

Réseaux - 21/09/2021

Nouveau règlement : les conditions restrictives à l'exemption des ventes duales "impraticables", selon Joseph Vogel

La consultation publique sur le projet de règlement européen régissant les contrats de distribution qui doit remplacer le texte actuel (VBER, 330/2010) en juin 2022 s'est achevée jeudi 17 septembre. Le cabinet Vogel & Vogel estime que ce projet introduit des conditions restrictives pour l'exemption des "ventes duales" qui dans la pratique aboutiraient à la perte de l'exemption par catégorie pour de très nombreux réseaux.

Auteur : Florence Lagarde

Directrice de la rédaction et Directrice de la publication

La Commission européenne a publié le 9 juillet dernier [le projet de règlement européen](#) (VBER, Vertical Block Exemption Regulation) qui doit se substituer à partir du 1er juin 2022 au 330/2010 et [ses lignes directrices](#). Ces deux textes étaient soumis à une consultation publique qui s'est achevée ce jeudi 17 septembre.

Après une lecture complète de ces deux textes, le cabinet Vogel & Vogel (spécialiste en droit de la concurrence et défenseur des intérêts des constructeurs automobiles) y voit d'importantes difficultés pratiques de mise en œuvre des conditions de l'exemption dans le cadre des "ventes duales", c'est-à-dire quand le fournisseur réalise des ventes directes (par l'intermédiaire de succursales, de filiales, de ventes directes à des clients importants ou spécifiques et par la vente par Internet) ce qui le met en concurrence avec son réseau. Ces contraintes interviennent à plusieurs niveaux du règlement et étaient passées inaperçues à première lecture.

Le secteur automobile est particulièrement concerné par la question de la distribution duale puisque les constructeurs ont quasiment tous une activité de vente directe.

"Les multiples conditions restrictives à l'exemption des ventes duales constituent la problématique principale du projet de nouveau règlement. Le problème vient non seulement du seuil de 10% (impraticable, ingérable car avec une répartition disparate en-dessous ou au-dessous au sein d'un même pays et de toute façon en général dépassé) mais aussi des conditions de l'exemption de la distribution duale que ce soit en-dessous de 10% du marché local ou au-dessus de ce seuil et en-dessous des seuils généraux d'exemption de 30% (absence de restriction directe ou indirecte par objet et absence de plateforme d'intermédiation) qui créent une insécurité juridique maximale ou privent du bénéfice de l'exemption les fournisseurs qui font participer leurs distributeurs à leur site de vente par internet ce qui est pour le moins paradoxal, anti-économique et peu propice à la concurrence", nous a dit Maître Joseph Vogel.

La contribution du cabinet ([publiée en anglais sur son site](#)) détaille les différentes conditions restrictives pour l'exemption des contrats en cas de "vente duale". Nous en reprenons dans ce texte quelques extraits.

L'article 4 du règlement dit que *"L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes"*, or quand il fait des ventes directes, le fournisseur devient une entreprise concurrente de son réseau. Ce même article prévoit une exception si la part de marché cumulée du fournisseur et de son distributeur ne dépasse pas 10%, au-delà de ce seuil il n'y aurait plus d'exemption automatique.

Le cabinet Vogel y pointe d'abord une difficulté pratique : celle de calculer la part de marché des ventes du distributeur et des ventes directes du fournisseur pour chaque zone de chalandise.

"Le seuil de 10 % sur le marché local au niveau du détail n'est pas pratique parce qu'il nécessiterait le calcul de centaines ou de milliers de parts de marché au sein de chaque réseau européen important, avec des coûts de transaction énormes, sans que cela n'ait d'incidence sur la concurrence", souligne la contribution du cabinet Vogel. *"Cette première règle est impraticable car les parts de marché locales sont en général non connues et très disparates",* explique le cabinet.

Il y a également, la réalité commerciale actuelle qui rend très rare les situations, dans l'automobile mais aussi dans bien d'autres secteurs d'activité, où la part de marché cumulé du fournisseur et de son distributeur (pour toutes les marques qu'il distribue) est inférieure à 10%.

