

## **Observations des autorités françaises pour la Commission européenne**

### **Objet : Observations sur la proposition de modification du règlement d'exemption par catégorie et des lignes directrices sur les accords de fourniture et de distribution (restrictions verticales).**

Dans le cadre de la révision du règlement d'exemption n° 2790/1999 relatif aux restrictions verticales, la Commission européenne souhaite recueillir les observations des parties intéressées sur sa proposition de modification du règlement et des lignes directrices.

La consultation publique ouverte par la Commission concerne tous les points abordés par le règlement et les lignes directrices, mais invite plus particulièrement à développer deux points principaux : la puissance de marché des acheteurs et les restrictions imposées aux ventes en ligne.

La France, comme l'ont déjà indiqué les autorités françaises participant au comité consultatif préalable à l'adoption du projet de règlement, approuve les projets présentés, s'agissant notamment du traitement par la règle de raison des restrictions caractérisées, de l'analyse des prix fixes ou minimum, de l'exigence de disposer d'un point de vente physique pour la vente sur internet, de l'équivalence des conditions posées pour les ventes en ligne et les ventes en magasin.

Les autorités françaises souhaitent toutefois formuler les observations suivantes sur les deux points signalés par la Commission.

#### **I. Sur la prise en compte de la puissance de marché des acheteurs.**

Afin de mieux prendre en compte la puissance de marché des acheteurs dans le règlement, la Commission modifie le critère d'exemption tenant au seuil de part de marché.

L'article 3 de l'actuel règlement réserve l'exemption aux accords dans lesquels la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30% du marché affecté par l'accord. La part de marché de l'acheteur n'intervient que pour les accords de fourniture exclusive. La modification proposée par la Commission consiste à prendre également en compte la part de marché détenue par le distributeur<sup>1</sup> : l'exemption par catégorie ne pourra pas s'appliquer si une des entreprises parties à l'accord détient une part de marché supérieure à 30%.

Les autorités françaises sont favorables à ce que la puissance de marché des distributeurs soit mieux prise en compte au profit notamment d'un rééquilibrage des relations fournisseurs distributeurs, mais elle souhaite toutefois attirer l'attention de la Commission sur les conséquences et les risques de la modification proposée.

- En premier lieu, la prise en compte de la part de marché du distributeur va réduire sensiblement le champ d'application du règlement d'exemption ; des accords aujourd'hui exemptés vont être immédiatement exposés à des procédures judiciaires.

---

<sup>1</sup> Cette modification est insérée dans le règlement, considérants, points 8 et 9, et à l'article 3 « seuil de part de marché », ainsi que dans les lignes directrices au paragraphe III.I « zone de sécurité », point 23, qui renvoie aux points 82 à 91 relatifs à la définition des marchés et au calcul des parts de marché.

- En second lieu, le calcul de la part de marché du distributeur est plus complexe que pour le fournisseur, eu égard notamment à la composante géographique de ce marché (zone de chalandise).

Les lignes directrices soumises à consultation précisent les modalités de calcul de la part de marché du distributeur. Elles considèrent que le marché géographique en cause comprend « *le territoire sur lequel les entreprises considérées offrent ou demandent des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, notamment parce que les conditions de concurrence y diffèrent d'une manière appréciable* » (point 84). Il en résulte que le marché à prendre en compte peut correspondre à la zone de chalandise du distributeur concerné ce qui aura pour conséquence une augmentation très importante du nombre d'accords qui ne pourront pas bénéficier de l'exemption, sans réelle justification.

Certes, la Commission précise au point 85 des lignes directrices : « *étant donné que les distributeurs sont des acheteurs professionnels, le marché géographique de gros est généralement plus vaste que le marché de détail sur lequel les produits sont revendus aux consommateurs finals* ».

