ELVINGER HOSS PRUSSEN

ELVINGER HOSS
LUXEMBOURG LAW

Les restrictions territoriales de l'offre
Etude juridique pour le Ministère de l'Economie

en collaboration avec Hengeler Mueller (Allemagne), Eubelius (Belgique), Bredin Prat (France) et Maverick Advocaten (Pays-Bas)

28 février 2020

TABLE DES MATIERES

GLOSSAIRE 4

INTRODUCTION 8

1. Etudes existantes 8

2. Contexte politique luxembourgeois actuel 9

3. Les formes de RTO rencontrées au Luxembourg 10

4. Portée de l'Etude 10

SOMMAIRE 12

1. En français 12

2. English summary 13

CHAPITRE I : LE DROIT DE L'UE 16

1. Le rôle pivot du droit de la concurrence de l'UE 16

a) Bref rappel historique 17
b) Le traitement des RTO dans la VBER et les lignes directrices verticales 19
c) Les spécificités du secteur automobile 23
d) Impact du commerce en ligne 24
e) Cas pratiques 27
f) Révision de la VBER : résultats de la consultation de la Commission 33
g) Moyens procéduraux résultant du droit UE de la concurrence 34

2. Autres sources de droit de l'UE ? 39

3. Conclusion intermédiaire : constat des difficultés et remèdes proposés 40

a) Cas de distribution par le fabricant/fournisseur-même 40
b) Distribution via un réseau indépendant 41
c) Révision de la VBER 42

CHAPITRE II : LES AUTRES PAYS EXAMINES 44

1. Introduction: les questions examinées pour chaque juridiction 44

2. Allemagne 44

a) Confirmation de la légalité ou de l'illégalité des RTO par la jurisprudence 44
b) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles 45

3. Belgique 47

a) Confirmation de la légalité ou de l'illégalité des RTO par la jurisprudence 47
b) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles 51

4. France 53

a) Confirmation de la légalité des RTO par la jurisprudence 53
b) Confirmation de l'illégalité des RTO par la jurisprudence 55
c) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles 56

5. Pays-Bas 59

a) Confirmation de la légalité des RTO par la jurisprudence 59
b) Confirmation de l'illégalité des RTO par la jurisprudence 61
c) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles 62

6. Conclusion intermédiaire: constat des difficultés et remèdes proposés 64

CHAPITRE III : LE LUXEMBOURG 65

1. Dispositions légales et réglementaires encadrant les RTO et leur application 65

a) Le droit de la concurrence 65
b) Autres bases légales 67

2. Conclusion intermédiaire : constat des difficultés et remèdes proposés 77

CONCLUSION 80

ANNEXE 1 : TABLEAU COMPARATIF 82

ANNEXE 2 : INVENTAIRE DE SOURCES JURIDIQUES CITEES DANS L'ETUDE 83

1. Le droit UE 83

a) Textes juridiques 83
b) Jurisprudence 85
c) Doctrine 86
d) Autres sources 86

2. Les droits nationaux 87

a) Allemagne 87
b) Belgique 87
c) France 88
d) Pays-Bas 90
e) Luxembourg 90

ANNEXE 3 : CONTRIBUTEURS 92

GLOSSAIRE

Terme	Définition
Accord vertical	Accord ou 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 (article 2, paragraphe 1, point a), de la VBER)
ANC	Autorité nationale de concurrence
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Commission	Commission européenne
Communication de la Commission relative aux plaintes	Communication de la Commission (2004/C 101/05) relative au traitement par la Commission de plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE (actuellement articles 101 et 102 TFUE)
Directive sur les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles	Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne
Directive 2005/29/CE	Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»)
Distribution exclusive	Accord dans le cadre duquel le fournisseur accepte de ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur en vue de leur revente sur un territoire déterminé, le distributeur étant souvent limité dans ses ventes actives vers d'autres territoires (exclusifs) (Lignes directrices verticales, point 151)
Distribution sélective	Système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs

	sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système (article 1, paragraphe 1, point e), de la VBER)
EEE	Espace économique européen
Etude	L'analyse juridique de la problématique des RTO contenue dans ce document telle que demandée par le Ministère
Lignes directrices pour le secteur automobile	Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles (2010/C 138/05)
Lignes directrices sur le transfert de technologie	Lignes directrices de la Commission européenne concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (2014/C 89/03)
Lignes directrices verticales	Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales (2010/C 130/01)
Loi du 2 juillet 1987	Loi du 2 juillet 1987 portant création d'un article 6-1 et modification de l'article 544 du code civil
Loi du 23 décembre 2016	Loi du 23 décembre 2016 sur les ventes en solde et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative
Loi du 30 juillet 2002	Loi modifiée du 30 juillet 2002 sanctionnant la concurrence déloyale
Loi sur la concurrence	Loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence
Loi sur les actions en dommages et intérêts	Loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence
Ministère	Ministère de l'Economie du Grand-Duché de Luxembourg
MVBER	Règlement (UE) N° 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile
PME	Petites et moyennes entreprises
REC	Réseau des autorités de concurrence

Règlement "Bruxelles I"	Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
Règlement "Bruxelles I *bis*"	Règlement (UE) n ° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
Règlement "géoblocage"	Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur
Règlement n° 1/2003	Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (actuellement articles 101 et 102 TFUE)
Règlement n° 19/65/CEE	Règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (actuellement article 101, paragraphe 3, TFUE) à des catégories d'accords et de pratiques concertées, tel que modifié
Règlement "Rome I"	Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)
Règlement "Rome II"	Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)
Restriction verticale	Restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1 TFUE (article 1er, paragraphe 1, point b), de la VBER)
RTO	Restrictions territoriales de l'offre (définies au point 1 de l'Etude)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
Tribunal UE	Le Tribunal de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne
TTBER	Règlement (UE) no 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union

	européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie
UE ou Union	Union européenne
VBER	Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées
Ventes actives	Le fait de prospecter des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire (point 51 des lignes directrices verticales)
Ventes passives	Le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients (point 51 des lignes directrices verticales)

INTRODUCTION

1. À la demande du Ministère, l'Etude examine le traitement juridique des RTO, c'est-à-dire des pratiques commerciales rencontrées par des entreprises luxembourgeoises restreignant leur liberté de s'approvisionner auprès d'un vendeur de leur choix dans l'Etat membre de leur choix. Il s'agit, par exemple, des cas où les entreprises luxembourgeoises sont contraintes de passer par un intermédiaire, très souvent établi dans un autre Etat membre, imposé par le fournisseur principal ou le fabriquant. En effet, de nombreux producteurs et grossistes obligent les entreprises luxembourgeoises à s'approvisionner auprès de filiales ou plateformes déterminées par leur système de réseaux de distribution.

1. Etudes existantes

2. Le Luxembourg a déjà enquêté sur les RTO, notamment dans le cadre du Benelux. En février 2018, le Secrétariat général de l'Union Benelux a publié un rapport intitulé « Des restrictions territoriales de l'offre dans le commerce de détail en Belgique, Pays-Bas et Luxembourg – Des conséquences pour le marché intérieur Benelux »[1]. Dans ce même contexte, le Ministère au publié les résultats de son enquête « Restrictions territoriales de l'offre au sein du Benelux : analyse de données issues de l'enquête menée au Luxembourg »[2].

3. Il ressort de l'enquête menée au Luxembourg que les RTO concernent les entreprises de toutes tailles, dans le commerce de détail et en dehors de cette filière. Les désavantages des RTO se font sentir à de multiples niveaux : les prix (augmentation du prix à la consommation ou marges plus réduites), l'offre de produits et de services (disponibilité limitée), l 'efficience (service après-vente, formations, etc.)[3]. Des délais de livraison rallongés sont également mentionnés[4]. Les entreprises luxembourgeoises citent les importations parallèles comme possible remède à leurs problèmes d'approvisionnement[5]. Les fournisseurs offriraient des justifications variées aux RTO, notamment l'optimisation de la logistique ou les caractéristiques spécifiques de la demande au Luxembourg[6]. Les résultats de l'étude menée au niveau Benelux citée au point précédent confirment largement ces conclusions, 80% des entreprises interrogées ayant d'ailleurs indiqué être confrontées aux RTO.

