
Les restrictions en ligne et les accords verticaux dans l'économie des plateformes dans le règlement (UE) 2022/720

Sonia DE CARVALHO

Professeure associée à l'Université Portucalense Infante D. Henrique de Porto (Portugal)

Dans cet article, nous avons l'intention d'analyser les principaux changements introduits par le règlement (UE) 2022/720.

§ 1. Introduction

126. L'évaluation des restrictions verticales est essentiellement réglementée par l'article 101 du TFUE.

L'article 101 du TFUE présente une structure tripartite, subordonnant l'interdiction à la satisfaction cumulative de trois exigences : l'existence d'un comportement coordonné entre entreprises, par le biais d'accords et de pratiques concertées et de décisions d'associations d'entreprises ; la pratique doit avoir pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence dans le marché commun et être susceptible d'affecter le commerce entre les États membres.

L'article 101, paragraphe 1, du TFUE énumère des exemples de restrictions verticales typiques, telles que la fixation des prix de revente, sans distinction entre la fixation de prix maximaux et minimaux, la subordination de l'accord à l'acceptation par l'autre partie d'obligations qui, par leur nature et les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet du contrat, ainsi que les effets produits par certaines restrictions verticales, combinées, isolées ou dans le cadre de l'effet cumulatif de réseaux parallèles ayant un comportement similaire, notamment le partage des marchés ou des sources d'approvisionnement ; la limitation ou le contrôle de la production, de la distribution, du développement technique et de l'investissement ; et les pratiques discriminatoires dans le traitement des partenaires commerciaux qui les placent dans une situation de désavantage concurrentiel.

Les accords interdits en vertu du paragraphe 2 sont nuls¹.

L'article 101, paragraphe 3, du TFUE prévoit toutefois que, sous certaines conditions, l'interdiction prévue au paragraphe n° 1 peut être déclarée inapplicable.

Ainsi, la Commission peut appliquer l'article 101, paragraphe 3 du TFUE, par voie d'un règlement, à certaines catégories d'accords et de pratiques concertées dans certains secteurs d'activité économique.

L'objectif de ces règlements est de renforcer la sécurité juridique et d'assurer une certaine uniformité dans l'application du droit de la concurrence, d'autant plus que, depuis le règlement 1/2003, les autorités nationales sont également compétentes pour appliquer le paragraphe 3, de l'art. 101 du TFUE.

Dans le cas d'accords faisant l'objet d'exemptions par catégorie, les parties doivent uniquement vérifier qu'elles bénéficient de cette exemption et sont dispensées de démontrer que leur accord spécifique remplit chacune des conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, étant donné que le règlement d'exemption repose sur la présomption que les accords couverts par cet avantage remplissent les conditions énoncées au paragraphe 3, de l'art. 101 du TFUE.

En termes de simplification de l'application du droit de la concurrence, il ne fait aucun doute que l'un des aspects les plus positifs de l'utilisation du règlement d'exemption est qu'il évite aux parties de devoir mettre en balance les effets anticoncurrentiels et les avantages proconcurrentiels qui le sous-tendent, réduisant ainsi l'incertitude et l'insécurité juridiques inhérentes à l'évaluation au cas par cas.

L'analyse des effets des restrictions verticales au cas par cas présente toutefois l'avantage d'éviter la rigidité des règlements d'exemption, ce qui permet, dans le cadre d'une application de l'art. 101 conformément à la *rule of reason*, d'analyser en détail les effets de la restriction verticale, réduisant ainsi le risque que le règlement d'exemption, en tant que solution globale,

1. Outre cette sanction civile, des amendes et des astreintes, telles que visées dans le règlement (CE) n° 1/2003, peuvent être imposées par la Commission en vertu de l'article 23, paragraphe 2, alinéa a), et de l'article 24, ainsi que par les autorités nationales de la concurrence en vertu de l'art. 5. La Commission peut également, en vertu de l'art. 7, appliquer des mesures comportementales et structurelles.

La nullité ne s'applique qu'à la clause interdite et n'est étendue à l'ensemble de l'accord que si la clause est indissociable de l'accord. Cf. l'arrêt de la Cour du 30 juin 1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) / Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, affaire 56/65, *Rec.* 1966, p. 337. La possibilité de réduire le contrat relève du droit national, cf. arrêt de la Cour du 11 septembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA contra LV Tobar e Hijos SL*, *Processo C-279/06*, *Colec.* 2008, p I-06681, point 75.

couvre des pratiques dont les effets anticoncurrentiels sont manifestement plus importants que les avantages proconcurrentiels.

En revanche, il est vrai que, d'un point de vue économique, la *rule of reason* se présente comme une approche plus appropriée pour analyser les restrictions verticales, et il est peu probable que l'analyse au cas par cas qui la soutient, compte tenu du degré élevé de consolidation de la politique de concurrence dans l'Union européenne, même dans un système décentralisé, remette en cause l'uniformité et la cohérence du système de droit de la concurrence.

Toutefois, il convient de noter que, bien que l'exemption reconnue dans le règlement puisse couvrir des comportements anticoncurrentiels, étant donné qu'elle est basée sur le critère formel de la part de marché, elle est adaptée aux conclusions de l'analyse coût-erreur du droit de la concurrence. En effet, comme nous l'avons déjà mentionné, le système coexiste mieux avec l'absolution des comportements anticoncurrentiels qu'avec la condamnation des faux positifs, avec le coût social élevé inhérent à la dissuasion des comportements proconcurrentiels qui amélioreraient le bien-être².

Cette exemption générale s'inscrit dans le processus de modernisation du droit de la concurrence dans l'Union européenne, révélant l'influence de la théorie économique. Cette perméabilisation est évidente dans la reconnaissance des avantages proconcurrentiels, abondamment démontrés par l'École de Chicago et la théorie des coûts de transaction, des restrictions verticales, en tant que réponse alternative à l'intégration verticale totale, maintenant les incitations du marché et en même temps un degré de contrôle du producteur nécessaire à la distribution efficace du produit. Cependant, l'approche européenne révèle aussi les réserves de l'École *Post-Chicago*, notamment dans la manière dont elle atténue le rôle de l'efficacité en tant que champ d'application central du droit de la concurrence et rejette, presque d'emblée, les effets proconcurrentiels de certaines restrictions. Nous ne pouvons pas non plus ignorer l'influence décisive sur le droit européen de la concurrence des particularités qui marquent le projet européen, en particulier l'intégration des marchés³.

La construction de l'exemption par catégorie révèle également la présence de la vision structurelle du modèle économique, prônée par l'École de Harvard, en adoptant le principe selon lequel la structure du marché conditionne les effets négatifs des restrictions verticales, qui tendent à

2. F. Easterbrook, « The Limits of Antitrust », *Texas L. Rev.*, vol. 63, n° 1, 1984, pp. 2-3.

3. Cela conduit Doris Hildebrand, *The role of economic analysis*, Kluwer Law International, La Haye, 1998, p. 279, à défendre l'existence d'une *modern european economics* au sein également de l'autonome *European school of thought*.

s'accroître lorsque, en raison du pouvoir de marché, la concurrence inter-marques est insuffisante. Sur les marchés concurrentiels, les effets produits par les restrictions sur l'efficacité et, dans certains cas, sur la concurrence, tendront à compenser les effets anticoncurrentiels qui en découlent.

