

Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence

Commentaires en réponse à la consultation publique de la Commission européenne à l'occasion de la révision du Règlement n°2790/1999 et des lignes directrices relatifs aux restrictions verticales

Dans le cadre de la consultation publique ouverte par la Commission européenne, l'Association des Avocats Pratiquant le Droit de la Concurrence (« APDC ») présente les observations suivantes sur la proposition de modification du règlement d'exemption par catégorie (le « Règlement ») et des lignes directrices (les « Lignes Directrices ») sur les accords verticaux. Une description détaillée de l'APDC est fournie en Annexe 1.

Les observations de l'APDC portent sur les points suivants : (i) le bilan du règlement n°2790/1999 et l'orientation générale de la réforme, (ii) le double seuil de part de marché, (iii) la notion de restriction caractérisée, (iv) l'interdiction des prix imposés, (v) les ventes hors réseau dans le cadre de la distribution sélective et (vi) les ventes en ligne.

1. LE BILAN DU REGLEMENT N°2790/1999 ET L'ORIENTATION GENERALE DE LA REVISION

- 1.1 L'APDC estime que le bilan du Règlement N°2790/1999 et de ses Lignes Directrices est globalement satisfaisant. Le système, fondé sur le seuil de part de marché de l'article 3 du Règlement et la liste de restrictions caractérisées de l'article 4 du Règlement, a permis aux entreprises de bénéficier d'un niveau élevé de sécurité juridique. Il a considérablement réduit la charge de la réglementation européenne de la concurrence pesant sur les entreprises lorsqu'elles ne disposent pas d'un pouvoir de marché significatif. A la suite de l'abandon du système de notification, le Règlement et les Lignes Directrices ont fourni aux entreprises un cadre juridique suffisamment clair pour leur permettre d'analyser elles-mêmes la conformité de leurs accords avec l'article 81 CE.
- 1.2 Dans le cadre de la réforme en cours, on peut toutefois s'interroger sur la compatibilité du Règlement et des Lignes Directrices avec la théorie des effets prônée par la Commission. En effet, la contrepartie de la sécurité juridique est que les règles actuelles forment un carcan particulièrement rigide pour les entreprises. En particulier, la notion de restriction caractérisée crée une présomption d'illégalité difficilement réfragable en pratique. Or la grande majorité des économistes contemporains s'accordent sur les effets pro-concurrentiels de la plupart des restrictions verticales (par exemple, les prix imposés peuvent permettre d'éviter une double marginalisation qui augmente le prix de revente au consommateur).
- 1.3 Le droit américain de la concurrence a d'ailleurs adopté depuis plusieurs années une approche plus souple fondée sur la « règle de raison » respectueuse du choix des entreprises à organiser librement le mode de distribution de leurs produits. En droit américain, aucun seuil de part de marché n'est fixé et la notion de restriction caractérisée n'existe pas. Les restrictions verticales sont généralement considérées comme légitimes tant que le fournisseur ne dispose

pas d'une position dominante. Seules des circonstances très spécifiques comme la détention d'une position dominante permettent de déroger à ce principe. Dans le célèbre arrêt *Leegin* de juin 2007, la Cour Suprême a même jugé que l'imposition de prix minimum à des distributeurs agréés peut être considérée comme un moyen légitime d'organisation du réseau de distribution.

1.4 L'APDC considère donc qu'une évolution vers une meilleure prise en compte des effets réels des pratiques en cause sur le marché est indispensable et regrette que la Commission ne se soit pas davantage engagée sur cette voie lors de la révision du Règlement et des Lignes Directrices.

2. LE DOUBLE SEUIL DE PART DE MARCHÉ

2.1 Afin de bénéficier de l'exemption, le projet de Règlement prévoit désormais que chacune des parties à un accord vertical doit disposer d'une part de marché inférieure à 30% (article 3 du projet de Règlement).