4. Par ailleurs, comme évoqué dans les résultats de l'enquête menée au Luxembourg, la Commission reconnaît également le problème et a notamment indiqué par le passé que « *[l]es restrictions à la fourniture transfrontalière de biens peuvent également entraver*

[1] Voir www.benelux.int.

[2] Voir odc.gouvernement.lu/fr/publications.html.

[3]Voir Etude du Ministère, "Restrictions territoriales de l'offre au sein du Benelux: analyse de données issues de l'enquête menée au Luxembourg », 2018, p. 4 et p. 18.

[4] *Idem*, p. 18.

[5] *Idem*.

[6] *Idem*.

la concurrence sur les marchés de détail. Les détaillants ne sont pas toujours libres de s'approvisionner au meilleur prix pratiqué en Europe. Certains écarts tarifaires entre les marchés nationaux peuvent être valablement justifiés, mais il existe également des contraintes territoriales à l'approvisionnement qui empêchent la baisse des tarifs sur certains marchés nationaux (au Luxembourg et en Belgique), notamment pour les produits de marque »[7].

5. Enfin, le Conseil de la concurrence a publié récemment un « Rapport d'enquête dans le secteur de la grande distribution au Grand-Duché de Luxembourg »[8]. Le but de cette enquête était de déterminer si les allégations des entreprises luxembourgeoises au sujet des RTO telles que ressortant des enquêtes citées au point 2 ci-dessus pouvaient donner lieu à des préoccupations de concurrence, voire à des violations condamnables sous l'angle du droit de la concurrence national et de l'UE. Dans ses conclusions, le Conseil de la concurrence a indiqué qu'il n'avait pas été en mesure d'identifier des pratiques obligeant le secteur de la distribution luxembourgeoise à s'approvisionner sur un marché spécifique, pratiques caractérisées par des conditions d'achat moins favorables que sur un autre et qui ne seraient pas autorisées au regard des règles de la concurrence. Il a rappelé la distinction entre restrictions verticales anti-concurrentielles et restrictions verticales autorisées en rappelant toutefois le caractère nocif pour la concurrence d'exclusivités territoriales absolues éliminant le commerce parallèle[9].

2. Contexte politique luxembourgeois actuel

6. La problématique des RTO resurgit régulièrement dans les milieux politiques et économiques luxembourgeois.

7. Dans le cadre des discussions sur le projet de loi n° 7366 transposant certains aspects du règlement « géoblocage », une motion a été déposée à la Chambre des représentants le 19 juin 2019 invitant notamment le gouvernement « […] (m)*algré le rapport du Conseil de la concurrence du 18 janvier 2019, à continuer des discussions avec le Conseil de la concurrence et aussi l'Union Luxembourgeoise des Consommateurs, le Ministère de la Protection des consommateurs et le Centre européen des consommateurs (CEC Luxembourg) pour consolider la stratégie nationale pour remédier à la problématique du géoblocking* […] »[10].

8. Tout récemment encore, une question parlementaire a été posée au Ministre de l'Economie concernant les RTO, rappelant notamment les conclusions de l'enquête

[7] Voir « Un marché unique pour la croissance et pour l'emploi : une analyse des progrès réalisés et des obstacles restants entre les Etats membres », COM (2013) 785, final, 13.11.2013, p.6, tel que cité à la page 4 dans l'étude du Ministère, "Restrictions territoriales de l'offre au sein du Benelux: analyse de données issues de l'enquête menée au Luxembourg », 2018. Notons, par ailleurs, son initiative très récente de lancement d'une enquête en ligne sur les RTO dans le secteur du commerce de détail dans l'UE : « DG GROW - Study on territorial supply constraints in the EU retail sector » voir www.surveygizmo.eu/s3/90193637/DG-GROW-Study-on-territorial-supply-constraints-in-the-EU-retail-sector.

[8] 18 janvier 2019, voir concurrence.public.lu/fr/avis-enquetes/enquetes/2019/enquete-secteur-grande-distribution.html.

[9] Idem, p. 41.

[10] Voir chd.lu, doc. I-2018-O-M-5430-01. Par ailleurs, la problématique des RTO affectant en particulier les distributeurs luxembourgeois a été évoquée lors d'une conférence organisée par l'Association Luxembourgeoise pour l'étude du droit de la concurrence et la Chambre de Commerce en date du 11 juin 2019.

menée au niveau du Benelux citée au point 2 ci-dessus[11]. Dans sa réponse du 15 janvier 2020, le Ministre compétent a fait savoir que « […] *le gouvernement s'est engagé à s'employer en faveur d'une levée des difficultés liées au RTO* […] » en mentionnant les initiatives au niveau de l'UE, au niveau Benelux ainsi qu'au niveau national[12].

9. Manifestement, la question des moyens d'action juridiques que les entreprises luxembourgeoises peuvent mettre en œuvre à l'égard de pratiques de RTO est tout à fait d'actualité.

3. Les formes de RTO rencontrées au Luxembourg

10. Les enquêtes précitées ont permis de constater qu'un détaillant ou distributeur luxembourgeois peut rencontrer différents scénarios de RTO[13]. Deux cas de figure principaux se présentent dans ce contexte :

11. En premier lieu, il se peut qu'un producteur ait décidé de distribuer ou vendre lui-même ses produits sur un ou plusieurs marchés nationaux. Dans un tel cas, le producteur commercialise souvent ses produits par le biais de filiales situées dans différents pays. Une telle « intégration verticale » d'un producteur peut impliquer que l'entreprise luxembourgeoise se voie contrainte de s'approvisionner uniquement auprès de la filiale désignée responsable pour le marché luxembourgeois.

12. En second lieu, les producteurs-fournisseurs vendent souvent leurs produits via des entreprises indépendantes qui les distribuent aux détaillants. Les relations verticales entre les fournisseurs-producteurs et ces entreprises indépendantes sont encadrées par des contrats de distribution. Des restrictions insérées dans ces contrats peuvent empêcher un distributeur-grossiste de vendre à des distributeurs ou détaillants établis au Luxembourg lorsque ce territoire est réservé à un autre distributeur ou au fournisseur lui-même. Les entreprises luxembourgeoises peuvent alors être confrontées à des refus de vente et/ou être redirigées vers un grossiste particulier en vertu de RTO contenues dans les contrats de distribution mis en place par un fournisseur-producteur auxquels l'entreprise luxembourgeoise n'est pas partie. Comme nous le verrons, le droit de la concurrence, notamment au niveau de l'UE, gouverne ces relations.

4. Portée de l'Etude

13. L'Etude vise à déterminer les moyens d'action juridiques à la disposition des entreprises luxembourgeoises pour remettre en cause de telles pratiques. Elle se limite à l'examen d'accords verticaux et notamment aux rapports entre entreprises (« **B2B** »). Les relations avec le consommateur (« **B2C** ») ou les difficultés que peut rencontrer ce

[11] Question parlementaire n° 1609 du 13 décembre 2019 de Madame la Députée F. Closener.

[12] Réponse du 15 janvier 2020 des Ministres E. Schneider et L.Delles, à la question parlementaire n° 1609.

[13] Voir notamment le « Rapport d'enquête dans le secteur de la grande distribution au Grand-Duché de Luxembourg » du Conseil de la concurrence, 18 janvier 2019, p. 14-15. Il y est aussi relevé qu'un producteur-fournisseur peut également faire appel à un agent qui négocie et commercialise les produits en son nom et pour son compte. Comme il sera relevé ci-après, les contrats d'agence sont hors champ des règles relatives aux accords verticaux restrictifs de concurrence et ne sont pas examinées davantage.

dernier pour s'approvisionner au-delà des frontières ne sont donc pas considérées, même si l'impact négatif indirect des RTO sur le consommateur, notamment en matière de prix, est l'une des préoccupations principales de la réglementation en la matière.

14. L'Etude se focalise sur la distribution de biens ; elle examine les accords entre parties se trouvant à un autre niveau de la chaîne de distribution de produits d'une même marque (concurrence intra-marque). Les problématiques d'accords entre concurrents (concurrence inter-marques) ne sont pas discutées. Est également exclue de l'examen la problématique de la fourniture de composants et pièces de rechange de biens. Ne sont pas non plus considérés les achats de biens par des entreprises pour leur propre consommation : seule la perspective de la revente/distribution est prise en compte.