En juin 2022, le nouveau règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, le règlement (UE) 2022/720, est entré en vigueur, accompagné des nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales, suite à l'évaluation et à la révision des règles prévues dans le règlement (UE) n° 330/2010.

Les nouvelles règles visaient à simplifier l'évaluation par les entreprises de la compatibilité de leurs accords de fourniture et de distribution avec les règles de concurrence de l'UE, imposant des mises à jour en ce qui concerne l'évaluation des restrictions en ligne et des accords verticaux dans l'économie des plateformes, pour l'application du règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022, concernant les marchés contestables et équitables dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (Règlement sur les marchés numériques).

Le règlement (UE) 2022/720 a également mis l'accent sur la durabilité, en étendant l'exemption aux accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité, de résilience et de numérisation, pour autant qu'ils remplissent les conditions du règlement.

§ 2. Accords de distribution et de fourniture

127. Les accords de fourniture de distribution sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie, par le biais du règlement (UE) 2022/720 de la Commission européenne, qui a remplacé le règlement (UE) n° 330/2010, en maintenant, avec quelques modifications seulement, la discipline prévue par ce dernier.

Ce règlement est également accompagné de lignes directrices destinées à aider les entreprises à procéder à leur propre évaluation des accords verticaux à la lumière des règles de l'Union européenne en matière de concurrence⁴.

4. Communication de la Commission *Lignes directrices sur les restrictions verticales* 2022/C 248/01, JO C 248, 30.6.2022, p. 1-85. Ces règles, comme le souligne la Commission elle-même, ne doivent pas être appliquées de manière mécanique, mais les circonstances spécifiques de chaque cas doivent être dûment prises en compte lors de leur application. Le point 4 indique qu'ils ne contestent pas la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice concernant l'application de l'article 101 aux accords verticaux. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 2.

Ces lignes directrices, concernant les accords verticaux non couverts par l'interdiction de l'art. 101 du TFUE, maintiendront essentiellement le régime établi dans les lignes directrices de 2010 sur les accords d'importance mineure et la règle de « l'absence d'effet sensible sur le commerce » et le contrat d'agence.

Toutefois, en ce qui concerne le régime des agences, les risques identifiés au point 14 des *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2010 demeurent⁵.

Le règlement (UE) 2022/720 conserve les mêmes indices que ceux indiqués dans Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2010 pour évaluer l'authenticité du contrat d'agence, à commencer par l'absence de propriété des biens couverts par le contrat par l'agent, suivie d'une référence aux investissements dans la vente et la publicité, aux investissements spécifiques, au maintien des stocks au risque de l'agent, à l'absence d'obligations relatives au développement d'autres activités sur le même marché que le produit demandé par le principal, à moins que ces activités ne soient intégralement remboursées par ce dernier⁶.

De même, dans le règlement (UE) 2022/720, la réalité économique prévaut sur le *nomen iuris*, et dans les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, la Commission a clarifié l'articulation du critère de risque avec l'unité économique, conformément à la jurisprudence de l'Union européenne, considérant qu'il suffit que l'agent supporte un ou plusieurs risques pertinents pour être considéré comme une entreprise indépendante du principal, excluant la qualification du contrat en tant qu'agence, avec la soumission conséquente à l'application de l'art. 101 du TFUE⁷.

Le règlement (UE) 2022/720 part du principe que l'économie des plateformes en ligne joue un rôle de plus en plus important dans la distribution de biens et de services. Les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne permettent de nouvelles façons de faire des affaires, dont certaines ne sont pas faciles à classer à l'aide des concepts associés aux accords verticaux dans l'économie traditionnelle. En particulier, les services d'intermédiation en ligne permettent aux entreprises d'offrir des biens ou des services à d'autres entreprises ou à des consommateurs finaux en vue de faciliter l'initiation de transactions directes entre entreprises ou entre entreprises et consommateurs finaux. Les accords relatifs à la fourniture de services d'intermédiation en ligne sont des accords verticaux et devraient donc pouvoir

5. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 31.

6. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 33.

7. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 34.

bénéficiaire de l'exemption par catégorie établie par le présent règlement, sous réserve des conditions qui y sont énoncées⁸.

L'un des objectifs était de mettre à jour l'évaluation des restrictions en ligne, des accords verticaux dans l'économie des plateformes et des accords visant des objectifs de durabilité⁹.

Par conséquent, dans l'art. 1, paragraphe 1, alinéa d), le fournisseur inclut une société qui fournit des services d'intermédiation en ligne et au paragraphe 1, alinéa e), il considère que les « services d'intermédiation en ligne » sont des services de la société de l'information, conformément à l'article 1, paragraphe 1, alinéa b), de la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil, qui permettent aux entreprises d'offrir des biens ou des services :

- i) à d'autres entreprises, en vue de faciliter l'initiation de transactions directes entre ces entreprises, ou
- ii) aux consommateurs finaux, en vue de faciliter l'initiation de transactions directes entre ces entreprises et les consommateurs finaux, que ces transactions soient conclues ou non¹⁰ ;

À son tour, l'art. 1, paragraphe 1, alinéa l) établit que les « ventes actives » sont des ventes dans lesquelles les clients sont activement ciblés par le biais de visites, de lettres, d'e-mails, d'appels téléphoniques ou d'autres moyens de communication directe ou par le biais de publicités et de promotions ciblées, hors ligne ou en ligne, par exemple via des médias imprimés ou numériques, y compris les médias en ligne, les services de comparaison de prix ou la publicité sur les moteurs de recherche ciblant des clients dans des territoires spécifiques ou des groupes de clients spécifiques, exploitant un site Web avec un domaine de premier niveau correspondant à des territoires spécifiques ou proposant sur un site Web des langues communément utilisées sur certains territoires, lorsque ces langues sont différentes de celles couramment utilisées sur le territoire où l'acheteur est établi ;

Dans l'art. 1, paragraphe 1, alinéa m), les « ventes passives » sont des ventes réalisées en réponse à des demandes spontanées de clients individuels, y compris la livraison de biens ou de services au client, sans que la vente ait été initiée par une publicité ciblant activement le client, le groupe de clients ou le territoire spécifique, et incluant les ventes résultant de la

8. La définition des services d'intermédiation en ligne utilisée dans le règlement (UE) 2019/1150 du Parlement européen et du Conseil (4) devrait être adaptée aux fins du présent règlement. Cf. considérant 11.

9. « Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines », pp. 4 et 6, disponible sur https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf

10. Art. 1, paragraphe 1, alinéa d) et e).

participation à des procédures de marchés publics ou de la réponse à des appels d'offres privés.

