

# Le point de vue du praticien sur le droit de la distribution et droit de l'Union européenne

## A practitioner's perspective on distribution law and European Union law

Entretien avec Romain MAULIN, *Avocat associé, Maulin Avocats, Paris*



Analyse recueillie par Mathieu LE SOUDEER

**1) S'agissant des liens entre Union européenne et secteur de la distribution, le droit de la concurrence occupe depuis plusieurs décennies une place centrale, notamment en raison de la portée des règlements successifs d'exemption par catégorie des accords verticaux et des lignes directrices les accompagnant. L'actualité récente a d'ailleurs été marquée par l'adoption du règlement (UE) n° 2022/720 (ci-après le « règlement ») de la Commission du 10 mai 2022 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées. Quelles sont, selon vous, les évolutions les plus notables induites par l'entrée en vigueur de ce nouveau règlement général d'exemption ? Votre pratique vous conduit-elle à relever certaines évolutions appréciables ou, au contraire, à formuler certaines réserves ?**

Lors de l'adoption du règlement n° 330/2010 et de ses lignes directrices explicatives, le législateur européen a voulu décourager les pratiques susceptibles d'entraver le développement de la

distribution en ligne, celle-ci étant, par principe, synonyme d'efficacité et d'effets pro-concurrentiels. Depuis, les ventes en ligne n'ont jamais cessé de croître, une tendance encore amplifiée par la crise sanitaire, fragilisant ainsi les ventes en boutiques physiques et contraignant de surcroît une majorité de fournisseurs et distributeurs à reconsidérer leur stratégie de distribution en déployant une approche multicanal. Le règlement devait donc répondre aux enjeux actuels et futurs (sa durée de validité étant de 10 ans) du commerce électronique et de l'évolution des réseaux de distribution tout en effectuant un réajustement en faveur des ventes en boutiques physiques.

Si le règlement conserve les principes fondamentaux issus du précédent règlement concernant les conditions relatives à l'exemption d'un accord, qui, pour rappel, sont l'absence de restrictions caractérisées ainsi qu'une part de marché détenue respectivement par le fournisseur et l'acheteur ne dépassant pas 30 % du marché en cause, de nombreuses évolutions majeures sont à souligner.

À ce titre, et dans l'optique de désacraliser quelque peu la vente en ligne, la Commission a autorisé la possibilité pour un fournisseur de recourir à la pratique dite du « double prix » (« *dual pricing* ») consistant à appliquer à son distributeur un prix de gros différent selon que les produits aient *in fine* vocation à être vendus en ligne ou hors ligne<sup>1</sup>. Cette pratique est toutefois conditionnée puisqu'elle doit avoir pour objet d'encourager ou de récompenser le « *niveau approprié d'investissements* » réalisés respectivement en ligne et hors ligne. Cette avancée majeure interroge toutefois les fournisseurs quant à sa mise en œuvre opérationnelle.

Tout d'abord, les fournisseurs ne disposent pas nécessairement des éléments leur permettant d'objectiver, même de manière approximative, le coût de distribution supporté par leurs distributeurs selon le canal de distribution considéré et, par conséquent, de pleinement justifier l'application d'un double prix. Réaliser, dans le strict respect du droit de la concurrence, des études fiables sur ce point ou recourir à des outils de *tracking* peuvent, en pratique, représenter un investissement financier, matériel et humain trop significatif pour certains fournisseurs.

En outre, les fournisseurs se questionnent également sur la façon de matérialiser ce double prix et notamment sur l'impact de la structuration de leurs conditions générales de vente et tarifs. Sur ce point, le recours aux avantages différenciés semble, selon nous, constituer la solution la plus adaptée, sous réserve toutefois d'être proportionnés et de correspondre à une contrepartie effective.

Enfin, certains fournisseurs craignent aujourd'hui d'être confrontés à un effet pervers de cette nouvelle pratique qui consisterait pour un distributeur opportuniste à constituer son stock de marchandises utilisé pour les ventes en points de vente physiques et en ligne en s'approvisionnant principalement au prix le plus faible proposé par son fournisseur lui permettant ainsi de vendre les produits à ses propres clients à des prix plus attractifs via ses boutiques physiques et en ligne. Les récentes lignes directrices apportent toutefois une précision utile en indiquant que les parties peuvent convenir d'un rééquilibrage

*ex post* des comptes sur la base des ventes réelles effectuées dans les points de vente en ligne ou physiques<sup>2</sup>. Il n'en demeure pas moins que les fournisseurs craignent que la remontée des statistiques de vente ne soit biaisée puisque ces informations déclaratives reposent uniquement sur la bonne foi du distributeur. Il est dès lors probable que l'application concrète de ce double prix donnera lieu à d'âpres discussions entre les parties.