15. L'Etude couvre les sources juridiques et la jurisprudence définissant les outils qui permettent aux entreprises de s'opposer à de telles restrictions de leurs activités économiques aussi bien au niveau de l'UE qu'au Luxembourg. Elle pointe également certaines spécificités du commerce en ligne et du secteur des véhicules automobiles. Elle traite des apports attendus en la matière par la révision de la VBER menée actuellement par la Commission. Finalement, l'Etude examine de quelle manière est traitée la problématique des RTO dans les pays voisins du Luxembourg, l'Allemagne, la Belgique, et la France ainsi qu'aux Pays-Bas.

SOMMAIRE

1. En français

16. Bon nombre de distributeurs luxembourgeois se voient restreints dans leur liberté de s'approvisionner auprès d'un vendeur de leur choix dans l'Etat membre de leur choix, à cause de l'imposition de RTO. Celles-ci peuvent résulter, d'une part de l'organisation interne d'un fournisseur qui commercialise ses produits par le biais de filiales ou d'autre part, de modalités fixées par un accord de distribution entre le fournisseur et des entreprises indépendantes dont le distributeur luxembourgeois peut faire partie ou non.

17. Les RTO affectent le commerce entre Etats membres. Le droit de la concurrence de l'Union occupe un rôle pivot dans leur examen et leur sanction. L'article 101, paragraphe 1, du TFUE interdit les accords entre entreprises qui restreignent la concurrence. Cependant, de manière générale, l'on considère que les restrictions verticales peuvent permettre de réaliser des gains d'efficience substantiels, entraînant ainsi l'exemption par catégorie de grand nombre de pratiques par la VBER.

18. L'interdiction directe ou indirecte des ventes passives imposées à un acheteur/revendeur ainsi que des fournitures croisées entre membres d'un système de distribution sélective sont des restrictions caractérisées contraires à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE qui ne peuvent pas bénéficier de l'exemption par catégorie de la VBER. Un fournisseur/fabricant est toutefois libre de s'engager à ne faire lui-même ni des ventes actives ni des ventes passives dans le territoire réservé à un distributeur.

19. Les RTO résultant de l'organisation interne d'un fournisseur ne peuvent pas être remises en cause sur la base de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et sont uniquement sanctionnées si un abus de position dominante par ce fournisseur au sens de l'article 102 du TFUE est établi.

20. Les principes édictés par la VBER et exposés davantage dans les lignes directrices verticales s'appliquent également au secteur des véhicules automobiles, sauf certaines règles spécifiques pour la vente de pièces de rechange.

21. Les ventes en ligne concernent avant tout les ventes au consommateur final, personne physique ou entreprise. Le règlement "géoblocage" a mis en œuvre certaines règles de protection en matière de discrimination sur la base du lieu de résidence à leur égard. Le règlement "géoblocage" ne s'applique pas à la vente de biens à des fins de revente. C'est le droit de la concurrence qui protège les revendeurs. Les lignes directrices verticales indiquent, en substance, dans quelle mesure la restriction des ventes en ligne sera considérée comme une RTO interdite.

22. La pratique décisionnelle récente de la Commission témoigne du fait qu'elle continuera de sanctionner des tentatives de cloisonnement du marché unique par le biais de restrictions territoriales absolues. La Commission, les ANC et les juges nationaux exercent un rôle complémentaire et peuvent tous être appelés à sanctionner des

violations à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE en matière de RTO. La Commission et les ANC ont toutefois le droit d'établir des priorités dans le traitement des affaires.

23. Les décisions des ANC ou tribunaux rendues dans les Etats membres analysés visant directement la problématique des RTO sont peu nombreuses, ce qui peut surprendre dès lors que les RTO sont ressenties comme une réelle problématique par les acteurs économiques, notamment au Benelux.

24. Les ANC et tribunaux nationaux appliquent les principes développés au niveau de l'Union. La voie des litiges privés pour remettre en cause les RTO et obtenir des dommages et intérêts se heurte toutefois à la difficulté supplémentaire de la preuve. L'application des lois nationales ayant transposé la directive sur les dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles reste avant tout un outil utilisé par les victimes d'ententes horizontales et non pas des RTO.

25. Certaines juridictions analysées permettent la remise en cause d'un refus de vente aussi sur d'autres bases que le droit de la concurrence, par exemple via la notion de pratique de commerce déloyale, notamment si le refus de vente peut être qualifié d'abus de droit.

26. Par ailleurs, l'évolution de certaines juridictions vers la reconnaissance d'une infraction au droit de la concurrence pour des pratiques unilatérales en-dessous du seuil de l'abus de position dominante prévu à l'article 102 du TFUE mérite une mention particulière. Il peut s'agir d'un moyen de remettre en cause notamment des refus de vente.

27. Au Luxembourg la méconnaissance du droit de la concurrence et de ses procédures semble un frein réel à la lutte contre les pratiques de RTO. Cela explique aussi, au moins en partie, l'absence de pratique décisionnelle de l'ANC et l'expérience limitée des cours et tribunaux en la matière.

28. À l'heure actuelle, le droit luxembourgeois offre peu de voies d'action au-delà de celles du droit de la concurrence. L'introduction en droit luxembourgeois d'un régime allégé de sanction de comportements unilatéraux en-dessous du seuil de l'abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE ou de la loi sur la concurrence est une piste possible de réflexion.

29. La révision de la VBER ne va probablement pas substantiellement changer le panorama juridique actuel en matière de RTO. La possibilité des ANC de retirer le bénéfice de l'exemption de la VBER sur leur territoire dans certaines circonstances est un aspect du droit de la concurrence de l'Union qui pourrait être mieux mis en avant.

2. English summary

30. A great number of Luxembourg distributors are constrained in their freedom to obtain goods from a seller of their choice in the Member State of their choice, due to imposed TSCs (territorial supply constraints). Such constraints may result, on the one hand, from the internal organisation of a supplier that markets its products through subsidiaries or, on the other hand, from terms and conditions laid down in a distribution agreement

between the supplier and independent undertakings of which the Luxembourg distributor may or may not be a member.

31. TSCs affect trade between Member States. EU competition law plays an important role in examining and sanctioning TSCs. Article 101(1) TFEU prohibits agreements between undertakings that restrict competition. However, it is generally considered that vertical constraints may result in substantial efficiency gains, thereby leading to the block exemption of a large number of practices by the VBER.

32. The direct or indirect prohibition of passive sales imposed on a buyer/reseller as well as that of cross-supplies between members of a selective distribution system are hardcore restrictions contrary to Article 101(1) TFEU and cannot benefit from the VBER block exemption. However, a supplier/manufacturer is free to undertake not to make any active or passive sales in the territory reserved for a distributor.

33. TSCs resulting from the internal organisation of a supplier cannot be challenged based on Article 101(1) TFEU and are only sanctioned if an abuse of a dominant position by that supplier within the meaning of Article 102 TFEU is established.

34. The principles laid down by the VBER and further developed in the vertical guidelines also apply to the motor vehicle sector, with the exception of certain specific rules for the sale of spare parts.

35. E-commerce primarily concerns sales to final consumers, whether individuals or companies. The “Geoblocking” Regulation has implemented certain rules of protection against discrimination based on place of residence in their respect. The “Geoblocking” Regulation does not apply to the sale of goods for resale. It is competition law that protects resellers. The vertical guidelines essentially indicate the extent to which the restriction of e-commerce will be considered a prohibited TSC.

36. The Commission’s recent decision-making practice shows that it will continue to sanction attempts to partition the Single Market through absolute territorial constraints. The Commission, NCAs and national judges play a complementary role and may all be called upon to sanction infringements of Article 101(1) TFEU in relation to TSCs. However, the Commission and NCAs have the right to set priorities in handling cases.

37. There are few decisions rendered by NCAs or courts in the analysed Member States that directly address the issue of TSCs, which may be surprising given that TSCs are perceived as a real issue by economic players, particularly in the Benelux countries.

38. NCAs and national courts apply the principles developed at EU level. However, the recourse to private litigation to challenge TSCs and obtain damages implies the additional difficulty of the standard of proof. The application of national laws that have implemented the directive on antitrust damages actions remains primarily a tool used by victims of horizontal cartels and not TSCs.

39. Some of the analysed jurisdictions allow refusals to supply to be challenged also on grounds other than competition law, for instance via the concept of unfair trading practices, in particular if a refusal to supply can be qualified as an abuse of rights.