Ainsi, les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022 soulignent que les accords conclus par les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne ne remplissent généralement pas les conditions requises pour être considérés comme des contrats d'agence ne relevant pas du champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité. En règle générale, ces entreprises agissent en tant qu'opérateurs économiques indépendants et non en tant que partie des entreprises pour lesquelles elles fournissent des services. En particulier, les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne fournissent souvent des services à un très grand nombre de vendeurs, ce qui les empêche de faire effectivement partie des entreprises des vendeurs. En outre, l'existence d'effets de réseau considérables et d'autres caractéristiques de l'économie de plateforme en ligne peuvent contribuer à un déséquilibre important dans l'ampleur et le pouvoir de négociation des parties contractantes. Il peut en résulter une situation dans laquelle les conditions de vente des biens ou des services et la stratégie commerciale sont déterminées par l'entreprise active dans l'économie de plateforme en ligne, et non par les vendeurs des biens ou des services. En outre, les entreprises actives dans l'économie des plateformes en ligne réalisent généralement d'importants investissements spécifiques au marché, par exemple dans les logiciels, la publicité et les services après-vente, ce qui indique que ces entreprises supportent des risques financiers ou commerciaux importants liés aux transactions qu'elles intermédièrent¹¹.

Le paradoxe est maintenu par rapport au fait que l'authenticité du contrat d'agence, tant au niveau jurisprudentiel que dans la conception privilégiée par la Commission, repose sur le critère du risque en liaison avec la notion d'unité économique. Bien que l'agent ait une personnalité juridique distincte, dès lors qu'il ne détermine pas de manière autonome son comportement sur le marché, étant donné qu'il est totalement dépendant de son principal, il est entendu qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 101 du TFUE, à condition que le principal supporte les risques financiers et commerciaux inhérents à l'activité économique¹².

Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022 admettent que le principal peut recourir à diverses méthodes pour couvrir les risques et les coûts pertinents, à condition que ces méthodes garantissent que l'agent ne supporte aucun risque significatif du type de ceux indiqués aux points 31 à 33. Il peut également être nécessaire d'établir une méthode simple permettant

11. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 46.

12. Arrêt de la Cour du 14/12/2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio contra Compañía Española de Petróleos SA*, cit., points 44 à 46.

à l'agent de déclarer et de demander le remboursement de tous les coûts qui dépassent le montant ou le pourcentage fixe convenu, et au principal de contrôler systématiquement toutes les modifications des coûts concernés et d'adapter en même temps le montant ou le pourcentage fixe. Le principal doit rembourser ces frais¹³.

Tous les risques pertinents liés à la vente de biens ou de services couverts par le contrat d'agence, y compris les investissements spécifiques sur le marché, doivent être supportés par le principal¹⁴.

Le règlement (UE) 2022/720 maintient la préoccupation concernant les clauses d'exclusivité et les obligations de non-concurrence dans les contrats d'agence, en particulier de cette dernière¹⁵.

Concernant les accords verticaux qui ne sont pas couverts par l'art. 101 du TFUE, les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022 définissent également les contrats de fourniture comme des contrats par lesquels une entreprise, le « commettant », à la suite ou non d'une commande d'un tiers, charge une autre entreprise, le « fournisseur », conformément à ses directives, de fabriquer des produits, de fournir des services ou d'exécuter des travaux destinés à être livrés au commettant ou exécutés pour son compte, en se référant à la communication de la Commission du 18 décembre 1978 relative à l'appréciation des contrats de fournitures conformément à l'article 85, paragraphe 1, du TFUE.

Il convient également de noter la référence au système de distribution exclusive, absent du règlement n° 330/2010, qui est considéré comme un système de distribution dans lequel le fournisseur attribue un territoire ou un groupe de clients exclusivement à lui-même ou à un maximum de cinq acheteurs et restreint la possibilité pour tous les autres acheteurs de vendre activement sur le territoire exclusif ou au groupe exclusif de clients¹⁶.

Ce règlement crée également une *safe harbor* ou une *safe haven*, soit une zone de sécurité pour la plupart des accords verticaux, l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, n'étant pas applicable, à condition que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur les marchés en cause ne dépassent pas chacune les seuils prévus à l'article 3 du règlement et que l'accord ne contienne pas de restrictions caractérisées en vertu de l'article 4 du règlement. Cette zone de sécurité est applicable à condition que le bénéfice de l'exemption par catégorie n'ait pas été retiré par la Commission ou une ANC conformément à l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003. Le fait

13. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 35.

14. *Ibid.*, point 39.

15. *Ibid.*, point 43.

16. Cf. art. 1, paragraphe 1, alinéa h).

qu'un accord vertical n'entre pas dans la zone de sécurité ne signifie pas que cet accord entre dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité ou qu'il ne remplit pas les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du traité.

Ainsi, le règlement restreint le champ d'application de la zone de sécurité en ce qui concerne la double distribution, c'est-à-dire lorsqu'un fournisseur vend ses biens ou services par l'intermédiaire de distributeurs indépendants mais aussi directement aux clients finaux, et les obligations de parité, c'est-à-dire les obligations qui imposent à un vendeur d'offrir à sa contrepartie des conditions identiques ou meilleures que celles proposées sur les canaux de vente de tiers, tels que d'autres plateformes, et/ou sur les canaux de vente directe du vendeur, tels que son site web¹⁷.

Il en résulte que certains aspects de la double distribution et certains types d'obligations de parité ne seront plus exemptés avec l'application du nouveau règlement, qui devra désormais être évalué individuellement en vertu de l'article 101 du TFUE¹⁸.

Le nouveau règlement, en revanche, étend la portée de la zone de sécurité en ce qui concerne certaines restrictions à la capacité d'un acheteur de démarcher activement des clients individuels, c'est-à-dire les ventes actives, et certaines pratiques relatives aux ventes en ligne, à savoir la possibilité de facturer au même distributeur des prix de gros différents pour les produits à vendre en ligne et hors ligne et la possibilité d'imposer des critères différents pour les ventes en ligne et hors ligne dans les systèmes de distribution sélective. Ces restrictions sont désormais exemptées, à condition que toutes les autres conditions d'exemption soient remplies¹⁹.

Ces changements visaient à éliminer les faux positifs et à réduire les faux négatifs²⁰.

17. Commission européenne – Communiqué de presse, « Ententes et abus de position dominante : la Commission adopte un nouveau règlement d'exemption par catégorie pour les accords verticaux et de nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales ».

18. « Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines », pp. 2-3 et ss, disponible sur https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf et *Les lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2022, points 94 à 109 et 253 à 255 et 259 et section 8.2.5.

19. Commission européenne – Communiqué de presse ; « Ententes et abus de position dominante : la Commission adopte un nouveau règlement d'exemption par catégorie pour les accords verticaux et de nouvelles lignes directrices sur les restrictions verticales », disponible sur https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_22_2844

20. Explanatory note on the new VBER and Vertical Guidelines, pp. 1 e 2, disponible sur https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2022-05/explanatory_note_VBER_and_Guidelines_2022.pdf

Cette construction reflète évidemment le principe selon lequel la plupart des restrictions verticales ne peuvent produire d'effets anticoncurrentiels que si la concurrence est insuffisante à un ou plusieurs stades de l'activité commerciale, c'est-à-dire s'il existe un certain degré de pouvoir de marché du fournisseur ou de l'acheteur, ou des deux²¹.