Cette réflexion autour du double prix interroge d'autant plus les fournisseurs lorsque ces derniers ont recours à la « *double distribution* » ou « *dual distribution* », un schéma relativement normalisé où le fournisseur est également le concurrent de son propre distributeur. Le principe selon lequel les accords verticaux relevant d'une situation de double distribution sont exemptés est semblable à celui historiquement posé par le règlement n° 330/2010. Néanmoins, il est désormais précisé que les échanges d'informations qui ne sont pas directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical ne seront pas considérés comme étant nécessaires et dès lors ne bénéficieront plus de l'exemption. Dans cette optique, il est nécessaire que chaque fournisseur forme son personnel, avec l'appui de conseils juridiques spécialisés en droit de la concurrence, et en particulier les opérationnels dédiés à la vente, afin de leur permettre d'adopter des réflexes de prudence en se demandant, systématiquement et en amont de tout échange d'informations, si celui-ci est strictement nécessaire ou non au sens du règlement.

**2) En ce qui concerne spécifiquement l'application du droit des ententes aux ventes en ligne, la Commission européenne (et les juridictions faisant application de l'article 101 TFUE) a traditionnellement privilégié une approche par principe favorable au développement de la distribution sur Internet, marquant même parfois une certaine rigidité à l'égard des mesures susceptibles de constituer des restrictions aux ventes par Internet. Le règlement et les nouvelles lignes directrices semblent néanmoins refléter une potentielle volonté de rééquilibrage, entérinant notamment la possibilité pour un fournisseur de mettre en place des prix duals de gros aux distributeurs. De manière générale, quelle appréciation portez-vous sur la manière**

<sup>1</sup> Paragraphe 209 des lignes directrices sur les restrictions verticales, 30 juin 2022.

<sup>2</sup> *V. supra.*

**dont l'article 101 TFUE a été employé pour tenter de stimuler la distribution en ligne ? Identifiez-vous une sorte d'application équilibrée – entre respect des contraintes liées à la distribution physique et stimulation de la distribution en ligne – du droit de la concurrence de l'Union ? Préconiseriez-vous plutôt de nouveaux ajustements de la façon dont l'article 101 TFUE est appliqué à l'enjeu des ventes en ligne ?**

Depuis l'arrêt fondateur *Pierre Fabre*, l'interdiction pure et simple faite aux distributeurs d'un réseau de distribution sélective de recourir à la vente en ligne constitue, sauf lorsqu'il existe une justification objective, une restriction par objet au sens de l'article 101, § 1, TFUE<sup>3</sup>. En réalité, aucune clause interdisant la vente en ligne sur le site Internet d'un distributeur agréé n'a, à notre connaissance, pu bénéficier d'une exemption par catégorie ou d'une exemption individuelle en application de l'article 101, § 3, TFUE. À titre d'exemple, la clause restreignant la vente de cycles haut de gamme dans le magasin physique du revendeur n'a pas pu bénéficier de cette exemption individuelle car, en l'occurrence, elle n'a pas été considérée comme étant nécessaire pour préserver la sécurité des consommateurs et la haute technicité des produits vendus<sup>4</sup>. Ainsi, à l'analyse de leur jurisprudence, les autorités de concurrence nationales et européennes ne se sont pas contentées d'adopter une approche favorable au développement de la distribution sur Internet mais ont véritablement contrecarré toute velléité de restriction de la vente en ligne.

En revanche, le fait d'interdire l'accès au réseau aux *pure players* n'est pas considéré comme une restriction caractérisée de concurrence au sens de l'article 101, § 1, TFUE. Un fournisseur peut donc interdire la commercialisation de ses produits sur une place de marché<sup>5</sup>.