Toutefois, ces précisions ne suffisent pas à lever l'incertitude juridique liée à ce mode de calcul. Ainsi, s'agissant de réseaux de distribution exclusive, sélective ou de franchise, il ne peut être exclu que certains distributeurs bénéficieront de l'exemption alors que d'autres pourront en être exclus, faute de concurrence sur leur zone de chalandise, même si la part de marché de l'ensemble des distributeurs concernés par l'accord est inférieure à 30%. Ce nouveau cadre est donc susceptible de remettre en cause l'organisation même de ces réseaux.

Les autorités françaises demandent à la Commission de clarifier la définition du marché du distributeur (point 85, dernière phrase de la proposition de lignes directrices), de nature à permettre une appréciation souple de ce critère d'exemption. L'évaluation de la part de marché devrait être effectuée dans un périmètre suffisamment large, si ce n'est national, afin de ne pas limiter de façon trop restrictive le champ du règlement et d'assurer aux fournisseurs une sécurité juridique suffisante dans le cadre de contentieux nationaux. Au demeurant, l'obligation du fournisseur de vérifier la part de marché de ses distributeurs peut conduire à la mise en place de dispositifs d'échange d'informations propices à la mise en oeuvre de restrictions à la liberté des distributeurs.

## **II. Sur l'analyse des restrictions caractérisées.**

Le deuxième point sur lequel la Commission souhaite que les parties intéressées donnent plus particulièrement leur avis s'inscrit dans l'analyse générale des accords verticaux et des restrictions caractérisées, actualisée en fonction de la jurisprudence récente.

### **A) Sur la définition des accords verticaux.**

Le point 25 des lignes directrices reprend la jurisprudence communautaire relative à la démonstration de l'existence d'un accord vertical. Un accord est avéré lorsque les parties ont exprimé leur intention commune de se comporter d'une manière particulière sur le marché.

En l'absence d'accord explicite, la Commission doit prouver que la stratégie unilatérale d'une partie reçoit l'acquiescement de l'autre. Elle précise que l'acquiescement d'une partie à la stratégie unilatérale de l'autre « *peut être établi de deux manières* » : il peut être déduit d'un accord général préalablement établi ou, en l'absence d'acquiescement explicite, la Commission peut démontrer l'acquiescement tacite.

Pour démontrer l'acquiescement tacite, il convient de montrer qu'une partie exige, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre et que l'autre se plie à cette exigence.

A titre d'exemple d'acquiescement tacite des distributeurs à la stratégie unilatérale du fournisseur, la Commission cite l'annonce par un fournisseur d'une réduction unilatérale de ses livraisons pour empêcher tout commerce parallèle (invitation explicite) suivie de la réduction immédiate par les distributeurs de leurs commandes et la cessation de leur pratique de commerce parallèle.

La Commission précise également que l'acquiescement tacite peut être déduit du niveau de coercition exercé par une partie pour imposer sa stratégie unilatérale (invitation tacite), en liaison avec le nombre de distributeurs qui la mettent en œuvre. Elle donne comme exemple un système de suivi et de pénalités instauré par le fournisseur pour sanctionner les distributeurs dissidents (police), si ce système permet au fournisseur de mettre en œuvre sa stratégie dans la pratique (application).

Dans ce contexte la phrase in fine « *les deux manières d'établir l'existence d'un acquiescement décrites ci-dessus peuvent être utilisées conjointement* » n'apparaît pas claire.

Les autorités françaises souhaitent une clarification de cette dernière disposition.

## **B) Sur les restrictions caractérisées.**

Les autorités françaises approuvent le maintien, dans la proposition de règlement, des restrictions dites « *caractérisées* » prévues à l'article 4 (prix imposés et restrictions de vente) dès lors que la Commission rappelle clairement que ces restrictions ne constituent pas des infractions *per se* mais font seulement perdre à l'accord vertical le bénéfice de l'exemption par catégorie quelles que soient les parts de marché des parties à l'accord. En revanche, elle s'interroge sur la position exprimée par la Commission dans ses lignes directrices de qualifier de restriction caractérisée l'interdiction de vendre par internet (cf les développements § III *infra*). Elle s'interroge également sur la modification apportée à l'article 4b.