40. In addition, it is worth mentioning the development of certain jurisdictions towards the recognition of an infringement of competition law for unilateral practices below the threshold of an abuse of a dominant position provided for in Article 102 TFEU. This can be a means of challenging, in particular, refusals to supply.

41. In Luxembourg, the lack of familiarity with competition law and its procedures seems a real impediment to the fight against TSCs practices. This explains also, at least partially, the lack of decision-making practice by NCAs and the courts' limited experience in these matters.

42. Luxembourg law currently offers few actions beyond competition law. The introduction into Luxembourg law of a less stringent system for sanctioning unilateral practices below the threshold of abuse of a dominant position within the meaning of Article 102 TFEU or of Luxembourg competition law is a possible line of approach.

43. It is unlikely that the review of the VBER will substantially change the current legal framework for TSCs. The possibility for NCAs to withdraw the benefit of the VBER exemption on their territory in certain circumstances is an aspect of EU competition law that could be better promoted.

CHAPITRE I : LE DROIT DE L'UE

44. Le marché intérieur de l'UE comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités[14]. Il vise l'élimination de toutes les entraves aux échanges transfrontaliers en vue de la fusion des marchés nationaux[15]. L'établissement du marché intérieur constitue un moyen d'assurer le développement de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et la stabilité des prix, et de garantir une économie sociale de marché hautement compétitive[16].

45. Les barrières étatiques entravant la libre circulation des marchandises au sein du marché intérieur sont empêchées au moyen d'une Union douanière au sein de laquelle les Etats membres ne peuvent imposer des droits de douane et taxes d'effet équivalent entre eux[17] ni introduire des restrictions quantitatives à l'importation et à l'exportation et des mesures d'effet équivalent[18]. Quant aux restrictions à la libre circulation de biens créées par des entreprises, telles que les RTO dans un contexte de distribution, c'est par le biais des règles de concurrence que le TFUE les appréhende[19].

1. Le rôle pivot du droit de la concurrence de l'UE[20]

46. Afin de protéger la structure du marché intérieur et la concurrence au sein de celui-ci[21], l'article 101, paragraphe 1, du TFUE interdit tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur, et notamment ceux qui consistent à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. De tels accords ou décisions sont nuls de plein droit (paragraphe 2 de l'article 101 du TFUE)[22].

---

[14] Article 26, paragraphe 2, du TFUE.

[15] Arrêt CJUE, 5 mai 1982, Gaston Schul Douane Expediteur BV c. Inspecteur des droits d'importation et des accises, de Roosendaal, 15/81, ECLI:EU:C:1982:135, point 33.

[16] Article 3 TUE.

[17] Articles 28 et 30 TFUE.

[18] Articles 34 et 35 TFUE.

[19] Voir, par exemple, arrêt du 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia EE e.a. c. GlaxoSmithKline, affaires jointes C-468/06 à C-478/06, ECLI:EU:C:2008:504, où la CJUE a rappelé (point 66) que des accords visant à cloisonner les marchés nationaux selon les frontières nationales ou rendant plus difficile l'interpénétration des marchés nationaux, notamment ceux visant à interdire ou à restreindre les exportations parallèles, sont à qualifier comme d'accords ayant pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101 du TFUE.

[20] Il est à noter que le cadre légal et réglementaire de l'UE en matière de concurrence s'applique également aux Etats de l'EEE. Il est fait abstraction de cette spécificité dans le cadre de cette Etude.

[21] Voir arrêt CJUE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, point 38, dans lequel il a été constaté que l'article 81 CE (devenu article 101 du TFUE) vise, à l'instar des autres règles de concurrence énoncées dans le traité, à protéger non pas uniquement les intérêts directs des concurrents ou des consommateurs, mais la structure du marché et, ce faisant, la concurrence en tant que telle.

[22] Nous ne définissons pas davantage les notions d'accord, d'entreprise, de pratique concertée et d'affectation du commerce dans le cadre de la présente Etude. Ces termes ont la signification qui leur est attribuée de manière constante en droit de la concurrence de l'UE.

47. Contrairement au droit de la concurrence de la plupart des juridictions dans le monde[23], le droit de la concurrence de l'UE a également pour but de préserver le fonctionnement du marché intérieur en interdisant des comportements qui pourraient conduire à des cloisonnements nationaux dans le commerce entre États membres.

48. Toutefois, le paragraphe 3 de l'article 101 du TFUE, prévoit que l'interdiction du paragraphe 1 peut être déclarée inapplicable à tous les accords qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, le tout sans imposer aux entreprises des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ni donner à ces entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

49. À cet égard, le règlement n° 19/65/CEE permet à la Commission d'appliquer, par voie de règlements, l'article 101, paragraphe 3, du TFUE à certaines catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées relevant de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, tels que ceux visés par la VBER discutée ci-après.

50. L'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE vise des formes de collusion entre entreprises mais non des accords entre entités qui font partie d'une même entité économique, les accords entre ces dernières étant considérés comme une forme d'allocation interne de fonctions à l'intérieur d'une entreprise unique plutôt que comme un accord restrictif entre entreprises indépendantes[24].

51. Bien qu'il soit de moindre pertinence dans le contexte de cette Etude, l'on ne peut ignorer l'article 102 du TFUE qui, visant des comportements unilatéraux, déclare incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.

52. Compte tenu de leur effet direct, les articles 101 et 102 du TFUE sont non seulement mis en œuvre par la Commission (et le Tribunal UE et la CJUE en cas de recours), mais également appliqués par les ANC et les juges nationaux, comme nous le verrons plus en détail ci-après.

a) Bref rappel historique

53. S'agissant des infractions visées, la CJUE a, dès les années soixante, confirmé que des restrictions imposées par les fournisseurs aux distributeurs-intermédiaires, interdisant de revendre des produits aux détaillants établis en dehors de leur territoire attribué, peuvent être contraires aux objectifs les plus fondamentaux de l'UE dès lors qu'ils aboutissent à reconstituer les cloisonnements nationaux dans le commerce et permettent de pratiquer pour les produits concernés des prix soustraits à une

[23] C. BARNARD et S. PEERS, *European Union Law*, Oxford University Press, 2013, p. 507.

[24] R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, Ninth Edition, 2018, Oxford University Press, p. 93 et ss.

concurrence efficace[25]. La CJUE a également souligné que le traité (actuellement le TFUE), dont le préambule et le texte visent à supprimer les barrières entre les États et qui, en maintes dispositions, fait montre de sévérité à la perspective de leur réapparition, ne pouvait permettre aux entreprises de recréer de telles barrières[26].

54. Quant à la Commission, elle a, dans plusieurs décisions précédant la VBER, conclu que des pratiques interdisant aux distributeurs de répondre à une demande, qu'ils n'ont pas sollicitée, émanant d'un client se trouvant en dehors du territoire contractuel (ventes passives), ont manifestement pour objet de restreindre la concurrence et de cloisonner le marché intérieur, et sont, partant, incompatibles avec ce dernier[27]. De plus, elle a considéré comme interdites les restrictions obligeant les distributeurs à revendre des produits uniquement aux concessionnaires agréés par la filiale nationale du fournisseur ainsi que celles les obligeant à s'approvisionner exclusivement auprès d'une telle filiale nationale et non auprès d'autres fournisseurs potentiels au sein du réseau national ou européen de concessionnaires officiels. Selon la Commission, ces restrictions ont pour objet d'empêcher les livraisons croisées entre revendeurs agréés d'un Etat membre à un autre Etat membre au sein d'un réseau de distribution [28].

55. Des clarifications ont par ailleurs été apportées assez tôt sur la notion d'accord entre entreprises.

56. Dès les années 60, la CJUE a précisé qu'en visant des accords conclus entre entreprises, l'article 101 du TFUE exclut la situation d'une entreprise unique intégrant son propre réseau de distribution. Depuis, elle a appliqué de manière constante la doctrine dite de l'unité économique selon laquelle, si une société et ses filiales forment une unité économique à l'intérieur de laquelle les filiales ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché mais appliquent les instructions qui leur sont adressées par la société-mère qui les contrôle, la circonstance que la politique mise en œuvre par cette dernière et qui consiste principalement à répartir différents marchés nationaux entre ses filiales puisse produire des effets à l'extérieur de la sphère du groupe, susceptibles d'affecter la position concurrentielle de tiers, ne saurait être de nature à rendre l'article 101, paragraphe 1, du TFUE applicable[29].