2.2 Nous comprenons que la Commission souhaite mieux prendre en compte la puissance d'achat de certains réseaux de distribution, notamment de la grande distribution. Toutefois, la mise en œuvre de ce double seuil entraînerait d'importantes difficultés pratiques et des risques accrus d'insécurité juridique. La définition géographique des marchés sur lesquels opèrent les distributeurs serait particulièrement incertaine en particulier s'agissant du commerce de détail. En outre, les distributeurs – et a fortiori les fournisseurs – ne disposent généralement pas de statistiques fiables sur leurs parts de marché sur les marchés de la distribution. En particulier, les petits détaillants ne disposent pas de moyens permettant d'effectuer une veille concurrentielle satisfaisante. Il deviendrait dès lors extrêmement difficile pour les parties à un accord de distribution d'évaluer si l'accord entre dans le champ d'application du Règlement. Les conséquences en termes de sécurité juridique pourraient s'avérer extrêmement lourdes, avec notamment des risques de contentieux accrus.

2.3 Par ailleurs, si le marché géographique pertinent devait être défini de façon étroite, un grand nombre d'accords serait exclu du bénéfice de l'exemption alors même qu'ils ne sont pas susceptibles de soulever des problèmes de concurrence. Ce serait notamment le cas des détaillants de proximité qui détiennent souvent une part de marché importante au niveau local. Ainsi, de nombreux accords qui profitent actuellement de la « zone de sécurité » du Règlement pourraient devoir être réévalués dès l'entrée en vigueur du nouveau texte proposé par la Commission.

2.4 Enfin, l'introduction du double seuil de part de marché introduirait un formalisme supplémentaire peu compatible avec la théorie des effets qui doit normalement guider l'analyse concurrentielle de la Commission.

2.5 Pour toutes ces raisons, l'APDC doute que l'adoption d'un double seuil de part de marché soit une mesure adéquate pour répondre à la puissance de marché de la grande distribution. Une telle mesure introduirait une insécurité juridique néfaste, source probable de contentieux, et réduirait considérablement le champ de l'exemption par catégorie. L'APDC appelle donc la Commission à revenir aux dispositions actuelles du Règlement concernant les conditions d'application du seuil de 30%. A titre subsidiaire, l'APDC encourage la Commission à apporter des éclaircissements sur la définition du marché géographique du distributeur, en précisant notamment que le marché ne saurait être défini de façon infra-nationale.

3. LA NOTION DE RESTRICTION CARACTERISEE

- 3.1 Le projet de Lignes Directrices en son paragraphe 47 confirme que la notion de restriction caractérisée exclut l'application du Règlement et crée une double présomption négative : (i) l'accord relève de l'article 81(1) CE et (ii) il est « *peu probable* » qu'il remplisse les conditions de l'article 81(3) CE. Toutefois, la Commission introduit une clarification bienvenue. Elle précise en effet que la qualification de restriction caractérisée n'entraîne qu'une présomption réfragable d'illégalité qui n'empêche pas les entreprises de se prévaloir de gains d'efficience pour bénéficier d'une exemption individuelle.
- 3.2 Cette évolution est conforme à la théorie des effets prônée par la Commission. Une telle avancée devrait permettre – au moins dans certains cas – une appréciation « au cas par cas » plus conforme à la réalité économique du marché. On peut toutefois s'interroger sur la portée réelle de cette modification en pratique. En effet, la charge de la preuve pèse toujours sur les entreprises. Or, dans la plupart des cas, les juridictions nationales, et certaines autorités nationales de concurrence, sont peu enclines à prendre en considération des démonstrations économiques complexes et traitent les restrictions caractérisées comme des infractions *per se*. Afin de garantir l'effectivité du caractère réfragable de la présomption, il serait préférable que celui-ci soit également mentionné dans le texte du Règlement (par exemple dans le considérant 10).
- 3.3 Paradoxalement, alors même qu'elle assouplit la notion de restriction caractérisée, la Commission semble vouloir en étendre le champ d'application en particulier s'agissant des ventes en lignes. En effet, le projet de Lignes Directrices prévoit au paragraphe 52 que constituent des restrictions caractérisées le fait pour un fournisseur (i) d'exiger d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées par Internet ou (ii) qu'il paie, pour des produits destinés à être revendus par Internet, un prix plus élevé que pour des produits destinés à être revendus autrement. De la même façon, le paragraphe 57 prévoit que le fait d'imposer, dans le cadre de la distribution sélective, des critères de sélection qui ne seraient pas « *équivalents* » pour la vente en ligne et pour la vente en boutique constitue une restriction caractérisée.
- 3.4 L'introduction de nouvelles « clauses noires » dans les Lignes Directrices qui ne sont pas clairement identifiées comme telles dans le Règlement est discutable. Ces nouvelles « clauses noires » paraissent en effet difficilement rattachables aux restrictions caractérisées listées à l'article 4 du Règlement dans la mesure où elles ne concernent pas directement une restriction de territoire, de clientèle ou de prix.
- 3.5 Par ailleurs, l'introduction de nouvelles « clauses noires » dans les Lignes Directrices va à l'encontre de l'objectif premier des Lignes Directrices en introduisant plus de confusion pour les acteurs économiques. Il est probable que ce regain de formalisme – en particulier s'agissant d'un mode de distribution en plein développement – se traduira par un risque de contentieux renforcé et une insécurité juridique accrue. Il est en outre peu conforme à l'approche économique que souhaite adopter la Commission.
- 3.6 Ainsi, l'APDC regrette le traitement contradictoire de la notion de restriction caractérisée qui ne permet pas de situer clairement la politique de la Commission. Il est paradoxal de souligner le caractère réfragable de la présomption pour, dans le même temps, en étendre le champ d'application de façon artificielle. Ceci est d'autant plus problématique que la liste des restrictions caractérisées de l'article 4 du Règlement est déjà particulièrement large (elle