1) La Commission rappelle à juste titre que les restrictions caractérisées ne sont pas des infractions *per se*.

Le point 47 de la proposition de modification des lignes directrices précise les modalités d'analyse des restrictions caractérisées.

Un accord prévoyant de telles restrictions est présumé relever de l'article 81§1 ; la Commission ajoute qu'il est peu probable qu'il pourra remplir les conditions énoncées par l'article 81§3. Toutefois, la Commission précise que cette dernière présomption est réfragable, ce qui laisse aux entreprises la possibilité d'obtenir une exemption individuelle. Ces dernières devront démontrer qu'il est probable que des gains d'efficacité résultent de la restriction caractérisée et que toutes les conditions de l'article 81§3 sont remplies. La Commission devra alors apprécier soigneusement les effets négatifs probables, et non pas simplement les présumer, avant une ultime évaluation au titre de l'article 81§3.

Une telle analyse devrait conduire les autorités nationales de concurrence à assouplir leur appréciation des restrictions caractérisées de l'article 4 du règlement qui les définit comme tout accord ayant pour objet d'imposer un prix de vente fixe ou minimum, ou encore de restreindre sous certaines conditions les ventes de l'acheteur partie à l'accord. L'autorité de concurrence doit démontrer l'objet anticoncurrentiel de la pratique « *sans application mécanique* » (cf. lignes directrices, introduction (3), ainsi que point 10). Par ailleurs, une restriction caractérisée ne constitue pas une infraction *per se*, mais peut être rachetée au terme d'un bilan concurrentiel.

2) Mais la modification introduite à l'article 4 b 3<sup>ème</sup> tiret relatif à l'étanchéité des réseaux de distribution sélective n'apparaît pas justifiée.

Le règlement autorise certaines restrictions de vente, notamment la restriction des ventes des distributeurs agréés d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés (article 4b, 3<sup>ème</sup> tiret). La Commission propose de modifier cet article comme suit (termes soulignés) :

« *The exemption provided for in article 2 shall not apply to vertical agreements which, directly or indirectly, in isolation or in combination with other factors under the control of the parties, have as their object* » (...)

*(b) the restriction of the territory into which, or of the customers to whom, the buyer may passively sell the contract goods or services, except:*

*the restriction of sales by the members of a selective distribution system to unauthorised distributors in markets where such a system is operated ».*

Cet ajout peut avoir pour conséquence d'obliger le fournisseur à adopter un système de distribution sélective sur l'ensemble du territoire communautaire dans le but de garantir l'étanchéité de son réseau.

En conséquence, les autorités françaises souhaitent le maintien de l'article 4b 3<sup>ème</sup> tiret dans sa rédaction actuelle.

### **III. Sur les restrictions aux ventes en ligne.**

L'essor des ventes par internet conduit la Commission à en développer l'analyse concurrentielle dans les propositions de lignes directrices.

Les textes proposés à la consultation publique<sup>2</sup> qualifient de restriction caractérisée le fait de restreindre les ventes passives des distributeurs aux clients individuels, quel que soit le système de distribution. La restriction des ventes actives aux clients individuels n'est possible que dans le cas de distribution exclusive. Les textes précisent que le recours à internet n'est « *en général* » pas considéré comme une forme de vente active, en conséquence de quoi les restrictions de vente par internet font perdre le bénéfice de l'exemption par catégorie. En outre, les textes stipulent qu'un fournisseur ne peut ni interdire à ses distributeurs la vente par internet, ni se réserver les ventes ou la publicité sur internet.

La Commission pose ainsi le principe de l'interdiction pour le fournisseur d'interdire la vente en ligne. Elle autorise seulement la possibilité d'imposer des critères encadrant la vente par internet.