"Dans de nombreux secteurs, les détaillants sont multimarques et distribuent les produits de plusieurs marques concurrentes. Dans ce cas, leur part de marché est supérieure à 10%. Dans tous les cas, cela priverait la quasi-totalité des réseaux de l'exemption, ce qui n'est pas l'objectif d'un règlement d'exemption par catégorie", écrit le cabinet Vogel dans sa contribution.

Dans une autre exception, le règlement d'exemption par catégorie resterait applicable *"sauf en ce qui concerne tout échange d'informations entre les parties, qui doit être évalué selon les règles applicables aux accords horizontaux"* si les parts de marchés cumulées sont entre 10 et 30%.

"La première difficulté est que, comme la question est compliquée, la rédaction actuelle contient des incertitudes juridiques qui montrent qu'il faut s'en tenir à la version actuelle de la réglementation qui est beaucoup plus claire. Deux exemples illustrant cette complexité : le projet de règlement d'exemption mentionne qu'aucun échange d'informations ne bénéficierait d'une exemption par catégorie et qu'ils seraient évalués selon les règles applicables aux accords horizontaux. Or, dans un accord de distribution, il existe de nombreux échanges d'informations verticaux qui sont nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de distribution. Ils ne sont absolument pas anticoncurrentiels et n'ont jamais été considérés comme tels par aucune autorité de concurrence et, comme ils sont verticaux, ils ne

doivent certainement pas être évalués selon les lignes directrices horizontales. Un autre exemple de la difficulté de surréglementer la distribution duale est la contradiction entre le projet de règlement et les lignes directrices. Selon les lignes directrices, l'ensemble de l'accord perd le bénéfice du règlement d'exemption en cas d'échange d'informations. Mais ce n'est pas le régime prévu par le projet de règlement d'exemption par catégorie : selon l'article 2.5. du projet de règlement, l'accord continue de bénéficier d'une exemption par catégorie et seul l'échange d'informations anticoncurrentiel n'est pas exempté", écrit le cabinet Vogel dans sa contribution.

Une autre restriction (de l'article 2, paragraphe 6) précise que l'exemption par catégorie ne s'applique pas du tout en cas de restriction par objet entre le fournisseur et l'acheteur. Cette notion de "restriction par objet" (qui est une restriction dont l'objet est anticoncurrentiel) n'a pas de définition. Elle fait dépendre l'exemption de l'interprétation des juridictions.

"Le problème ici est qu'il a toujours été prévu dans tous les règlements d'exemption par catégorie applicables aux restrictions verticales jusqu'à présent que les clauses noires, c'est-à-dire les restrictions caractérisées qui suppriment le bénéfice de l'exemption par catégorie, doivent être définies de manière précise et étroite", écrit le cabinet Vogel. "Le problème est qu'il n'existe pas de définition précise des possibles restrictions par objet, il n'y a pas de consensus entre toutes les autorités des États membres sur une telle définition. Certaines autorités identifient très facilement des restrictions par objet, d'autres sont plus prudentes et il existe de nombreuses affaires dans lesquelles il a été nécessaire de rappeler à une autorité de concurrence que les restrictions par objet doivent être définies de manière étroite. Cette règle conduira très facilement à des actions initiées par des contractants affirmant que tout comportement du fournisseur à leur détriment est une restriction par objet et supprime le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie, ainsi qu'à des actions initiées par des revendeurs hors réseau contestant la validité de chacun des réseaux de distribution tentant d'agir contre les reventes en dehors du réseau de distribution sélective. Par exemple, il sera prétendu que la décision de nommer un distributeur dans une zone et une succursale dans une autre zone de chalandise dans un réseau de distribution exclusive ou sélective quantitative est une restriction par objet car un distributeur aurait pu être nommé dans les deux zones et que ces nominations sont faites avec l'acceptation tacite des membres du réseau."