Suite aux différentes critiques de la doctrine, on ne parle plus de présomption de légalité, mais de présomption que l'accord visé par l'interdiction de l'art. 101 du TFUE répond aux exigences de l'art. 101, paragraphe 3 du TFUE²². La nécessité d'une exemption dépend de l'interdiction de l'art. 101 du TFUE.

L'absence de présomption d'illégalité est maintenue pour les accords qui excèdent la part de marché fixée ou qui ne remplissent pas les conditions prévues à l'art. 101, paragraphe 3, du TFUE et la charge de la preuve que l'accord enfreint l'article 101, paragraphe 1, du TFUE incombe aux autorités de concurrence. Enfin, la charge de la preuve que les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3, du TFUE sont remplies incombe aux parties qui invoquent l'exemption prévue au paragraphe 3, de ladite norme²³.

Comme dans le règlement n° 330/2010, les accords verticaux sont un moyen de rendre la chaîne de production et de distribution plus efficace, grâce à une meilleure coordination entre les producteurs et les distributeurs, en réduisant le risque de double marginalisation, l'effet d'auto-stop et en encourageant les distributeurs à fournir une assistance avant la vente, telle que l'information ou l'assistance technique, et une assistance après la vente, telle que la garantie ou l'entretien. Le règlement 2022/720 maintient donc l'identification des restrictions verticales à la réduction des coûts de transaction et de distribution des parties et à l'optimisation de leurs niveaux de vente et d'investissement, comme le préconisent l'École de Chicago et la théorie des coûts de transaction²⁴.

Sur un marché concurrentiel, où la concurrence intermarques est intense, il est très probable que ces avantages proconcurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels associés aux restrictions verticales, remplissant ainsi les conditions de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE²⁵.

Le présent règlement s'applique aux accords tant horizontaux que verticaux, l'article 1, paragraphe 1, alinéa a), du règlement (UE) 2022/720 définissant « accord vertical » comme « un accord ou une pratique concertée

21. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 48.

22. Cf. considérant 5 du règlement n° 330/200.

23. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, cit. point 266, note 157.

24. Cf. considérant 6 du règlement (UE) 2022/720.

25. Cf. considérant 7 du règlement (UE) 2022/720.

entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services ».

En ce sens, le règlement a pour principale préoccupation les accords d'achat et de distribution, indiquant les conditions d'acquisition, de vente ou de revente de biens ou de services fournis par le fournisseur et/ou les conditions de vente, par l'acheteur, des biens ou services achetés, y compris les biens ou services intermédiaires.

Le présent règlement considère également, aux termes de l'art. 2, paragraphe 1, que l'art. 101, paragraphe 1 du TFUE ne s'applique pas à un accord ou une pratique concertée entre deux ou plusieurs entreprises opérant chacune, aux fins de l'accord ou de la pratique concertée, à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution, et relatif aux conditions auxquelles les parties peuvent acheter, vendre ou revendre certains biens ou services, dans la mesure où ces accords contiennent des restrictions verticales. De même, la notion de restrictions verticales, en tant que restriction de la concurrence, visée à l'art. 1, paragraphe 1, alinéa b), reste également identique à celle visée à l'article 2, paragraphe 1, du règlement (CE) 330/2010.

Le règlement d'exemption par catégorie s'applique ainsi aux accords et aux pratiques concertées et il est donc essentiel de démontrer l'existence d'un accord entre les entreprises²⁶.

La Commission, dans les *Lignes directrices sur les restrictions verticales* examinées ici, persiste dans la notion plus large d'accord dès lors qu'il s'agit d'une acceptation tacite, attribuant la valeur des déclarations tacites à des comportements tels que la réduction des commandes par les distributeurs et l'absence de commerce parallèle en réponse à l'annonce d'une réduction unilatérale des approvisionnements par un fournisseur ou à la mise en œuvre du système de contrôle et de sanction mis en place par le fournisseur pour pénaliser les distributeurs qui ne se conforment pas à sa politique unilatérale. Cette notion large est contraire au niveau d'exigence imposé par la Cour de justice pour prouver l'existence d'un accord fondé sur des comportements tacites²⁷.

26. Le comportement unilatéral des entreprises est exclu du champ d'application du règlement et relève de l'article 102 du TFUE, qui interdit l'abus de position dominante. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, point 52.

27. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, point 52. En ce sens, dans la décision arrêt du TPI du 26/10/2000, *Bayer AG contra Comissão*, affaire T-41/96., Colect 2000, p. II-03383, points 69-72, 109, 119 à 121 et 173, confirmé par l'arrêt du TJ du 6/01/2004, affaires C-2/01 P et C-3/01 P, *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure EV et Commission contre Bayer AG (Bay)*, Colect. 2004, p. I-0002, points 88 et 89.

Il suffit de prouver que les parties ont exprimé leur volonté commune de se comporter d'une certaine manière sur le marché. En l'absence d'un accord explicite reflétant une entente, il incombe à la Commission de prouver que la politique unilatérale d'une partie a été acceptée par l'autre partie. L'acceptation d'une politique unilatérale particulière peut être révélée par le fait que l'accord préétabli, accepté par les deux parties, reconnaît le pouvoir d'une partie d'adopter une politique unilatérale spécifique qui est contraignante pour l'autre partie, ou par une acceptation tacite. En ce sens, la Commission doit démontrer, d'une part, qu'une partie a demandé, explicitement ou implicitement, la coopération de l'autre partie dans la mise en œuvre de sa politique unilatérale et, d'autre part, que cette dernière a respecté cette exigence en mettant en œuvre la politique unilatérale en pratique²⁸. Ces deux moyens peuvent être utilisés ensemble pour prouver l'acceptation.

L'objectif principal de ce règlement, comme ce fut le cas du règlement (UE) n° 330/2010, est l'établissement d'une exemption de catégorie générique pour les accords verticaux, qui, compte tenu de la définition contenue à l'art. 1, est soumis à un critère de verticalité presque pur, excluant les accords verticaux entre entreprises concurrentes, comme il ressort de l'article 2, paragraphe 4, du règlement²⁹.

Comme indiqué, les entreprises peuvent exercer leurs activités à plus d'un niveau de la chaîne de production ou de distribution, ce qui soulève le problème inhérent aux accords verticaux entre des parties qui peuvent apparaître sur le marché comme des concurrents. En ce sens, les exceptions concernant les accords non réciproques sont maintenues, comme dans le règlement 330/2010, bien qu'elles soient limitées aux cas dans lesquels le fournisseur est un fabricant et un distributeur de biens et l'acheteur n'est qu'un distributeur et non une entreprise concurrente au niveau de la fabrication, ou le fournisseur est un prestataire de services à différents stades de l'activité commerciale, tandis que l'acheteur fournit ses biens ou services au niveau de la vente au détail et n'est pas une entreprise concurrente au même stade de l'activité commerciale où il acquiert les services contractuels.