Cette différence de traitement entre les différentes catégories de ventes en ligne, qu'il s'agisse d'une vente effectuée via une boutique en ligne ou une plateforme, est parfois difficilement compréhensible et justifiable au regard de la nature des produits vendus et démontre que le régime des ventes en ligne est aujourd'hui encore relativement

instable, en témoigne la récente affaire *Stihl*, dont la condamnation à 7 millions d'euros vient d'être récemment confirmée par la Cour de cassation<sup>6</sup>. Dans cette affaire, il a été considéré que « l'interdiction de la commercialisation des [tronçonneuses, débroussailleurs, élagueuses ou sécateurs à batterie] par le biais des plateformes constitue, dans les circonstances de l'espèce, une exigence légitime imposée par Stihl à ses distributeurs pour respecter les exigences propres à son réseau de distribution » et que « cette exigence n'est, de surcroît, pas disproportionnée ». Pour autant, considérer que l'exigence de « mise en main » impliquant nécessairement un retrait du produit dans le magasin du revendeur ou une livraison de celui-ci en personne au domicile de l'acheteur constitue *de facto* une interdiction disproportionnée à la vente en ligne des produits *Stihl* par ses distributeurs et *a fortiori* une restriction par objet non susceptible d'être exemptée, paraît difficilement justifiable. En effet, d'une part, les distributeurs avaient bel et bien la possibilité de vendre sur Internet, la clause litigieuse se bornait simplement à prévoir les modalités de livraison et, d'autre part, l'objectif parfaitement louable que constitue la sécurité des consommateurs est, selon nous, applicable pour l'ensemble des ventes de produits dangereux sur Internet en ce que compris les ventes effectuées sur le site du distributeur ou sur une plateforme.

L'affaire *Stihl* interroge également sur la réelle possibilité dont disposent actuellement les fournisseurs d'imposer à leurs distributeurs des obligations de nature qualitative relatives à la vente de produits dans le cadre d'un réseau de distribution sélective et en l'occurrence la possibilité d'exiger une « mise en main » du produit réalisée en points de vente physiques.

Néanmoins, sur ce point, il nous semble que le règlement et ses lignes directrices sont plus permissifs puisque les fournisseurs peuvent, et du reste quel que soit le type de réseau de distribution, conditionner la distribution de leurs produits au respect par les distributeurs de normes qualitatives s'agissant de la revente des produits en ligne mais aussi en points de vente physiques<sup>7</sup>. Auparavant, cette possibilité n'était

<sup>3</sup> CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre*, aff. C-439/09.

<sup>4</sup> ADLC, 1<sup>er</sup> juillet 2019, n° 19-D-14.

<sup>5</sup> Cass. com., 13 septembre 2017, n° 16-15/067.

<sup>6</sup> ADLC, 24 octobre 2018, n° 18-D-23 ; CA Paris, 17 octobre 2019, n° RG 18/24456 et Cass.com., 26 janvier 2022, n° 19-24.464.

<sup>7</sup> Paragraphe 207 des lignes directrices sur les restrictions verticales, 30 juin 2022.

possible que dans le cadre d'un réseau de distribution sélective. Là encore, la prudence sera toutefois de mise puisque ces normes qualitatives ne devront pas avoir pour effet d'interdire la vente en ligne. La pratique décisionnelle future permettra de confirmer si les nouveaux textes ont permis de rééquilibrer le régime des ventes par Internet.

**3) La distribution de nombreux biens a profondément évolué en raison de l'essor des plateformes numériques d'intermédiation (et autres places de marché). L'Union européenne a récemment agi pour encadrer certains aspects de l'activité de ces nouveaux acteurs de la distribution, notamment avec l'adoption du règlement (UE) n° 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne (« règlement P to B »), entré en vigueur en juillet 2020. Ce règlement impose de nouvelles obligations aux fournisseurs de services d'intermédiation en ligne, telles que le nécessaire encadrement contractuel des relations entre fournisseurs et entreprises utilisatrices référencées, ou encore une obligation de transparence quant au mode de référencement des professionnels affiliés... Au regard de votre pratique, ce règlement P to B permet-il effectivement de mieux protéger les droits et intérêts des opérateurs référencés sur des plateformes d'intermédiation ? Avez-vous, au contraire, identifié des lacunes ou difficultés d'interprétation qui, pour l'heure, limiteraient la portée opérationnelle de ce texte ?**

Les plateformes numériques d'intermédiation constituent désormais des acteurs incontournables de la vie économique en particulier pour les PME puisque « 42 % des petites et moyennes entreprises de l'[Union européenne] ont d'ailleurs déclaré avoir recours à des places de marché en ligne pour vendre leurs produits et services »<sup>8</sup>. Face au pouvoir de marché croissant de ces plateformes, la Commission a d'ailleurs constaté que « 50 % des entreprises européennes qui exercent des activités sur les plateformes se heurtent à des problèmes », sachant que

seulement 26 % d'entre eux seraient résolus<sup>9</sup>. Réguler l'activité de ces plateformes était donc impératif<sup>10</sup>.