exclut notamment la règle *de minimis*) alors qu'elle devrait être réduite aux infractions les plus graves au droit de la concurrence.

- 3.7 L'APDC appelle donc la Commission (i) à limiter la liste des restrictions caractérisées aux infractions les plus graves (par exemple en adoptant une règle *de minimis*) et (ii) à revenir sur la qualification de restriction caractérisée des clauses mentionnées aux paragraphes 52 et 57 du projet de Lignes Directrices.

4. L'INTERDICTION DES PRIX IMPOSES

- 4.1 La Commission conserve son approche traditionnelle s'agissant des prix imposés. Une clause prévoyant que le fournisseur peut fixer le prix de revente par le distributeur constitue une restriction caractérisée. La Commission encourage néanmoins les entreprises à se prévaloir, le cas échéant, de gains d'efficacité pour renverser la présomption d'illégalité. A cet égard, elle donne trois exemples de situations dans lesquelles la démonstration de gains d'efficacité semble pouvoir renverser la présomption. Ainsi, au paragraphe 221, la Commission cite (i) le lancement d'une nouvelle marque ou l'entrée sur un nouveau marché, (ii) l'organisation d'une campagne de prix bas coordonnée de courte durée et (iii) des mesures visant à éviter qu'un distributeur important n'utilise une marque particulière comme produit d'appel.

- 4.2 L'APDC approuve la possibilité pour les entreprises de se prévaloir de gains d'efficacité pour bénéficier d'une exemption individuelle. Toutefois, la charge de la preuve pèse toujours sur les entreprises même dans les trois cas d'efficacité expressément mentionnés par la Commission. Dans ces conditions, il est probable que l'apparente volonté de la Commission d'introduire plus de flexibilité dans le traitement des clauses de prix restera sans grand effet pratique dans la mesure où les juges nationaux et certaines autorités nationales de concurrence sont peu enclins à s'écarter de la présomption d'illégalité. La Commission devrait donc préciser en quoi le traitement des clauses de prix imposés diffère de celui des autres restrictions caractérisées (en particulier dans les trois exemples du paragraphe 221).