Les accords verticaux conclus par une association d'entreprises et ses membres, ou entre une association et ses fournisseurs, sont couverts par le règlement d'exemption par catégorie pour autant que tous ses membres soient engagés dans le commerce de détail de marchandises et que chaque

28. En ce sens, l'arrêt du TPI [TG] du 26/10/2000, *Bayer AG contre Commission*, déjà cité, points 69 et 72.

29. La notion d'entreprise concurrente est donnée par l'art. 1, alinéa c).

membre individuel de l'association ait un chiffre d'affaires n'excédant pas 50 millions d'euros.

L'exemption, comme c'était le cas dans le règlement 330/2022, s'applique également aux accords verticaux dans lesquels des droits de propriété intellectuelle, généralement des marques, du savoir-faire et des droits d'auteur, sont cédés à l'acheteur ou pour son usage, par voie de licence, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients, ce qui couvre donc les biens intermédiaires.

Les dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle, relatifs à des biens ou à des services, ne peuvent pas contenir de restrictions de concurrence ayant le même objet ou le même effet que les restrictions verticales non exemptées par le règlement d'exemption par catégorie.

Le règlement d'exemption par catégorie couvre l'octroi de licences pour les droits de propriété intellectuelle liés aux marques ou aux insignes et au savoir-faire dans les contrats de franchise, à condition qu'ils soient accessoires au contrat de franchise, dont l'objet principal doit être l'achat ou la distribution de biens ou de services.

Ce régime n'est donc pas applicable aux accords de franchise qui impliquent uniquement ou principalement l'octroi de licences de droits de propriété intellectuelle, mais plutôt aux accords dans lesquels le transfert de droits de cette nature est accessoire à l'achat et à la distribution de produits, répondant aux exigences vérifiées dans l'art. 2, paragraphe 3, du règlement.

La Commission, consciente que le transfert des droits de propriété intellectuelle dans le cadre du contrat de franchise nécessite l'imposition de certaines obligations restrictives au franchisé qui pourraient être interdites par l'art. 101 du TFUE lui étend l'exemption prévue par le règlement³⁰.

Le degré de pouvoir de marché joue un rôle central dans l'octroi de l'exemption par catégorie, étant donné que les avantages proconcurrentiels sont plus susceptibles de compenser les effets négatifs sur la concurrence lorsque les entreprises participant à l'accord ne disposent pas d'un pouvoir de marché significatif et que la concurrence intermarques est plus intense³¹.

30. Les *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2022, point 87, énumèrent une série d'obligations généralement imposées aux franchisés afin de protéger les droits de propriété intellectuelle, que nous analyserons plus tard lorsque nous soumettrons le contrat de franchise au regard du droit de la concurrence.

31. S. Bishop, *Modernization of the rules implementing article 81 and 82*, « European Competition Law Annual 2000. The modernization of EC antitrust Policy », Claus – Dieter Ehlermann, Isabela

Comme dans le règlement (UE) 330/2010, le règlement (UE) 2022/720 fait dépendre l'exemption de la part de marché du fournisseur sur laquelle il vend les biens ou services contractuels et de la part de marché de l'acheteur sur le ou les marchés sur lesquels il acquiert les biens ou services contractuels, chacune de ces parts ne devant pas dépasser le seuil de 30 %³².

L'exigence d'une part de marché pour les deux parties est justifiée par la préoccupation de la Commission à l'égard des grandes distributions³³.

Certaines doctrines se sont opposées à cette exigence, faisant valoir que le fournisseur devrait désormais non seulement procéder à une auto-évaluation de sa part de marché, mais aussi analyser et évaluer la part de marché de l'acheteur, ce qui réduirait l'utilité de l'exemption.

La fixation de la part de marché continue de faire l'objet de critiques, fondées sur le caractère arbitraire de la fixation d'un seuil à 30 % et sur le caractère incomplet des parts de marché en tant que paramètres du pouvoir de marché, ainsi que sur leur inadéquation pour mener une analyse économique³⁴.

La doctrine a du mal à comprendre pourquoi cette exigence, qui était auparavant prévue pour les accords contenant des obligations de fourniture exclusive, compte tenu du risque de forclusion pour les rivaux du vendeur, a été étendue à tous les accords de distribution³⁵.

D'autre part, le paragraphe 2 de l'art. 3 précise que, dans les cas où une entreprise, en vertu d'un accord multilatéral, achèterait les biens ou les services contractuels à une entreprise partie dans l'accord et les vendrait à une autre entreprise partie dans l'accord, la part de marché de la première

Atanasiu (eds), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon. 2001, p. 58. L'auteur considère donc que : « *From a policy perspective, whether an agreement can be said to prevent, distort or restrict competition depends on its impact on market outcomes and that its precise form.* »

32. À l'exception des accords couverts par la règle de *minimis* contenue dans la Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de *minimis*) 2001, *cit. cf. Lignes directrices sur les restrictions verticales*, 2010, points 8-11.
33. Cf. S. Colino, *Vertical agreements and competition law. A comparative study of the EU and US Regimes*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2010, p. 109.
34. L'un des aspects soulignés est qu'il crée une suspicion à l'égard des entreprises qui dépassent la part de marché, même si la Commission affirme qu'il n'y a pas de présomption d'illégalité. Dans cette analyse sur la base d'une part de marché formelle, il est possible d'inclure des accords ayant des effets proconcurrentiels dont l'analyse économique montrerait qu'ils dépassent les effets anticoncurrentiels et remplissent les exigences de l'art. 101, n° 3 du TFUE. Cf. S. Colino, *Vertical agreements*, *cit.*, pp. 100-103.
35. G. De Stefano, « The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbors and hardcore restrictions », *E.C.L.R.*, n° 12, 2010, p. 488.

entreprise doit atteindre le seuil de part de marché fixé au paragraphe 1, à la fois en tant qu'acheteur et en tant que vendeur, pour que l'exemption prévue à l'article 2 s'applique.

La détermination de la part de marché s'effectue, conformément aux dispositions de l'article 7, selon un régime identique à celui établi dans le règlement 330/2010. Toutefois, même si le seuil de part de marché susmentionné n'est pas dépassé, l'exemption ne s'applique pas aux accords qui contiennent directement ou indirectement des restrictions ayant des effets graves sur la concurrence.

Comme dans le règlement précédent, le règlement (UE) 2022/720 maintient l'existence de restrictions à la concurrence graves, les *hardcore restraints*, qui empêchent l'octroi de l'exemption automatique prévue par le règlement d'exemption par catégorie, sans qu'il soit nécessaire de vérifier le pouvoir de marché des entreprises participant à l'accord, étant donné qu'il est présumé que l'objet de ces accords restreint la concurrence, ce qui est interdit par l'art. 101, paragraphe 1. Ces restrictions ne bénéficient pas de la présomption de respect des exigences de l'art. 101, paragraphe 3, du TFUE inhérente à l'octroi de l'exemption par catégorie.