#### **A) Observations liminaires des autorités françaises sur les motivations et l'analyse juridique de la Commission sur la vente en ligne.**

*Les motivations de la Commission : l'internet est un outil d'intégration du marché*

La Commission précise que la prohibition de l'interdiction de la vente par Internet a pour objectif de permettre aux consommateurs de bénéficier du marché intégré et d'accroître leurs possibilités d'achats transfrontaliers, tout en considérant que les dispositions doivent permettre aux fournisseurs de limiter et empêcher le *free riding* entre leurs distributeurs.

Elle relève que la distinction opérée de longue date entre ventes actives et ventes passives était cohérente avec les modes de distribution en place avant l'apparition du commerce par internet, mais s'avère aujourd'hui plus complexe dans le contexte de la vente en ligne. La Commission ne modifie pas pour autant son analyse.

A cet égard, les autorités françaises observent que la spécificité du monde virtuel de l'Internet doit conduire à réexaminer la pertinence des notions actuelles de ventes actives et passives :

- Le cyberspace tend à vider de sa substance l'exclusivité territoriale : le risque de cloisonnement du marché par territoire ou par clientèle tend à s'effacer devant le caractère ubiquitaire de l'Internet.
- La protection des territoires ou des clientèles assurée par la possibilité de limiter les ventes actives peut être facilement anéantie : si le consommateur souscrit à une *newsletter* du distributeur, l'ensemble de ces contacts avec ce distributeur peuvent être qualifiés de messages électroniques sollicités par l'acheteur et les ventes effectuées par la suite de passives.
- La protection des territoires ou clientèles, autorisée en distribution exclusive, ne l'est pas en distribution sélective. Aussi, la combinaison des deux systèmes dans un même

---

<sup>2</sup> non modifiés sur ces points par rapport aux textes actuels

réseau interdit en pratique au fournisseur de prohiber les ventes actives dans son réseau<sup>3</sup>.

#### *La distinction ventes passives / ventes actives.*

Toutefois, bien qu'elle note que la distinction entre ventes passives et ventes actives n'est pas forcément adaptée à la complexité du commerce par internet, la Commission maintient la position déjà adoptée dans le règlement actuel<sup>4</sup>, en précisant que les ventes par internet sont des **ventes passives**. En conséquence, les ventes par Internet ne sont susceptibles d'aucune restriction licite sauf en matière de distribution exclusive dans le cas où elles font suite à un courrier électronique non sollicité par l'acheteur<sup>5</sup>.

Cette position s'explique par le fait que la Commission a reconnu dès 2000 les avantages de la distribution en ligne : l'internet créerait plus de transparence et permettrait aux consommateurs de repérer plus vite et à des coûts réduits les offres les plus attractives. La vente en ligne serait un moyen de pression sur les distributeurs pratiquant des prix élevés, ce qui contribue à plus d'intégration des marchés. Les lignes directrices de 2000 précisent en effet que l'objectif du droit communautaire est d'empêcher les entreprises de recréer des obstacles de nature privée entre les Etats membres, là où les obstacles publics ont pu être éliminés<sup>6</sup>. C'est la raison pour laquelle la Commission a posé comme principe dans les lignes directrices de 2000 - et le conserve dans le projet de texte révisé - que « *chaque distributeur est libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits* ». Cette position est reprise au point 52 des lignes directrices soumises à la consultation publique.

#### *La position des autorités françaises*

Les autorités françaises s'interrogent sur le caractère actuel et paradoxal de considérer les ventes par internet comme des ventes passives alors qu'elles constituent du fait même de leur caractéristiques technologiques un outil actif de développement des ventes.

Les autorités françaises ne demandent pas l'éviction de l'interdiction de la vente par internet de la liste des restrictions caractérisées visées dans les lignes directrices mais souhaite que la Commission approfondisse ses arguments pour convaincre ceux qui la demandent. Le Règlement 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 rend la Commission compétente pour appliquer par voie de règlement l'article 81§3 du Traité CE à certaines catégories d'accords verticaux et pratiques concertées relevant de l'article 81§1 du Traité CE. Aussi, la Commission ne peut justifier la qualification de restriction caractérisée de l'interdiction de la vente en ligne par le seul motif que l'internet est un outil d'intégration du marché.