---

[25] Arrêt CJUE, 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission, affaires jointes 56 et 58-64, ECLI:EU:C:1966:41, point 494.

[26] *Ibid.* Depuis lors, elle a relevé à plusieurs reprises qu'un accord qui tendrait à reconstituer les cloisonnements de marchés nationaux est susceptible de contrarier l'objectif du traité visant à réaliser l'intégration de ces marchés et que des contrats visant à cloisonner les marchés nationaux selon les frontières nationales ou rendant plus difficile l'interpénétration des marchés nationaux doivent être considérés, en principe, comme des accords ayant pour objet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE. Voir, dans le domaine de la prestation transfrontalière des services de radiodiffusion, arrêt CJUE, 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631, point 13, et dans le domaine des médicaments, CJUE, 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia e.a., C-468/06 à C 478/06, ECLI:EU:C:2008:504, point 65.

[27] Voir, notamment, décisions du 4 décembre 1996, Novalliance/Systemform, IV/35.679, point 60, du 26 mai 2004, Souris-Topps, COMP/C-3/37.980, points 6 à 12, et du 30 octobre 2002, Omega – Nintendo, C(2002) 4072, points 262 et ss.

[28] Décision du 16 juillet 2003, PO/Yamaha, COMP/37.975, points 102 et ss.

[29] Voir, en ce sens, arrêt CJUE, 24 octobre 1996, Viho Europe BV contre Commission, C-73/95 P, points 16-17. Voir aussi R. WHISH et D. BAILEY, Competition Law, précité, p. 94.

b) Le traitement des RTO dans la VBER et les lignes directrices verticales

57. La VBER et les lignes directrices verticales adoptées en 2010 ont remplacé le régime antérieur[30]. Le traitement des restrictions verticales qui en découle d'une part se focalise sur l'effet des restrictions verticales, d'autre part instaure un régime d'auto-évaluation par les entreprises de leur accords et pratiques concernées.

58. À cet égard, la VBER prévoit une présomption de légalité pour certains accords verticaux. Les lignes directrices verticales précisent davantage les principes directeurs de la VBER et servent en particulier à aider les entreprises à faire l'auto-évaluation de leurs accords verticaux au regard du droit de la concurrence. Ces prescriptions s'appliquent sous réserve de la jurisprudence du Tribunal UE et de la CJUE[31].

i. *La VBER*

59. S'agissant des RTO, la VBER a consacré les principes résultant de la pratique antérieure de la Commission (règlements d'exemption par catégorie et décisions) et de la jurisprudence de la CJUE.

60. La VBER se réfère à la doctrine de l'unité économique mentionnée ci-dessus quand elle rappelle que les notions d'entreprise, fournisseur et acheteur comprennent les entreprises liées[32] : des accords entre entreprises du même groupe sont donc hors champ.

61. En substance, il résulte de la VBER que sont exemptés par catégorie de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE les accords verticaux pour lesquels les parts de marché détenues par chaque entreprise partie à l'accord sur le marché en cause (géographique et de produits) ne dépassent pas 30% et qui ne contiennent pas certaines restrictions graves de concurrence, dites « restrictions caractérisées » ou « restrictions par objet », parce qu'ils ont généralement pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable des avantages qui en résultent[33]. Ainsi, la VBER crée une présomption de légalité pour les accords verticaux opérant en-dessous du seuil de part de marché de 30% et pour autant qu'ils ne comportent pas de restrictions caractérisées, la présence de ces dernières ayant d'ailleurs pour effet d'exclure l'intégralité de l'accord vertical en cause du champ d'application de la VBER.

62. Il est toutefois à noter que, en vertu de l'article 29 du règlement n° 1/2003 la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté ne produit pas d'effets compatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du TFUE (considérant 13 de la VBER). Il en va de même pour les ANC si certaines conditions sont remplies (considérant 14 de la VBER).

---

[30] Fondé notamment sur l'ancien règlement (CE) n° 2790/1999.

[31] Points 1 à 4 des lignes directrices verticales.

[32] Telles que définies à l'article 1er, paragraphe 2 VBER.

[33] Considérant 8, article 2, paragraphe 1 et article 3 de la VBER. Sauf quelques cas d'exception, les entreprises en cause ne peuvent pas être concurrentes (article 2, paragraphe 4).

63. S'agissant des RTO, les restrictions caractérisées empêchant l'application de l'exemption par catégorie sont notamment celles qui ont pour objet de restreindre le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à l'accord peut vendre les biens ou services contractuels. Une restriction quant au lieu d'établissement de l'acheteur est toutefois permise. Sont également permises les clauses ayant pour objet de restreindre l'acheteur quant aux

   - ventes actives sur un territoire ou à une clientèle que le fournisseur s'est exclusivement réservés ou qu'il a alloués à un autre acheteur, lorsque cette restriction ne limite pas les ventes réalisées par les clients de l'acheteur[34],
   - ventes par les membres d'un *système de distribution sélective* à des distributeurs non agréés et ce dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système[35]. Cependant, les clauses qui restreignent les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur du système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents, constituent des restrictions caractérisées[36].

64. Ne sont pas non plus interdites les restrictions imposées au vendeur, aussi bien en ce qui concerne les ventes actives que les ventes passives[37].

65. Enfin, il existe des restrictions qui, tout en n'étant pas de nature territoriale, peuvent avoir le même effet, i.e. de ne pas permettre à un distributeur de s'approvisionner où il veut. Il s'agit de certaines restrictions quantitatives, comme l'obligation d'approvisionnement exclusif en biens contractuels. Nous ne les examinons pas en détail, mais elles peuvent être pertinentes en tant que moyen indirect de restreindre les ventes passives[38].

---

[34] Les lignes directrices (point 51) précisent qu'un territoire ou une clientèle sont alloués à titre exclusif lorsque, d'une part, le fournisseur accepte de vendre ses produits à un seul distributeur en vue de leur distribution sur un territoire ou à une clientèle donnée et, d'autre part, le distributeur exclusif est protégé des ventes actives sur son territoire ou à sa clientèle par tous les autres acheteurs du fournisseur à l'intérieur de l'UE, indépendamment des ventes du fournisseur.

[35] Article 4, point b), sous i) à iii).

[36] Article 4, point d). Il en est ainsi que la distribution sélective soit qualitative (revendeurs sélectionnés sur la base de critères objectifs requis par la nature du produit tels que la formation du personnel de vente, le service fourni dans le point de vente, l'assortiment des produits vendus, etc. qui ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence) ou quantitative (qui ajoute d'autres critères de sélection qui limitent plus directement le nombre potentiel de revendeurs agréés, en imposant par exemple un niveau de vente minimal ou maximal, en fixant le nombre de revendeurs agréés, etc.). Voir points 175 et 176 des lignes directrices verticales.

[37] Un fournisseur peut donc s'engager à référer des demandes de clients au distributeur le plus proche du lieu où le client est établi. Il peut aussi compenser le distributeur pour des ventes directes qu'il fait dans le territoire du dernier. Ceci est explicitement précisé au point 50 des lignes directrices verticales. Voir F. WIJCKMANS et F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 3d ed., Oxford, 2018, p.202-203.

[38] L'obligation d'approvisionnement exclusif est définie à l'article 1er, paragraphe 1, point d) de la VBER comme l'obligation directe ou indirecte imposée à l'acheteur d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une entreprise désignée par le fournisseur plus de 80% de ses achats annuels en biens contractuels et substituables sur le marché en cause. À ce sujet, voir notamment le point 119 de la TTBER, discutée ci-après, où la Commission indique que les limitations quantitatives peuvent constituer un moyen indirect de restreindre les ventes passives, mais l'affirmation nous paraît tout aussi pertinente pour la VBER. La Commission indique ne pas partir du principe qu'elles ont en soi un tel objectif, mais qu'il en ira autrement si les limitations quantitatives sont utilisées pour mettre en œuvre un accord sous-jacent de cloisonnement du marché. La Commission cite comme indications d'un tel accord l'adaptation des quantités dans le temps afin de ne couvrir que la demande locale, des limitations quantitatives associées à l'obligation de vendre des quantités minimales sur le territoire, ainsi que des obligations de redevances minimales liées aux ventes réalisées sur le territoire, des versements de redevances différents en fonction de la destination des produits et le contrôle de la destination des produits vendus par les différents preneurs.