Bien que la Commission suppose qu'il est peu probable que l'accord remplisse les conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, il n'est pas exclu, comme c'était le cas dans le règlement 330/2010, que des effets pro-concurrentiels au sens de l'article 101, paragraphe 3, puissent être démontrés dans un cas particulier³⁶.

En ce qui concerne ces restrictions, la critique demeure que cette technique est en contradiction avec l'intérêt d'analyser les effets de la restriction dans le contexte économique dans lequel elle s'insère, puisque, comme cela a déjà été abondamment mentionné, la fragilité de la concurrence intermarques et l'existence d'un pouvoir de marché conditionnent les effets anticoncurrentiels de la restriction³⁷.

36. Ce qui conduit Nikolaos Vettas, *Developments in vertical agreements*, Antitrust Bull. vol. 55, n° 4, 2010, p. 866, à identifier une double présomption : qui produisent des effets anticoncurrentiels et qui ne sont pas justifiés. Ces restrictions n'excluent toutefois pas la possibilité qu'une exemption individuelle soit accordée, même si cela est considéré comme peu plausible. Il ne s'agit donc pas d'un concept exactement équivalent à l'interdiction *per se* du droit nord-américain.

37. N. Vettas, *Developments in vertical agreements*, cit., p. 871 «... despite the more balanced and open approach towards the procompetitive effects of vertical agreements signalled by the 2010 Guidelines, the 2010 BER continues to place on the blacklist a number of vertical restraints that are considered hardcore, including minimum and fixed price RPM and other resale restrictions. It would have been worth considering a change in this policy that would have allowed small firms to use any type of vertical agreement whatsoever when trading with other small firms ». Le refus de dresser une *black list* reste un signe de la distance qui sépare les régimes de concurrence américain et européen. Cf. S. Colino, *Competition law of the EU and UK*, 7th ed, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 210.

Par ailleurs, l'un des doutes soulevés à l'égard de cette catégorie de restrictions caractérisées concernait l'éventuelle renonciation, résultant de la qualification de restriction caractérisée, à la nécessité pour l'autorité de la concurrence de démontrer l'objet ou l'effet restrictif de la pratique à travers un examen individuel, au sens de l'art. 2 du règlement n° 1/2003.

Or, un accord ou une action concertée doit avoir *pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché commun*, et il est constant dans la jurisprudence et dans la Commission que le caractère alternatif de cette condition, évident dans l'utilisation de la conjonction « *ou* » signifie qu'une fois qu'il a été démontré que la restriction vise à restreindre le jeu de concurrence, il n'est pas nécessaire de démontrer des effets anticoncurrentiels effectifs. En ce sens, l'obligation pour l'autorité de concurrence ou la Commission de prouver l'objet ou l'effet restrictif de la pratique est donc maintenue³⁸.

Tant les restrictions par objet que par effet, si la première ne peut être prouvée, nécessitent cependant l'analyse de la restriction dans le contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère, en tenant compte des faits qui sous-tendent l'accord et les circonstances spécifiques de son fonctionnement, à savoir le contenu de ses dispositions, les objectifs qu'il cherche à atteindre, ainsi que la conduite et le comportement réels des parties sur le marché et même si l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord, rien n'empêche que celui-ci soit également évalué par la Commission, les autorités de concurrence et les juridictions³⁹.

La jurisprudence a considéré que les restrictions caractérisées ne dispensent pas l'autorité de la concurrence de démontrer qu'il s'agit d'une restriction par objet, après analyse du contenu de ses dispositions, des objectifs qu'elle vise à atteindre, ainsi que du contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère, et il est certain que si la restriction par objet n'est pas prouvée, les effets anticoncurrentiels sur le marché devront être démontrés⁴⁰.

38. Cf. CJCE, 30 juin 1966, n° 56/65, *Société Technique Minière (L.T.M.) / Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, Colect. 1965-1968, p. 381, CJCE, 6 oct. 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.*, Colect., p. I-9291, point 55. Cf. *Lignes directrices relatives à l'application du paragraphe 3 de l'art. 81 du traité*, point 21.

39. Arrêt *GlaxoSmithKline Services e o./Comissão*, déjà mentionné, point 58 et la jurisprudence citée. Voir *Les lignes directrices relatives à l'application du paragraphe 3 de l'article 81*, 2.2.2., point 22. Cf. nos notes 1615 à 1617.

40. Cf., en ce sens, CJUE, 13 oct. 2011, n° C-439/09, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contre Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi*, Colect. 2011, point 47.

L'interdiction de ces restrictions reste subordonnée à la production d'un effet sensible sur le commerce entre États membres.

En revanche, il résulte du lien entre les restrictions caractérisées et la *Communication de minimis* que les accords d'importance mineure qui contiennent des restrictions caractérisées sont exclus de l'exemption, étant donné que la présomption d'absence de restriction sensible de la concurrence n'est pas maintenue face à de telles restrictions⁴¹.

Le règlement interdit, en premier lieu, à l'alinéa a) de l'art. 4, les accords contenant des restrictions à la capacité de l'acheteur de fixer son prix de vente, sans préjudice de la capacité du fournisseur d'imposer un prix de vente maximum ou de recommander un prix de vente, pour autant que ceux-ci ne correspondent pas à un prix de vente fixe ou minimum à la suite de pressions ou d'incitations exercées par l'une ou l'autre des parties⁴².

Cette interdiction couvre non seulement les dispositions contractuelles et les pratiques concertées fixant directement les prix de revente, mais aussi les moyens indirects d'imposer le prix de revente, y compris les accords de fixation de la marge de distribution, de fixation du niveau maximal des remises que le distributeur peut accorder à partir d'un certain niveau de prix établi, l'association du prix de revente établi avec les prix de revente d'un concurrent, ainsi que l'utilisation par le fournisseur de moyens d'intimidation, tels que des menaces, des retards ou des suspensions de livraisons ou la résiliation de contrats sur la base du respect d'un certain niveau de prix.

L'interdiction des prix minimums est ainsi maintenue, bien qu'aux États-Unis, le cas *Leegin* ait statué que cette restriction ne constituait plus une interdiction *per se*⁴³.

41. Cf. « Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne (de minimis) », point 11. C'est l'une des critiques formulées par N. Vettas, *Developments in vertical agreements*, cit., p. 870.

42. À l'origine de l'animosité de la Commission contre cette restriction, outre les effets anticoncurrentiels énumérés au point 224 des *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, qui vont de la collusion entre fournisseurs à la collusion entre acheteurs, en réduisant le dynamisme et l'innovation dans la distribution et en fermant le marché aux nouveaux producteurs et distributeurs, se trouve la notion de liberté ordo-libérale et la poursuite de l'intégration du marché, étant donné que l'imposition de prix de revente dans de nombreux États membres était une pratique nationale assortie d'une interdiction du commerce parallèle. Cf. V. Korah, D. O'Sullivan, *Distribution agreements under the EC competition rules*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002 p. 105.

43. G. De Stefano, « The new EU vertical restraints regulation: Navigating the vast seas beyond safe harbors and hardcore restrictions », *E.C.L.R.*, vol. 12, 2010, p. 489.