Elle doit analyser en quoi l'interdiction de vente par internet produit nécessairement des effets anticoncurrentiels qui légitiment une quasi qualification d'infraction par objet. De la même façon

---

<sup>3</sup> Les lignes directrices actuelles précisent au point 53 que « la distribution sélective peut être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et les ventes passives ne soient nulle part limitées. ». Le projet soumis à la consultation publique prévoit au point au point 54 que « la distribution sélective peut ne pas être combinée avec la distribution exclusive si cela conduit à une restriction des ventes actives ou passives par les distributeurs ».

<sup>4</sup> Les lignes directrices actuelles précisent au point 51 que « chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou vendre ses produits. Une restriction à l'utilisation d'internet par les distributeurs ne serait compatible avec le règlement d'exemption par catégorie que dans la mesure où les ventes via internet entraînent la réalisation de ventes actives vers les territoires exclusifs ou aux clientèles exclusives d'autres distributeurs. En général, le recours à internet n'est pas considéré comme une forme de vente active vers ces territoires ou ces clientèles car c'est un moyen raisonnable d'atteindre tous les clients(...). Si un client visite sur Internet le site d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, et aussi une livraison, il s'agit là d'une vente passive. »

<sup>5</sup> En d'autres termes, la vente qui se réalise après l'envoi par le distributeur d'un mail non sollicité par le client, constitue une vente active. En matière de distribution exclusive, le fournisseur peut interdire à son distributeur de solliciter par envoi de mails notamment, les clients situés dans un autre territoire que celui qui lui est alloué.

<sup>6</sup> Cf. dans ce sens, CJCE 16/09/2008 *Lélos kai Siac GlaxoSmithKline*, §65

qu'elle l'a fait pour les prix imposés, la Commission devrait produire un bilan concurrentiel de l'interdiction de la vente par Internet alors que l'état actuel du marché est que la plupart des opérateurs autorisent la vente par Internet sans qu'aucune disposition spécifique n'ait été adoptée en ce sens et exercent une pression concurrentielle significative sur ceux qui n'y recourent pas encore. De fait, le marché procède à cet égard à sa propre régulation.

En l'absence d'un tel bilan, la qualification de restriction caractérisée de l'interdiction de la vente en ligne irait à l'encontre de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes qui a validé le principe de la distribution sélective.

Les autorités françaises rappellent à cet égard que la Cour de Justice a validé la distribution sélective en considérant dans son arrêt «L'Oréal»<sup>7</sup> que les systèmes de distribution sélective sont conformes à l'article 81§1 à condition que la nature du produit justifie un tel système de distribution, que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères qualitatifs objectifs, relatifs à la qualification professionnelle du revendeur, de son personnel et de ses installations. Ces conditions doivent être fixées d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliquées de façon non discriminatoire.

La Commission européenne a du reste retranscrit cette jurisprudence dans ses lignes directrices de 2000: « (...) *On considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 81§1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient satisfaites* (nature du produit, critères objectifs et non discriminatoires qui ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire). Cette disposition est reprise au point 171 des lignes directrices soumises à la consultation publique.

La Commission et la Cour de Justice ont à plusieurs reprises rappelé que cette forme de distribution est réservée à certains produits « *dont la qualité et le bon usage justifient un tel système* ».

## **B. Observations des autorités françaises sur les modifications proposées par la Commission par rapport aux textes actuels.**

Dans le cadre de son analyse actuelle (toute restriction à la vente par internet est une restriction caractérisée), il est aujourd'hui nécessaire que la Commission trouve un équilibre entre les systèmes de distribution reconnus par la jurisprudence communautaire et nationale depuis de nombreuses années et le récent développement du commerce par Internet.