Il y a également la suppression du bénéfice de l'exemption dans le cas où le site Internet d'un fournisseur est ouvert à ses distributeurs. C'est l'article 2, paragraphe 7 qui prévoit que "les exceptions prévues à l'article 2, paragraphe 4, points a) et b), ne s'appliquent pas si un fournisseur de services d'intermédiation en ligne qui vend également des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles il fournit des services d'intermédiation en ligne conclut un accord vertical non réciproque avec lesdites entreprises concurrentes".

"L'idée derrière cette règle pourrait être que les grandes plateformes pourraient recueillir les informations confidentielles des petits fournisseurs vendant leurs produits sur ces plateformes afin de modifier leurs propres conditions de vente et de faire une concurrence déloyale à ces petites entreprises. Le problème est qu'en vertu du droit de la concurrence, on ne devrait jamais, au grand jamais, appliquer une règle générale applicable à toutes les entreprises, pour tenter de résoudre un problème spécifique. La conséquence en général est que vous ne traitez pas le problème limité de manière suffisamment précise et qu'au lieu de cela vous créez un énorme problème dans l'économie de manière généralisée. C'est exactement ce qui se passerait si une telle règle devait être adoptée. De nombreux fournisseurs de produits sélectifs créent des plateformes Internet sur lesquelles leurs distributeurs peuvent vendre les produits contractuels. Parfois, les succursales ou les filiales peuvent également vendre sur ces plateformes ou bien elles sont dédiées uniquement aux distributeurs membres du réseau. Il s'agit d'une aide précieuse pour les distributeurs car ils ne seraient pas en mesure de construire une plateforme ayant la visibilité et les ressources de la plateforme créée par le fournisseur tête de réseau. Mais si l'article 2 (7) devait devenir applicable, une telle initiative pro-concurrentielle du fournisseur entraînerait immédiatement la perte de l'exemption par catégorie, ce qui est un non-sens total.

Il serait nécessaire de prévoir que l'art. 2 (7) n'est pas applicable aux plateformes créées par les têtes de réseaux exclusifs ou sélectifs et de limiter ce non-bénéfice du règlement d'exemption par catégorie aux énormes plateformes réalisant des milliards d'euros de chiffre d'affaires grâce à leurs plateformes et ayant accès aux données confidentielles des fournisseurs vendant sur leurs plateformes", écrit le cabinet Vogel.

Pour Joseph Vogel, les changements introduits par la Commission européenne dans le règlement d'exemption aboutissent à "une construction compliquée largement inapplicable". "Si le texte reste comme il est aujourd'hui, il sera compliqué pour beaucoup de réseau d'être exempté", souligne l'avocat qui estime qu'il faudrait "libéraliser ou revenir au système actuel qui suffit pour limiter les effets anticoncurrentiels de la distribution duale".

La Commission avait dans une précédente étape de la consultation en décembre dernier mis en cause la hausse des ventes directes des fournisseurs qui annonçait des possibles modifications (lire [La Commission européenne propose la suppression du bénéfice de l'exemption aux contrats de distribution en cas de "ventes duales"](#)).

Que se passerait-il dans la pratique si le texte restait en l'état ? "Le fait que les contrats ne bénéficient pas de l'exemption ne signifie pas que le réseau n'est pas licite. Il faudra prouver qu'il l'est et il faudra le faire à chaque procédure. Cela va fragiliser le réseau et nous aurons du mal à agir contre les fournisseurs hors réseau", nous a dit Maître Vogel.

Les constructeurs (et autres fournisseurs) seraient-ils conduits à renoncer aux ventes directes ? "En théorie, mais cela ne marche pas comme ça. Les ventes directes existent sous différentes formes parce qu'elles présentent une utilité pour les clients. La Commission ne comprend pas que la vente duale est généralisée dans toute l'économie. Les contributions de plusieurs organisations syndicales professionnelles vont dans le même sens que la nôtre", nous a dit Joseph Vogel.