Conformément à l'article 4, alinéa a), du règlement (UE) 2022/720, l'imposition par le fournisseur d'un prix de revente maximal ou la recommandation d'un prix de revente ne constituent pas des restrictions caractérisées. Toutefois, si le fournisseur combine le prix maximum ou la recommandation de prix de revente avec des incitations à appliquer un certain niveau de prix ou des mesures dissuasives pour réduire le prix de vente, cela peut équivaloir à imposer un prix de revente⁴⁴.

L'article 4, alinéa a), du règlement (UE) 2022/720 est pleinement applicable à l'économie des plateformes en ligne. En particulier, une entreprise fournissant des services d'intermédiation en ligne au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, alinéa e), du règlement est un fournisseur de ces services et, par conséquent, l'article 4, alinéa a), du règlement s'applique aux restrictions imposées par l'entreprise aux acheteurs de services d'intermédiation en ligne en ce qui concerne le prix de vente des biens ou des services vendus par l'intermédiaire de services d'intermédiation en ligne. Même si cela n'empêche pas un fournisseur de services d'intermédiation en ligne d'encourager les utilisateurs du service à vendre leurs biens ou services à un prix compétitif ou à réduire leurs prix, l'imposition par le fournisseur de services d'intermédiation en ligne d'un prix de vente fixe ou minimum pour les transactions qu'il intermédie constitue une restriction caractérisée au sens de l'article 4, alinéa a), du règlement (UE) 2022/720.⁴⁵

L'article 4, alinéa b), c) et d), du règlement (UE) 2022/720, contient une liste de restrictions sévères et d'exceptions qui s'appliquent aux différents types de systèmes de distribution, à savoir la distribution exclusive, la distribution sélective et la distribution libre.

Les restrictions caractérisées énoncées à l'article 4, alinéa b), alinéa c), point i) et alinéa d), du règlement (UE) 2022/720 concernent les accords qui, directement ou indirectement, seuls ou en combinaison avec d'autres facteurs contrôlés par les parties, visent à restreindre le territoire ou les clients auxquels l'acheteur ou ses clients peuvent vendre les biens ou services contractuels. L'article 4, alinéa c), points ii) et iii), du règlement (UE) 2022/720 prévoit que, dans un système de distribution sélective, la restriction des fournitures croisées entre les membres du système de distribution sélective qui agissent à des niveaux commerciaux identiques ou différents et la restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finals par les membres du système de distribution sélective qui agissent en tant que détaillant sont des restrictions caractérisées. L'article 4, alinéas b), c) et

44. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 188.

45. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 194.

d), du règlement s'applique quel que soit le canal de vente utilisé, par exemple si les ventes sont effectuées en ligne ou hors ligne⁴⁶.

L'article 4, alinéa e), du règlement (UE) 2022/720, établit qu'un accord vertical qui, directement ou indirectement, seul ou en combinaison avec d'autres facteurs contrôlés par les parties, vise à empêcher l'acheteur ou ses clients d'utiliser effectivement internet pour vendre les biens ou les services contractuels dans certains territoires ou à certains clients est une restriction caractérisée. Un accord vertical contenant une ou plusieurs restrictions sur les ventes en ligne ou la publicité en ligne qui, en pratique, interdisent à l'acheteur d'utiliser Internet pour vendre les biens ou services contractuels vise, au minimum, à restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals qui souhaitent acheter en ligne et qui sont situés en dehors de la zone d'activité physique de l'acheteur. Par conséquent, ces accords entrent dans le champ d'application de l'article 4, alinéa e), du règlement (UE) 2022/720. Il en va de même pour les accords verticaux qui n'interdisent pas directement, mais ont pour objectif d'empêcher l'acheteur ou ses clients d'utiliser efficacement Internet pour vendre les biens ou services contractuels sur certains territoires ou à certains clients. C'est le cas, par exemple, des accords verticaux qui visent à réduire considérablement le volume global des ventes en ligne de biens ou de services contractuels ou la possibilité pour les utilisateurs finals d'acheter les biens ou services contractuels en ligne. C'est également le cas des accords verticaux qui visent à empêcher l'acheteur d'utiliser un ou plusieurs canaux entiers de publicité en ligne, tels que les moteurs de recherche ou les services de comparaison de prix, ou à empêcher l'acheteur de créer ou d'utiliser sa propre boutique en ligne. L'appréciation du caractère caractérisé d'une restriction au sens de l'article 4, alinéa e), du règlement (UE) 2022/720 peut tenir compte du contenu et du contexte de la restriction, mais ne peut pas dépendre de circonstances propres au marché ou des caractéristiques individuelles des parties à l'accord vertical⁴⁷.

Les restrictions caractérisées auxquelles il est fait référence peuvent découler d'obligations directes, telles que l'obligation de ne pas vendre dans certains territoires ou à certains clients ou l'obligation de transmettre les commandes de ces clients à d'autres distributeurs. Elles peuvent également résulter de l'application, par le fournisseur, de mesures indirectes destinées à inciter l'acheteur à ne pas vendre à ces clients⁴⁸.

Des restrictions sévères spécifiquement liées aux ventes en ligne peuvent également résulter d'obligations directes ou indirectes.

46. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 202.

47. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 203.

48. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 204.

Ainsi, outre l'interdiction directe d'utiliser internet pour vendre les biens ou services contractuels, des obligations telles que l'obligation pour l'acheteur d'empêcher les clients situés sur un autre territoire de consulter son site web ou sa boutique en ligne ou de rediriger les clients vers la boutique en ligne du fabricant ou d'un autre vendeur ; peuvent être imposées : obliger l'acheteur à vendre les biens ou services contractuels exclusivement dans un espace physique ou en présence d'un personnel spécialisé ; exiger de l'acheteur qu'il demande l'autorisation préalable du fournisseur avant de procéder à des ventes individuelles en ligne, entre autres, visent indirectement à empêcher l'utilisation effective d'Internet par l'acheteur pour vendre les biens ou services contractuels sur certains territoires ou à certains clients conformément à l'article 4, alinéa e), du règlement (UE) 2022/720⁴⁹.

Si ces restrictions caractérisées signifient que l'ensemble de l'accord est exclu du champ d'application de l'exemption par catégorie, ce n'est pas le cas des restrictions visées à l'art. 5, pour lesquelles le règlement d'exemption peut continuer à s'appliquer au reste de l'accord vertical, à condition qu'il puisse être dissocié des obligations interdites⁵⁰.

Ces clauses restrictives concernent les obligations de non-concurrence directes ou indirectes d'une durée indéterminée ou supérieure à cinq ans ; les obligations de non-concurrence directes ou indirectes, après la fin de l'accord, qui restreignent la capacité de produire, d'acheter, de vendre ou de revendre certains biens ou services, ainsi que les obligations directes ou indirectes qui empêchent les membres d'un système de distribution sélective de vendre des marques concurrentes.