Lorsque le fournisseur, qui a mis en place un réseau de distribution répondant aux critères de la jurisprudence, souhaite que ses produits soient également vendus par internet, les autorités françaises considèrent que le règlement européen et les lignes directrices doivent s'attacher à concilier ces modes de distribution, légitimement reconnus, avec l'exploitation d'un point de vente virtuel. En d'autres termes, il s'agit de permettre le commerce par internet sans autoriser la dépréciation de la marque et donc de préserver l'équilibre entre distribution en magasin et distribution par internet.

A cet égard, la France se félicite de certains points soulignés par les autorités françaises de concurrence au cours des discussions préalables à l'élaboration des projets de textes (points 54 et 57 des lignes directrices). Toutefois, s'agissant des ventes en magasin et sur Internet, la France souhaiterait que la Commission adapte les dispositions pour assurer un réel équilibre entre ces deux modes de vente (point 52).

- 1) Sur la licéité de l'exigence d'un point de vente physique et sur les conditions de vente en magasin et en ligne (points 54 et 57).

La Commission reconnaît la nécessité pour le distributeur de posséder un magasin physique comme condition préalable et nécessaire à la commercialisation des produits pour lesquels il l'a désigné (cf

---

<sup>7</sup> CJCE, 11 décembre 1996

point 54 : « un fournisseur peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un magasin classique ou d'une salle d'exposition avant de se lancer dans la distribution par internet. Les mêmes considérations s'appliquent à la vente sur catalogue ». Elle précise que les conditions imposées à la vente en ligne ne doivent pas forcément être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, « mais plutôt qu'elles devraient poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution » (cf point 57 et les exemples de la note de bas de page 31).

Les autorités françaises soutiennent le développement du commerce en ligne en matière de distribution sélective, pour autant qu'il ne nuise pas aux investissements dans l'image de marque et la distribution des produits réalisés par les distributeurs agréés qui possèdent un point de vente physique.

L'exigence d'un point de vente physique dans le cas de la distribution sélective paraît légitime tant pour le bien être du consommateur que pour l'image de marque des produits.

Cette position est celle de la jurisprudence française. La Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 16 octobre 2007, Bijourama, considère qu'une société, présente sur le segment haut de gamme, « est fondée à exiger, pour maintenir une certaine image de qualité, notamment par un service après-vente efficace, et assurer la mise en valeur de ses produits, que la vente sur Internet n'intervienne, dans l'intérêt même des consommateurs, qu'en complément d'un point de vente physique ».

Les réseaux de distribution sélectifs actuels répondent aux besoins des consommateurs en termes d'environnement, présentation des produits, conseils, service avant et après vente.

La complémentarité des deux modes de vente, Internet et vente en magasin réel, permet d'assurer un meilleur service au consommateur. Le distributeur perfectionne son savoir-faire dans le cadre de son magasin (accueil, connaissance de la clientèle, etc.). Le magasin assure un service après-vente de qualité pour l'ensemble des produits. Un *pure player* pourra difficilement offrir un service aussi étendu aux acheteurs.

Par ailleurs, les caractéristiques du magasin physique sont essentielles pour maintenir l'image des produits haut-de-gamme et de grande technicité, dont la nature justifie la mise en place d'un système de distribution sélectif. A cet égard, la complémentarité entre les deux modes de vente apporte une garantie de qualité aux consommateurs en les protégeant des risques de contrefaçon, très élevés sur Internet. L'ouverture du réseau aux *pure players* créé également un risque important de captation par ceux-ci des investissements consentis par le distributeur « physique » pour satisfaire aux critères de qualité exigés par la marque. Les investissements nécessaires à l'ouverture d'un site Internet, même au standard de qualité demandé par le fabricant, sont nécessairement moindres si on les rapporte à la zone de chalandise impactée par chacun des modes de distribution, limitée territorialement pour le magasin physique, sans limite pour l'Internet.