66. Il en résulte que les ventes dites « passives » vers un certain territoire ne peuvent jamais être interdites sous peine de porter l'accord en cause en dehors du champ d'application de la VBER et ce, tant dans l'hypothèse où un fournisseur a exclusivement alloué un territoire à un acheteur spécifique que dans celle où il s'est réservé lui-même ce territoire. Entre membres d'un système de distribution sélective tant les ventes passives qu'actives doivent être permises faute de quoi le système ne peut pas bénéficier de l'exemption par catégorie. Par ailleurs, les membres d'un tel système doivent être autorisés à faire des ventes passives ou actives à des revendeurs non-agréés qui ne se situent pas sur un territoire sur lequel le fournisseur applique le système de distribution sélective.

ii. *Les lignes directrices verticales*

67. En tant que régime d'exception, les dispositions de la VBER qui font entrer les accords ou les pratiques dans une exemption par catégorie doivent être interprétées de manière restrictive.

68. Toutefois, quand un accord contient une restriction par objet et ne peut pas bénéficier de la VBER, il existe en principe une possibilité d'exemption individuelle de l'interdiction à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE si les quatre conditions de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE sont remplies[39]. Selon les lignes directrices verticales, tel peut notamment être le cas lorsque les restrictions ont des effets positifs, en particulier en ce qu'elles encouragent la concurrence sur d'autres aspects que le prix et incitent à améliorer la qualité des services. Précisons que les gains d'efficience sont généralement plus élevés pour les restrictions verticales d'une durée limitée, qui permettent d'introduire de nouveaux produits complexes, qui protègent les investissements propres à la relation contractuelle ou qui facilitent le transfert de savoir-faire [40].

69. Par ailleurs, les lignes directrices verticales précisent davantage les notions applicables et les pratiques en cause et indiquent comment les restrictions verticales sont à apprécier de manière générale, *i.e.* éventuellement au-delà du seuil de part de marché de 30%.

70. Elles rappellent aussi que les accords d'importance mineure (en-dessous du seuil de parts de marché individuelles de 15%) et entre PME ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, sauf en cas de restrictions caractérisées et pourvu que le commerce entre Etats membres soit affecté[41].

71. Quant aux RTO, les lignes directrices verticales apportent notamment les précisions suivantes [42]:

[39] Voir, en ce sens, arrêt CJUE du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, points 57 et 59.

[40] Points 60 à 64 des lignes directrices verticales.

[41] Les contrats d'agence bénéficient également d'un traitement spécifique favorable à cause de la faible indépendance de l'agent pourvu que les conditions de la définition de l'agence dans les lignes directrices verticales soient remplies. Le traitement des contrats d'importance mineure, entre PME et d'agence n'est toutefois pas examiné davantage.

[42] Points 50 à 59.

- une restriction caractérisée découlant de l'obligation de ne pas vendre à certains clients ou à des clients situés sur certains territoires ou de l'obligation de transmettre à d'autres distributeurs les commandes de ces clients peut aussi être le résultat de *mesures indirectes* destinées à dissuader le distributeur de vendre à ces clients : le refus ou la réduction des primes ou des remises, la résiliation du contrat de fourniture, la diminution des volumes de livraison ou la limitation du volume de livraison en fonction de la demande sur le territoire ou au sein de la clientèle alloués, la menace de mettre un terme à l'accord, l'application d'un prix plus élevé pour les produits destinés à l'exportation, la limitation de la part des ventes pouvant être exportée ou des obligations de transfert des bénéfices, ou provenir de l'absence d'opération d'un service de garantie à l'échelle de l'Union ;

- une restriction caractérisée sera plus aisément établie si de telles pratiques sont associées à la mise en œuvre par le fournisseur d'un *système de surveillance* afin de vérifier la destination réelle des marchandises livrées ;

- ne peut pas être restreinte car constituant une forme de vente passive, toute publicité ou action de promotion générale qui atteint des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs, ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs, mais qui est un moyen raisonnable d'atteindre des clients situés en dehors de ces territoires ou d'une telle clientèle, par exemple pour accéder à des clients situés sur son propre territoire[43] ;

- dans le cadre de la distribution sélective, un fournisseur peut empêcher un distributeur désigné membre d'un système de distribution sélective de vendre, à tous les stades commerciaux, à des distributeurs non agréés établis sur un territoire où un tel système est actuellement appliqué ou sur lequel le fournisseur a décidé d'appliquer ce système ;

- la combinaison de la distribution exclusive avec la distribution sélective ne bénéficie de l'exemption par catégorie que si les ventes actives dans d'autres territoires n'y sont pas limitées.

iii. *La TTBER et les lignes directrices sur le transfert de technologie*

72. Enfin, il faut tenir compte de la TTBER, adoptée en 2014, qui vise les accords de transfert de technologie entre un donneur de licence et un preneur de licence et couvre également les conditions selon lesquelles un preneur de licence peut être obligé de mettre sur pied un système particulier pour la distribution des produits contractuels fabriqués sur base de la technologie donnée en licence[44]. Elle définit donc les obligations que le preneur de licence peut imposer aux revendeurs de produits fabriqués sous licence par le biais d'un mécanisme d'exemption par catégorie pour des accords

[43] Sur les restrictions à l'utilisation d'internet pour la vente de produits, voir le point c) ci-dessous.

[44] Les accords entre un preneur de licence et les acheteurs des produits contractuels sont soumis à la VBER et aux lignes directrices verticales (considérant 76 des lignes directrices sur le transfert de technologie).

respectant le seuil de 30% de part de marché pour chacune des parties (non-concurrentes) à l'accord.

73. S'agissant des RTO, le système d'exemption par catégorie prévue par la TTBER repose sur la même logique que celui prévu dans le VBER.

74. Ainsi, sont des restrictions caractérisées les restrictions concernant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, le preneur de licence peut vendre passivement les produits contractuels, exception faite de la restriction des ventes passives sur un territoire exclusif ou à un groupe d'acheteurs exclusif qui est réservé au donneur de licence ou de la restriction des ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés[45].

c) Les spécificités du secteur automobile

75. S'agissant du secteur automobile, les règles issues de la VBER s'appliquent *mutatis mutandis*, notamment en ce qui concerne la distribution de véhicules automobiles neufs, ainsi que la Commission le précise au considérant 10 de la MVBER et dans les lignes directrices pour le secteur automobile. Ces instruments doivent se lire en parallèle, les règles particulières énoncées dans la MVBER concernant, en particulier, le marché distinct de l'après-vente, notamment pour les accords de distribution de pièces de rechange et les accords de fourniture de services de réparation et d'entretien qui présente certaines caractéristiques spécifiques.

76. En principe, les RTO en matière de véhicules automobiles neufs sont donc exemptées pour autant que les seuils de parts de marchés soient remplis et qu'il ne s'agisse pas des restrictions caractérisées discutées au point b) ci-dessus. Les lignes directrices verticales sont pertinentes également[46], y inclus en ce qui concerne ses dispositions visant les ventes en ligne.

77. Comme le précisent les lignes directrices pour le secteur automobile, les règles sur les RTO dans le contexte de la distribution sélective sont particulièrement pertinentes parce qu'il s'agit de la forme prédominante de distribution dans le secteur automobile[47] et la protection du commerce parallèle dans ce secteur est un objectif important de la politique de concurrence de l'Union[48]. La Commission cite dans les lignes directrices

[45] Article 4(b) de la TTBER. Les lignes directrices sur le transfert de technologie citent certaines exceptions à l'interdiction générale de restriction des ventes passives (points 119 à 127).

[46] La MVBER contient toutefois certaines règles particulières. En substance, l'exemption par catégorie que contient la MVBER n'est notamment pas accordée à des accords restreignant la vente de pièces de rechange par des membres d'un système de distribution sélective d'un constructeur automobile à des réparateurs indépendants qui les utilisent dans des services de réparation ou d'entretien. En outre, les fabricants de pièces de rechange doivent être libres de vendre leurs pièces également à des distributeurs et réparateurs indépendants ou à des utilisateurs finaux et d'apposer leur logo sur les pièces (considérants 15 à 18 et article 5). Comme la vente de pièces de rechange est exclue du champ d'application de l'Etude, nous ne discuterons pas davantage cette exemption par catégorie, même si elle est importante pour le secteur automobile.