- 4.3 Il convient également de se demander si les exemples d'efficacité fournis par la Commission seront considérés comme constituant une liste exhaustive et contraignante. Par exemple, la Commission suggère qu'une campagne de prix bas de courte durée s'étende sur deux à six semaines, mais il serait dommage qu'une durée légèrement plus longue ne puisse être légitimement envisagée. De même, lorsque la Commission mentionne l'introduction d'une nouvelle gamme, il serait regrettable que la démonstration d'efficacité soit plus difficile s'agissant de l'introduction d'un nouveau produit.

- 4.4 Compte tenu de ce qui précède, l'APDC soutient que la Commission devrait clarifier les conditions dans lesquelles les entreprises peuvent avoir recours à des mesures de prix imposés. En particulier, l'APDC soutient que les trois exemples de restrictions cités au paragraphe 221 devraient être exclus de la liste des restrictions caractérisées et, par conséquent, ne pas être soumis à la présomption d'illégalité.

5. LES VENTES HORS RESEAU DANS LE CADRE DE LA DISTRIBUTION SELECTIVE

- 5.1 L'article 4 (b), troisième tiret, du projet de règlement précise que ne constitue pas une restriction caractérisée de territoire ou de clients : « (...) *the restriction of sales by the members of a selective distribution system to unauthorised distributors in markets where such system is operated.* »

- 5.2 L'ajout des mots « *in markets where such system is operated* » pourrait suggérer que les distributeurs agréés sont libres de revendre à tout distributeur non-autorisé qui serait situé dans un marché où le fournisseur n'a pas mis en place de réseau sélectif, y compris lorsque ce fournisseur n'est pas présent – ou pas encore – sur le marché en question ou lorsqu'il a choisi de distribuer lui-même ses produits. Le risque est que la vente à des distributeurs non-agrèés ne puisse plus être interdite dès lors que ceux-ci sont situés hors des territoires de vente sélective. Ainsi, dès lors que le réseau de distribution sélective ne couvrirait pas l'ensemble du territoire de l'Union européenne, son étanchéité ne serait plus protégée. Par ailleurs, l'utilisation du terme « marché » est peu précise et peu satisfaisante au regard de l'impératif de sécurité juridique.
- 5.3 La protection de l'étanchéité des réseaux de distribution sélective a pourtant été reconnue comme un objectif légitime par les juridictions européennes.¹
- 5.4 Pour éviter d'exposer les fabricants à des interprétations divergentes des juridictions et des autorités de concurrence nationales, l'APDC suggère donc de revenir à la rédaction actuelle du Règlement.

6. LES VENTES EN LIGNE

- 6.1 Le projet de Lignes Directrices conserve le principe énoncé dans les Lignes Directrices actuelles selon lequel « *chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits* » (projet de Lignes Directrices, paragraphe 52) et « *en tout état de cause, le fournisseur ne peut se réserver les ventes ou la publicité sur internet* » (projet de Lignes Directrices, paragraphe 54). Dans le but de favoriser le développement du commerce électronique, le projet de Lignes Directrices identifie en outre un certain nombre de restrictions caractérisées à la vente en ligne aux paragraphes 52 et 57.
- 6.2 Concernant les deux premières restrictions identifiées au paragraphe 52 du projet de Lignes Directrices (relatives au « re-routing » vers un autre site Internet et à la discrimination en fonction du pays d'émission des cartes de crédit), l'APDC approuve la Commission d'avoir considéré qu'elles constituent dans la majorité des cas des restrictions de territoire avec des effets négatifs sur la concurrence et l'intégration du marché commun.
- 6.3 En revanche, concernant la restriction mentionnée au troisième tiret relative à l'imposition d'une certaine proportion entre ventes en ligne et ventes en boutique, l'APDC considère qu'une telle mesure peut être légitime, en particulier dans le cadre de la distribution sélective, et ne doit pas être qualifiée de restriction caractérisée.
- 6.4 La Commission et l'Autorité française de la concurrence ont reconnu par le passé la réalité des risques de parasitisme dans le cadre de la distribution sélective.² En effet, les distributeurs en ligne (qui ont des coûts fixes réduits) pourraient profiter des investissements des distributeurs qui exploitent des boutiques physiques sans supporter les coûts fixes significatifs qui y sont liés (situation géographique, décoration, présentation des produits,

¹ Voir par exemple les arrêts 26/76, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, [1977] REC 01875 ; et T-19/92, *Groupement d'achat Edouard Leclerc c/Commission* [1996] REC II-01851.

