaboration du futur régime applicable aux accords verticaux, dont elle souhaite ardemment qu'il prenne mieux en compte les effets pro concurrentiels de tels accords, notamment par une meilleure analyse de la concurrence par les services apportés par les réseaux de distribution.

\*\*\*\*\*

*NB : Les présentes observations ont été établies par le Comité de Direction de l'AFEC sur proposition d'un groupe de travail d'une quarantaine de professionnels (juristes et économistes), animé par maître Christine Vilmart, et largement représentatif des secteurs concernés (avocats, professeurs de droit, organisations professionnelles et interprofessionnelles, représentants d'entreprises de production et de distribution), et en présence d'un représentant de l'Autorité de concurrence. Elles sont le reflet d'un consensus, sans préjuger des observations individuelles des structures ou personnes ayant participé aux travaux de l'Association d'Etudes de la concurrence).*

\*\*\*\*\*