[47] Point 42. Ainsi, présentent un intérêt particulier la restriction caractérisée concernant le territoire sur lequel, ou la clientèle à laquelle, un acheteur partie à un accord vertical peut vendre les biens ou services contractuels, sauf s'il s'agit de restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés sur les marchés où un tel système est mis en œuvre (article 4, point b) de la VBER) ainsi que la restriction des fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents (article 4, point d) de la VBER).

[48] Point 48.

pour le secteur automobiles les décisions qu'elle a prises dans ce domaine et dont les analyses ont été confirmées par la CJUE[49] mais qui sont antérieures à la VBER et la MVBER.

78. Les exemples concrets exposés par la Commission dans ses lignes directrices sur le secteur automobile quant aux différentes formes que peuvent revêtir les RTO sont intéressants: un fournisseur peut, par exemple, exercer des pressions sur les distributeurs, les menacer de résilier les accords conclus, s'abstenir de payer les primes prévues, refuser d'honorer les garanties sur les véhicules automobiles importés par un consommateur ou faisant partie de livraisons croisées entre distributeurs de différents États membres, ou encore imposer au distributeur un délai de livraison nettement plus long pour un véhicule automobile identique lorsque le consommateur en question réside dans un autre État membre[50]. Est spécifiquement mentionnée la situation du distributeur qui est incapable d'obtenir des véhicules automobiles neufs possédant les spécifications requises pour des ventes transfrontalières : le bénéfice de l'exemption par catégorie peut alors dépendre de la question de savoir si un fournisseur livre à ses distributeurs des véhicules automobiles possédant des spécifications identiques à celles des véhicules vendus dans d'autres États membres en vue de leur vente à des consommateurs originaires de ces pays (la clause dite « de disponibilité»)[51].

79. À notre connaissance, il n'existe pas de décisions de la Commission ou de jurisprudence de la CJUE ou du Tribunal UE concernant des RTO dans le secteur automobile postérieures à l'entrée en vigueur de ce cadre réglementaire.

d) Impact du commerce en ligne

80. Comme la Commission l'indique dans les lignes directrices verticales, internet est un instrument puissant qui permet d'atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme des restrictions de (re)vente au sens du droit de la concurrence[52].

81. Comme relevé dans le résultat des enquêtes menées par le passé sur les RTO citées au point 2 ci-dessus, l'émergence de la vente en ligne augmente encore les problèmes liés aux RTO pour les revendeurs puisque le consommateur achète où il veut[53].

82. Dans son rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique[54], la Commission a constaté que plus d'un détaillant sur dix interrogés se voyait imposer des restrictions de ventes transfrontières dans ses accords de distribution. Elle a également

[49] Voir notes en bas de page 1 à 3 de la page 23 des lignes directrices pour le secteur automobile.

[50] Point 49.

[51] Point 50.

[52] Point 52 des lignes directrices verticales.

[53] Rapport Benelux « Des restrictions territoriales de l'offre dans le commerce de détail en Belgique, Pays-Bas et Luxembourg – Des conséquences pour le marché intérieur Benelux », précité, p. 5.

[54] Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2017, Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, SWD(2017) 154 final,

observé que face au développement du commerce en ligne, une proportion importante de fabricants ont décidé de vendre leurs produits directement aux consommateurs par l'intermédiaire de points de vente de détail en ligne, entrant ainsi de plus en plus en concurrence avec leurs distributeurs indépendants. Par ailleurs, elle a noté un recours accru aux systèmes de distribution sélective afin de mieux contrôler les réseaux de distribution. S'agissant de problèmes de concurrence entre entreprises indépendantes, la Commission se limite toutefois, en substance, à rappeler les principes de la VBER et des lignes directrices verticales. Quant à l'effet sur le consommateur, elle relève l'existence de pratiques de « géoblocage » limitant la capacité des consommateurs à faire des achats transfrontières en ligne par différents moyens.

83. En effet, le commerce électronique peut être restreint par des pratiques telles que notamment le « blocage géographique » ou « géoblocage », terme visant la pratique de professionnels exerçant leurs activités dans un État membre qui bloquent ou limitent l'accès de clients originaires d'autres États membres désireux de réaliser des transactions transfrontalières à leurs interfaces en ligne, tels que sites internet et applications.

84. Afin de combattre ces pratiques, le législateur de l'UE a adopté le règlement « géoblocage » qui, en substance, interdit la discrimination injustifiée de clients dans les transactions transfrontalières relatives à la vente de biens par internet dans l'Union. Cependant, bien que ce règlement s'applique également aux transactions commerciales entre entreprises, les ventes de biens à des fins de revente ont été exclues de son champ d'application. En effet, une protection telle que celle résultant du règlement « géoblocage » conférée aux clients achetant un bien à des fins de revente aurait une incidence sur les régimes de distribution très répandus dans le commerce interentreprises. Ces régimes sont souvent négociés bilatéralement et directement liés aux stratégies commerciales en aval et en amont. Des exemples de tels régimes qui permettent généralement aux producteurs de choisir leurs détaillants, sous réserve de conformité au droit de la concurrence, comprennent la distribution sélective et exclusive[55].

85. Par conséquent, dans le cadre de la vente de biens à des fins de revente, y compris s'agissant de véhicules automobiles, les restrictions relatives au commerce électronique doivent être examinées à travers les règles du droit de la concurrence.

86. À cet égard, il ressort des lignes directrices verticales que, en principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits, la vente par internet étant considérée comme une forme de vente passive[56]. En revanche, la publicité en ligne spécifiquement adressée à certains clients est une forme de vente active. Sa restriction est compatible avec l'exemption par catégorie si la publicité en cause entraîne la réalisation de ventes actives sur les territoires exclusifs d'autres distributeurs[57].

[55] Considérant 16 du règlement « géoblocage ».

[56] Point 52 des lignes directrices verticales.

[57] *Idem*.

87. Les lignes directrices précisent davantage ce qui est entendu par ventes passives dans le contexte des ventes en ligne: si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit d'une vente passive. Il en va de même lorsqu'un client choisit d'être (automatiquement) informé par le distributeur et que cela conduit à une vente. En soi, la possibilité de choisir entre plusieurs langues offerte par le site en question ne modifie pas le caractère passif d'une telle vente[58].

88. Les restrictions des pratiques suivantes sont qualifiées de restrictions de vente passive interdites[59]:

- convenir que le distributeur (exclusif) empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs (exclusifs);
- convenir que le distributeur (exclusif) mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu'il n'est pas établi sur son territoire (exclusif) ;
- convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par internet, ce qui n'exclut toutefois pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique, et ce qui ne fait pas non plus obstacle à ce que le fournisseur s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir point 89 et ss. ci-dessous) ;
- convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement, ce qui n'exclut toutefois pas que le fournisseur s'entende avec l'acheteur sur une redevance fixe (c'est-à-dire une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaudrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne.

89. Pour ce qui concerne les ventes par internet dans le contexte de la distribution sélective, le fournisseur peut exiger de ses distributeurs désignés qu'ils ne vendent pas plus d'une certaine quantité à un utilisateur final individuel pour empêcher les ventes à des distributeurs non agréés, comme pour les ventes hors ligne, mais en tenant compte dans chaque scénario de la facilité d'obtenir le produit en ligne ou dans un point de vente physique.

90. Par ailleurs, un fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, notamment dans le contexte de la distribution sélective.

[58] *Idem*.

[59] *Idem*.

91. Cette position de la Commission a récemment été confirmée par la CJUE.

92. Dans son arrêt de 2011 dans l'affaire *Pierre Fabre*, la CJUE avait considéré, en substance, que dans le cadre d'un système de distribution sélective, une clause contractuelle interdisant Internet comme mode de commercialisation constituait une restriction par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE si elle n'était pas objectivement justifiée[60]. La préservation de l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime[61]. Selon la CJUE, une telle clause a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par Internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution sélective[62].