² Voir IP/01/713, 17 Mai 2001, *Yves Saint Laurent Parfums* et IP/02/916, 24 Juin 2002, *B&W Loudspeakers Ltd*. Voir également Décision du Conseil de la Concurrence N°06-D-24 du 24 juillet 2006, *Festina France*; Décision du Conseil de la Concurrence du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

personnel qualifié). En réaction, les distributeurs physiques seraient tentés de réduire leurs investissements, ou même, de fermer leur boutique pour vendre exclusivement sur Internet. Il en résulterait une érosion de la valeur de la marque et des services proposés aux consommateurs.

- 6.5 Afin de préserver les incitations des distributeurs à investir dans les réseaux physiques, le projet de Lignes Directrices intègre à raison la pratique décisionnelle de la Commission et de l'Autorité française de la concurrence selon laquelle un fournisseur peut imposer à ses distributeurs agréés de disposer d'une boutique physique avant de se lancer dans le commerce en ligne (paragraphe 54 du projet de Lignes Directrices).
- 6.6 Toutefois, ces dispositions resteraient lettre morte si les distributeurs pouvaient les contourner en ouvrant une « boutique de façade » pour en réalité vendre la quasi-totalité de leurs produits sur Internet. Contrairement aux dispositions du troisième tiret du paragraphe 52, le fabricant doit donc pouvoir exiger de ses distributeurs qu'ils contribuent effectivement aux investissements dans le réseau physique en assurant le respect d'une certaine proportion entre ventes en boutique et ventes en ligne.
- 6.7 Le raisonnement est identique s'agissant de la quatrième restriction aux ventes en ligne identifiée au paragraphe 52 du projet de Lignes Directrices qui concerne la possibilité pour le fournisseur d'imposer un système de double prix en fonction du canal de distribution utilisé par le distributeur (Internet ou boutique). Une telle mesure peut être légitime dans le cadre de la distribution sélective pour préserver les incitations des distributeurs à investir dans les réseaux physiques et ne saurait être considérée comme une restriction caractérisée.
- 6.8 Enfin, concernant le paragraphe 57 du projet de Lignes Directrices selon lequel un fournisseur ne saurait imposer des critères de sélection non-équivalents pour le commerce en boutique et le commerce en ligne, l'APDC considère que la qualification de restriction caractérisée ne peut être retenue. Les restrictions caractérisées doivent pouvoir être clairement identifiées et se limiter aux violations les plus sérieuses du droit de la concurrence. Or, la notion d'équivalence implique une appréciation subjective incompatible avec la définition de restriction caractérisée. En outre, comme le reconnaît la Commission, les critères imposés aux sites de vente en ligne ne sauraient être identiques à ceux qui sont applicables à la vente en boutique en raison de la différence intrinsèque entre les deux modes de distribution. Dès lors, l'imposition de critères non-équivalents peut être objectivement justifiée pour garantir la sélectivité du réseau.
- 6.9 Dès lors, l'APDC propose de supprimer du texte du projet de Lignes Directrices les restrictions identifiées au paragraphe 52, troisième et quatrième tirets, et au paragraphe 57. A tout le moins, comme déjà mentionné, l'APDC propose de revenir sur la qualification de restriction caractérisée.

ANNEXE 1

ASSOCIATION DES AVOCATS PRATIQUANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE (APDC)

A la différence des confrères de nombreuses spécialités (droit pénal, droit des affaires, droit de la famille, etc...) qui se retrouvent dans leurs associations respectives, les avocats pratiquant le droit de la concurrence n'avaient pas d'association qui leur soit propre. L'importance prise désormais par la pratique du droit de la concurrence a rendu indispensable la création d'une telle association. Celle-ci a vu le jour le 16 mai 2008.

Pourquoi ?