En pratique, il existe une difficulté d'interprétation de taille qui ne peut que limiter la portée opérationnelle du texte puisqu'elle porte sur le champ d'application du règlement P to B. En effet, certains clients et notamment des grands distributeurs nous consultent actuellement pour savoir si le règlement P to B leur est applicable. En ciblant les 7 000 plateformes en ligne ou places de marché exerçant des activités au sein de l'Union européenne, le législateur européen a probablement adopté une définition trop large et, en tout état de cause, insuffisamment claire des « services d'intermédiation en ligne » en renvoyant notamment à la définition de « services de la société de l'information » au sens de la directive 2015/1535, une notion qui n'est pas, en tant que telle, explicite et qui nécessite une lecture combinée des textes européens susvisés<sup>11</sup>. Par conséquent, ce défaut manifeste de clarté concernant le champ d'application matériel du règlement P to B constitue un vecteur d'insécurité juridique.

En outre, certaines lacunes du règlement P to B d'ores et déjà identifiées permettent légitimement de s'interroger sur l'efficacité des mesures mises en place. À ce titre, alors même que la rédaction de conditions générales claires, compréhensibles et facilement accessibles constitue une mesure phare pour lutter contre les pratiques déloyales des plateformes d'intermédiaires, le règlement P to B se contente de déclarer nulles et non avenues les seules dispositions spécifiques qui ne seraient pas conformes<sup>12</sup>. Pour plus d'efficacité, il aurait probablement pu être envisagé que la nullité s'applique à l'entièreté des conditions générales.

Aussi, l'un des objectifs du règlement P to B était, rappelons-le, d'apporter une plus grande transparence sur les plateformes en ligne notamment par la communication dans les conditions générales des principaux paramètres déterminant le classement objectif des biens et services sur

<sup>8</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne, « Marché unique numérique : les négociateurs de l'UE approuvent l'établissement de nouvelles règles européennes pour améliorer l'équité des pratiques commerciales des plateformes en ligne », 14 février 2019.

<sup>9</sup> V. *supra*.

<sup>10</sup> À ce sujet, v. notamment R. MAULIN, « Régulations des plateformes et places de marché : le droit économique à l'épreuve de l'obsolescence programmée ? », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 75, septembre 2018.

<sup>11</sup> Art. 2.2 du règlement P to B.

<sup>12</sup> Lecture combinée du paragraphe 20 et de l'article 3.3 du règlement P to B.

leurs sites. Cette mesure essentielle se trouve, selon nous, nettement affaiblie par le texte lui-même, puisqu'il est précisé que les « *fournisseurs de services d'intermédiation en ligne et moteurs de recherches ne sont pas tenus, lorsqu'ils satisfont aux exigences du présent article, de divulguer les algorithmes ou les informations dont on peut être raisonnablement certain qu'ils auraient pour effet de permettre de tromper les consommateurs ou de leur porter préjudice par la manipulation des résultats de recherche* »<sup>13</sup> (nous soulignons).

Enfin, l'objectif indispensable d'assurer des possibilités de recours efficaces pour les utilisateurs de plateformes en ligne notamment par la mise en place d'un système interne de traitement des plaintes<sup>14</sup> interroge. Les utilisateurs de plateformes demeurent toujours en position de faiblesse dans le rapport de force avec les plateformes ce qui peut, dans les faits, les conduire à s'abstenir de recourir à cette procédure afin de ne pas risquer de perdre en visibilité sur la plateforme le temps du traitement de la plainte.

En tout état de cause, le non-respect systématique de ces nouvelles obligations mises en place par le règlement P to B est à craindre au regard de l'enquête de la DGCCRF qui a démontré que 72 % des plateformes contrôlées ne respectaient pas les règles de transparence dans les relations professionnels-consommateurs issues de la loi Macron du 6 août 2015<sup>15</sup>. Il est ainsi fort probable que le même constat soit valable pour le non-respect de leurs obligations au titre du règlement P to B.