Les obligations de non-concurrence, aux fins du règlement 330/2010, sont toute obligation directe ou indirecte empêchant l'acheteur de fabriquer, d'acquérir, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposée à l'acheteur d'acheter au fournisseur ou à une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % du total de ses achats de biens ou services contractuels et de leurs substituts sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela correspond à une pratique normale dans le secteur, sur la base du volume de ses achats au cours de l'année civile précédente⁵¹.

49. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 206.

50. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 246.

51. À l'origine des inquiétudes concernant l'obligation de non-concurrence se trouve le principe de la théorie économique selon lequel la restriction de la concurrence intermarques est généralement plus dommageable que la restriction de la concurrence intramarque. Ce principe étant présent, il serait compréhensible de soumettre l'obligation de non-concurrence à des conditions spécifiques, comme c'est le cas à l'art. 5, mais d'adopter une position moins

Les obligations indéterminées ou d'une durée supérieure à 5 ans, même si elles résultent d'une tacite reconduction, sont exclues de l'exemption accordée par le règlement. Les obligations de non-concurrence d'une durée égale ou inférieure sont couvertes par l'exemption, à condition qu'il n'y ait pas d'obstacles empêchant l'acheteur de mettre effectivement fin à l'obligation de non-concurrence à la fin de la période de cinq ans.

Ce délai de cinq ans ne s'appliquera que si le point de vente mobile ou fixe de l'acheteur est la propriété du fournisseur ou est loué par ce dernier à des tiers non liés à l'acheteur, auquel cas l'obligation de non-concurrence doit avoir une durée égale à l'occupation du point de vente, étant donné que le fournisseur n'est pas considéré comme obligé de commercialiser des produits concurrents à partir de locaux et de terrains qui lui appartiennent sans son autorisation.⁵²

Les obligations de non-concurrence, à la fin de cet accord, sont exclues du bénéfice du règlement d'exemption, sauf si toutes les conditions suivantes sont remplies : a) l'obligation est indispensable à la protection du savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ; b) elle est limitée au point de vente à partir duquel l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat ; c) si leur durée est d'un an au maximum⁵³.

L'exclusion de la vente de produits concurrents dans un système de distribution sélective vise à empêcher que, en combinant le système de distribution sélective et l'obligation de non-concurrence, certains fournisseurs, qui utilisent les mêmes points de vente de distribution sélective, empêchent un concurrent spécifique ou certains concurrents spécifiques d'utiliser ces points de vente pour distribuer leurs produits⁵⁴.

Une quatrième exclusion de l'exemption par catégorie a été introduite à l'article 5, paragraphe 1, alinéa d), du règlement (UE) 2022/720 concernant les obligations de parité de vente au détail entre plateformes imposées par les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne, c'est-à-dire les obligations directes ou indirectes qui empêchent les acheteurs de ces services d'offrir, de vendre ou de revendre des biens ou des services aux utilisateurs finals à des conditions plus favorables par l'intermédiaire de services d'intermédiation en ligne concurrents. Les conditions peuvent concerner les prix, les stocks, la disponibilité ou d'autres conditions inhérentes à

exigeante à l'égard des clauses d'exclusivité fondées sur le territoire et la clientèle, qui sont des restrictions par objet, lorsqu'elles ont pour effet d'assurer une protection absolue.

52. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 248.

53. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, point 250.

54. Ce qui est vu comme un mécanisme pour faciliter le boycott collectif. Cf. décision 92/428/CEE de la Commission dans l'affaire IV/33.542, *Parfum Givenchy*, JO L 236 du 19.8.1992, p. 11.

l'offre ou à la vente. L'obligation de parité de détail peut découler d'une clause contractuelle ou d'autres mesures directes ou indirectes, y compris l'utilisation de prix différenciés ou d'autres incitations dont l'application dépend des conditions dans lesquelles l'acheteur des services d'intermédiation en ligne offre des biens ou des services aux utilisateurs finals en utilisant des fournisseurs concurrents de services d'intermédiation en ligne. Par exemple, lorsque le fournisseur de services d'intermédiation en ligne subordonne l'offre d'une meilleure visibilité des biens ou services de l'acheteur sur son site web ou l'application d'un taux de commission inférieur à l'octroi par l'acheteur de conditions de parité vis-à-vis des fournisseurs concurrents de tels services, cela équivaut à une obligation de parité de détaillant entre les plateformes.

Les paragraphes 144 et 316 des Lignes directrices traitent des accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité ou contribuent à un marché unique numérique et résilient, et des orientations sont fournies sur les circonstances dans lesquelles les avantages numériques, de durabilité et de résilience peuvent être pris en compte en tant que gains d'efficacité, conformément à l'article 101, paragraphe 3, du TFUE⁵⁵.

La Commission, comme le prévoit déjà l'art. 6 du règlement (UE) 2022/720 peut retirer le bénéfice de l'exemption lorsqu'elle constate que les accords verticaux couverts par l'exemption ont des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du traité. Les autorités nationales de concurrence disposent également de cette possibilité pour les accords restrictifs qui produisent des effets anticoncurrentiels sur tout ou partie du territoire national, à condition que celui-ci présente les caractéristiques d'un marché géographique distinct⁵⁶.

Toujours dans le règlement (UE) 2022/720, l'effet cumulatif des réseaux parallèles peut également être à l'origine de la déclaration par la Commission, par voie réglementaire, de l'inapplicabilité du règlement d'exemption aux accords verticaux qui incluent des restrictions spécifiques sur un marché pertinent dans lequel des réseaux parallèles de restrictions verticales identiques couvrent plus de 50 %, selon les mêmes conditions que celles préconisées dans le règlement 330/2010⁵⁷.

55. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, points 8 et 9.

56. Conformément à la solution prévue à l'art. 29 du règlement n° 1/2003. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, points 256 à 268.

57. Cf. *Lignes directrices sur les restrictions verticales* de 2022, points 257 à 261.

§ 3. Conclusion

128. L'analyse du règlement (UE) 2022/720 montre que les principales modifications visent à ajuster la sphère de sécurité afin d'assurer une diminution des faux positifs et des faux négatifs.

L'autre objectif est de simplifier et de clarifier les règles afin que les entreprises puissent évaluer la compatibilité de leurs accords de fourniture et de distribution avec les règles de concurrence de l'UE.

Compte tenu de l'importance croissante des plateformes en ligne dans la distribution de biens et de services, il est devenu nécessaire d'établir des règles spécifiques, conformes au règlement (UE) 2022/1925 du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2022 relatif à la contestabilité et l'équité sur le marché dans le secteur numérique et modifiant les directives (UE) 2019/1937 et (UE) 2020/1828 (Réglementation des marchés numériques).

Le règlement (UE) 2022/720 a également mis l'accent sur la durabilité, en étendant l'exemption aux accords verticaux qui poursuivent des objectifs de durabilité, de résilience et de numérisation, pour autant qu'ils remplissent les conditions du règlement.

Nous pouvons donc conclure que ce nouveau règlement, malgré les critiques, notamment la prépondérance des idiosyncrasies du projet européen, comme l'intégration du marché par rapport à la littérature économique, représente une nouvelle étape dans la modernisation du droit de la concurrence dans l'Union européenne.