Tant en contentieux qu'en conseil, de nombreux avocats se consacrent aujourd'hui au droit de la concurrence. Les évolutions récentes (lutte contre les cartels, actions civiles, généralisation du contrôle des concentrations) ont encore accru le nombre de confrères actifs en la matière. Parallèlement, les procédures de clémence ont conduit l'avocat à élargir son rôle traditionnel, en lui impartissant de nouvelles responsabilités professionnelles. Enfin, les procédures d'engagement parachèvent cette transformation de l'exercice professionnel, puisque l'avocat y est d'abord intermédiaire et négociateur.

Ainsi, de plus en plus d'avocats pratiquent un droit de la concurrence devenu plus stratégique mais aussi plus complexe du point de vue professionnel, technique et déontologique.

Or il n'existe aucun lieu professionnel permettant aux avocats pratiquant le droit de la concurrence d'échanger, de réfléchir, mais aussi d'intervenir publiquement et collectivement dans le débat.

Comment ?

L'association répond à un besoin spécifique et essentiel : permettre la réflexion et l'expression d'avocats qui, comme tels, partagent les mêmes valeurs fondamentales : respect des droits de la défense, garantie de l'oralité et de la transparence, cohérence du développement du droit.

L'association a vocation à intervenir sur ces thèmes, dans une démarche constructive, critique et indépendante.

Emanation et représentation des avocats pratiquant le droit de la concurrence, elle apporte au débat un point de vue bien précis : celui de la défense. Elle vise à faire entendre cette préoccupation avec mesure et fermeté. Pour autant, l'association n'entend nullement se consacrer à l'ensemble des questions du droit de la concurrence, parfaitement traitées par ailleurs. En particulier, elle n'entend bien sûr nullement dupliquer les travaux irremplaçables de l'organisation française de référence du monde de la concurrence, l'AFEC.

Quels objectifs ?

Les avocats pratiquant le droit de la concurrence savent que garantie du contradictoire et efficacité se confortent mutuellement.

Interlocuteurs quotidiens des juridictions et autorités de concurrence, ils ont acquis la conviction que la dimension économique du droit de la concurrence rend encore plus nécessaire le respect du débat à armes égales et l'observation rigoureuse des garanties procédurales. Plus le débat des thèses en présence est approfondi, plus l'équilibre est assuré entre celui qui accuse et celui qui se défend, plus la réalité, et en particulier la réalité économique a des chances d'être cernée.

L'association se donne donc pour objectif principal de démontrer concrètement qu'un droit de la concurrence performant est un droit qui est mis en œuvre selon des règles claires, transparentes et respectueuses des principes fondamentaux de notre droit.

Elle est ouverte à tous les avocats pratiquant le droit de la concurrence en France.

L'Association réunit aujourd'hui plus de 100 membres, tous praticiens du droit de la concurrence, et a élu, parmi ces derniers, un Conseil dont la composition est la suivante :

Membres du Conseil de l'APDC

NOM	PRENOM	CABINET
Brunet	François	Cleary Gottlieb
Choffel	Antoine	Gide Loyrette
Clarenc	Christophe	Latham & Watkins
de Montalembert	Pierre	Lovells
Donnedieu de Vabres - Tranié	Lorraine	Jeanet & Associés
Fourgoux	Jean-Louis	Fourgoux
Freget	Olivier	Allen & Overy
Georges **	Alain	Latham & Watkins
Guibert	Philippe	De Pardieu Brocas Maffei
Gunther	Jacques	Willkie & Farr Gallagher
Lazarus	Claude	Howrey
Rincazaux	Philippe	Orrick
Saint-Esteben	Robert	Bredin Prat
Theophile	Didier	Darrois & Villey
Thill-Tayara	Mélanie	Norton Rose
Trabucchi	Maria	Weil Gotshal
Vogel	Joseph	Vogel & Vogel
Wilhelm	Pascal	Wilhelm & Associés

* Toutes les personnes mentionnées ci-dessus sont Avocats à la Cour de Paris

** Georges Alain (représentant légal de l'APDC)