**4) Comment envisagez-vous l'avenir de la politique de l'Union européenne sur les enjeux liés à la distribution ? Préconiseriez-vous une action en rapport avec un secteur d'activité en particulier (à l'image de la France qui tente assez régulièrement de rééquilibrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs en matière de produits agricoles et alimentaires au moyen de lois) ? Ou encore l'adoption d'instruments législatifs d'harmonisation des droits nationaux processuels afin**

### **de consolider l'application du droit matériel applicable au secteur de la distribution ?**

Ces dernières années ont démontré l'intérêt grandissant des institutions européennes pour les enjeux liés à la distribution qui, avec parcimonie, interviennent sur des problématiques qui lui sont dédiées. Cela s'est traduit notamment au plan législatif par le biais du règlement P to B qui a pour objectif de rééquilibrer les relations entre les plateformes intermédiaires et les entreprises utilisatrices en interdisant certaines pratiques jugées déloyales de la part des plateformes.

Les institutions européennes sont également intervenues s'agissant de la distribution des produits agricoles et alimentaires. En effet, dès 2016, le Parlement européen rappelait à la Commission la nécessité de prévoir des sanctions à l'égard des pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne de distribution alimentaire au motif que « *la fragmentation des marchés et les disparités entre les législations nationales sur les pratiques commerciales déloyales exposent les opérateurs de la chaîne d'approvisionnement à des conditions de marché très diverses, ce qui peut déboucher sur des pratiques visant à rechercher la juridiction la plus favorable et, partant, sur une incertitude juridique* »<sup>16</sup>. À cette fin, la directive 2019/633 du 17 avril 2019 a eu pour objet de rééquilibrer les rapports entre fournisseurs et distributeurs en matière de produits agricoles et alimentaires et a même introduit des pratiques abusives qui n'étaient, à cette époque, pas encore répréhensibles en droit interne, on pense notamment à l'interdiction d'annuler une commande à brève échéance. Cette pratique a depuis été transposée en droit français, l'article L. 443-5 du Code de commerce disposant désormais que « *[l]'acheteur de produits agricoles et alimentaires périssables mentionnés au 1° du II de l'article L. 441-11 ne peut annuler une commande dans un délai inférieur à trente jours* ».

En outre, les différentes enquêtes menées par la Commission européenne s'agissant des regroupements à l'achat, et notamment celle à l'encontre de Casino et d'Intermarché au mois de novembre 2019, démontrent, une nouvelle fois, la vigilance continue dont les institutions européennes font preuve à l'égard de la distribution

<sup>13</sup> Art. 5.6 du règlement P to B.

<sup>14</sup> Art. 11 du règlement P to B.

<sup>15</sup> Assemblée Nationale, Rapport d'information sur les plateformes numériques, 24 juin 2020, p. 73 : « *[une] récente enquête de la DGCCRF montre que ces règles produisent à l'heure actuelle des effets trop limités. Ainsi, 32 des 44 entreprises contrôlées par la DGCCRF ne respectent pas les dispositions en vigueur* ».

<sup>16</sup> Résolution 2015/2065 (INI) du 7 juin 2016 du Parlement européen.

des produits agricoles et alimentaires<sup>17</sup>. Ces alliances, analysées au regard du droit de la concurrence, nécessitent une surveillance accrue des autorités nationales et européennes de concurrence afin de veiller à l'absence de coordination anticoncurrentielle quant aux tarifs et conditions négociés auprès des fournisseurs. Selon l'Autorité de la concurrence, de telles alliances sont susceptibles d'impacter négativement tant le marché amont que le marché aval de l'approvisionnement avec, pour conséquence à l'amont, de diminuer l'incitation des fournisseurs à innover et à l'aval, de diminuer la qualité de l'offre dont sont susceptibles de bénéficier les consommateurs<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Communiqué de presse de la Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre une enquête sur une possible collusion entre deux grands distributeurs français ayant conclu une alliance aux achats », Bruxelles, 4 novembre 2019.

<sup>18</sup> ADLC, 31 mars 2015, avis n° 15-A-06 relatif au rapprochement des centrales d'achat et de référencement dans le secteur de la grande

Pour autant, au regard de la diversité et de la particularité des réglementations nationales relatives au droit de la distribution, la politique de l'Union européenne ne peut, selon nous, intervenir qu'à la marge pour régler cette matière.

Aussi, le législateur européen doit veiller à limiter son action aux grandes orientations en évitant toute inflation et/ou empilement démesuré des textes, qu'il s'agisse de règlements ou de directives, afin de s'assurer de leur lisibilité et compréhension par les États membres. Un enchevêtrement de textes nuirait de manière certaine à leur effectivité et risquerait de complexifier davantage cette matière qui, de l'avis partagé des fournisseurs et des grands distributeurs, l'est déjà suffisamment.

distribution ; 22 octobre 2020, décision n° 20-D-13 et 17 décembre 2020, décision n° 20-D-22.