En outre, la disparition des points de vente physiques se ferait au détriment des consommateurs, notamment de ceux qui ne disposent pas nécessairement d'un accès à Internet, ou qui ne souhaitent pas utiliser ce nouvel outil pour tout ou partie de leurs achats.

- 2) Sur le nécessaire équilibre à garantir entre les ventes réalisées en magasin et celles réalisées par Internet.

La Commission pose le principe de l'illicéité pour le fournisseur d'exiger d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées par internet :

(52) «Every distributor must be free to use the Internet to advertise or to sell products.....The Commission regards for instance the following as hardcore restrictions of passive selling :

- requiring a distributor to limit the proportion of overall sales made over the internet(29) ».

Certes, dans la note de bas de page 29, la Commission introduit un assouplissement : « Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son magasin traditionnel ».

Les autorités françaises considèrent toutefois que cette atténuation peut s'avérer insuffisante pour assurer un réel équilibre entre les ventes en magasin et les ventes par internet. En effet cette disposition peut ne pas suffire à contrecarrer le risque d'appauvrissement de la distribution sélective, modèle économique reconnu par la jurisprudence.

Sur le plan économique, les consommateurs ont intérêt ex post à ce que les biens soient disponibles le plus largement possible. Le raisonnement ex ante consiste à se demander ce qui incite les différents étages de la chaîne, du fournisseur au distributeur, à investir dans les biens et services spécifiques et en particulier dans les innovations.

Un fournisseur qui ne pourrait imposer que des limites en valeur absolue aux membres de son réseau de distribution s'exposerait à un risque important de contournement des investissements spécifiques engagés par ces membres.

Les autorités françaises proposent donc une nouvelle rédaction permettant de proportionner les ventes réalisées par internet par rapport à celles faites en magasin sans pour autant discriminer les ventes par internet:

(52) «*Every distributor must be free to use the Internet to advertise or to sell products....The Commission regards for instance the following as hardcore restrictions of passive selling:*

- *requiring a distributor to limit the percentage of the sales made over the internet under the amount of sales made in the brick and click shop.*

Cet aménagement ne doit toutefois pas être interprété comme permettant au fournisseur d'interdire aux vendeurs agréés d'avoir recours à des plates-formes pour présenter les produits sur internet dès lors que ces plates-formes ont la capacité de satisfaire aux critères qualitatifs de présentation des produits en cause dans les boutiques virtuelles et apportent toute garantie sur la qualité et l'identité des vendeurs.

### **Autres points**

Une modification a été introduite dans la définition des droits de propriété intellectuelle (intégration du savoir-faire), à l'article 1 (e) du règlement devenu 1(d) dans le projet soumis à consultation :

Article 1(d) « *Intellectual property rights includes industrial property rights, know how, copyright and neighbouring rights* » (les ajouts sont soulignés).

La transmission du savoir-faire étant l'objet principal du contrat de franchise, la lecture combinée de cette définition et de l'article 2.3 semble exclure les accords de franchise de l'exemption.

Article 2 (3) « *The exemption provided for the paragraph 1 shall apply to vertical agreements containing provisions which relate to the assignment to the buyer of intellectual property rights, **provided that those provisions do not constitute the primary object of such agreements and are directly related to the use, sale or resale of goods or services by the buyer or its customers. The exemption applies on condition that, in relation to the contract goods or services, those provisions do not contain restrictions of competition having the same object (or effect) as vertical restraints which are not exempted under this Regulation***”.

Dans le même temps, le point 185 des lignes directrices distingue bien d'un côté « *propriété intellectuelle* » et de l'autre « *savoir-faire* », comme deux éléments distincts, constitutifs de la franchise.

Pour éviter toute erreur d'interprétation, les autorités françaises souhaitent que la Commission revienne à la rédaction actuelle du règlement, en supprimant la notion de « *know-how* » dans la définition de la « *propriété intellectuelle* ».