93. Dans son arrêt du 6 décembre 2017 dans l'affaire Coty, la CJUE a précisé sa jurisprudence sur ce point. Elle a estimé que l'article 101, paragraphe 1, du TFUE ne s'oppose pas à une clause contractuelle qui interdit aux distributeurs agréés d'un système de distribution sélective de produits de luxe qui vise, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits, de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits contractuels. Il faut toutefois que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle soit fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle soit proportionnée au regard de l'objectif poursuivi[63].

94. Ce dernier arrêt a suscité de nombreux commentaires en doctrine, sa portée étant considérée comme insuffisamment claire. La question se pose notamment de savoir si cette jurisprudence peut être appliquée en dehors du secteur des produits de luxe[64].

e) Cas pratiques

95. Depuis l'entrée en vigueur de la VBER, la Commission a adopté plusieurs décisions constatant l'incompatibilité de différentes formes de RTO avec le droit de la concurrence de l'UE. L'examen de cas concrets au niveau de l'UE se limite à la période postérieure à 2010, les principes résultant de décisions et de la jurisprudence antérieures ayant généralement été reflétés dans la VBER et les lignes directrices verticales.

96. Les décisions concernant des RTO adoptées par la Commission à partir de 2010 que nous avons pu identifier ont été rendues dans des contextes divers. Il nous semble qu'elles peuvent être classées de la façon suivante : les RTO imposées au sein d'un système de distribution sélective (i), restreignant la distribution de produits sous licence (ii), établies par une entreprise en position dominante (iii), ou ayant des effets limités sur les

[60] Arrêt CJUE, 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649, point 47.

[61] *Idem*, point 46.

[62] *Idem*, point 54. Un contrat contenant une telle clause peut bénéficier, à titre individuel, de l'applicabilité de l'exception légale de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE si les conditions de cette disposition sont réunies (point 59).

[63] Arrêt CJUE du 6 décembre 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941, point 58.

[64] Voir, notamment, L. Du Jardin, « Distribution sélective et Internet: nouveau western ? », *Journal de droit européen*, 04/2018 ; pp. 126-130, et F.Viala, « Distribution sélective et restriction à la vente en ligne sur les marketplaces : quel cadre juridique après Coty? » ; *Contrats - Concurrence – Consommation*, 04/2018, pp. 7-12

échanges entre les États membres (iv). La CJUE n'a toutefois pas eu l'occasion de se prononcer sur la problématique spécifique des RTO depuis l'adoption de la VBER[65].

i. *RTO imposées au sein du système de distribution sélective - décision Guess[66]*

97. Les restrictions verticales imposées par un fournisseur à ses grossistes et détaillants agréés limitant leur possibilité de s'approvisionner librement auprès d'autres membres autorisés du système de distribution sélective ainsi que de vendre leurs produits à ces membres, ont été remises en cause par la Commission dans l'affaire *Guess*.

98. Le système de distribution de Guess contenait les RTO suivantes : restriction de la promotion et de la publicité des produits en dehors du territoire attribué, restriction d'approvisionnement auprès d'autres membres du système de distribution sélective (plutôt qu'auprès du fournisseur) et obligation de vendre les produits uniquement aux détaillants autorisés situés sur le territoire attribué[67].

99. La Commission a constaté que de telles pratiques visaient à restreindre, de différentes manières, les ventes de produits entre les membres du réseau de distribution sélective. Selon elle, certaines pratiques avaient pour objectif d'empêcher la sollicitation de clients en dehors du territoire attribué (restrictions de ventes actives). D'autres limitaient les ventes non sollicitées à d'autres membres du réseau et empêchaient ou décourageaient les achats auprès d'autres membres du réseau (restrictions de ventes passives). Toutes les restrictions de vente croisée visaient à garantir que seul le fournisseur ou le grossiste national désigné pouvait approvisionner les détaillants opérant sur le marché national et que les grossistes achetaient les produits uniquement auprès du fournisseur et ne les revendaient pas à d'autres grossistes ou détaillants en dehors de leur territoire attribué[68].

100. La Commission a conclu qu'il s'agissait de restrictions par objet restreignant la concurrence intra-marque ayant pour effet de cloisonner les marchés nationaux et étaient, par leur nature même, contraires aux dispositions de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE[69].

101. En outre, selon la Commission, les restrictions mentionnées ci-dessus ne pouvaient pas bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par la VBER. À cet égard, elle a souligné que l'article 4, point d) de la VBER visait particulièrement à garantir la liberté des membres d'un réseau de distribution sélective d'approcher d'autres membres du réseau dans le but d'explorer les opportunités d'approvisionnement croisé. En conséquence, bien que le fournisseur d'un système de distribution sélective puisse accepter de choisir un distributeur exclusif sur un territoire donné, il ne peut pas le

[65] Notons toutefois l'arrêt de la CJUE du 10 février 2011, Activision Blizzard Germany c. Commission, C-260/09 P, ECLI:EU:C:2011:62, ayant confirmé, en substance, l'analyse de la Commission dans sa décision Omega –Nintendo, mentionnée à la note en bas de page 27 ci-dessus.

[66] Décision du 17 décembre 2018, Guess, AT.40428.

[67] *Idem*, p. 64-78.

[68] *Idem*, p. 132.

[69] *Idem*, notamment points 138 et 148.

protéger contre les ventes actives ou passives sur son territoire par d'autres distributeurs agréés. Les ventes ne doivent être restreintes ni entre les grossistes autorisés ni entre les détaillants autorisés dès lors qu'ils font tous partie du même système de distribution sélective[70]. Par ailleurs, la Commission a exclu l'applicabilité de l'exemption individuelle prévue par l'article 101, paragraphe 3, du TFUE dans la mesure où rien n'indiquait que le comportement reproché avait contribué à améliorer la production ou la distribution des produits de Guess, ou à promouvoir le progrès technique ou économique tout en permettant aux consommateurs de partager une part équitable des avantages potentiels résultant des pratiques restrictives en cause. Finalement, rien n'indiquait que la conduite soit aussi indispensable, par exemple pour lutter contre le parasitisme ou pour protéger l'image de marque de Guess.

102. Pour fixer le montant des amendes, la Commission a tenu compte du fait que chaque type de ces différentes restrictions, en raison de sa nature même, restreignait la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et que les accords verticaux et les pratiques concertées tels que ceux de l'espèce étaient, par leur nature, souvent moins préjudiciables pour la concurrence que les accords horizontaux. Compte tenu du fait que Guess avait coopéré avec la Commission au-delà de son obligation légale de le faire, la Commission a accordé une réduction d'amende de 50 % et l'a fixée à 39.821.000 EUR[71].

ii. *RTO restreignant la distribution des produits sous licence – décisions Nike[72] et NBCUniversal[73]*

– *Nike*

103. La décision adoptée dans l'affaire *Nike* couvre différents types de restrictions imposées par la société Nike agissant en tant que donneur de licence pour la fabrication et la distribution de produits de sa marque[74].

104. La Commission a identifié les différentes mesures directes et indirectes restreignant les ventes des preneurs de licence hors de leur territoire (aussi bien des ventes passives, actives ou faites en ligne). S'agissant des mesures directes, la Commission a notamment fait état des clauses interdisant explicitement ces ventes, des obligations d'informer Nike des ventes hors du territoire ou l'imposition de commissions doublées en cas de vente hors du territoire. Les mesures indirectes, selon la Commission, incluaient des menaces faites aux preneurs de licence de mettre fin à leur contrat s'ils vendaient les produits hors de leur territoire, la limitation de dispositifs de sécurité confirmant le

[70] *Idem*, points 149 à 164.

[71] *Idem*, points 190 à 200.

[72] Décision du 25 mars 2019, Ancillary Sports Merchandise, AT.40436 ; voir toutefois également la décision du 09 juillet 2019, Character merchandise, AT.40432 dans laquelle la Commission a présenté un raisonnement très similaire s'agissant de la distribution des produits de la société japonaise Sanrio fabriqués sous licence.

[73] Décision du 30 janvier 2020, AT.40433, décrite dans le communiqué de presse de la Commission du même jour.

[74] Afin de permettre la fabrication et la vente des produits dérivés sous licence, Nike octroie des licences de fabrication et de distribution pour les droits de propriété intellectuelle qu'elle a obtenus auprès des clubs sportifs. Nike octroie ces droits de fabrication et de licence soit directement à la partie qui distribue les produits, soit indirectement par l'intermédiaire d'un preneur de licence principal qui, en échange d'une certaine commission, accorde à son tour des sous-licences sur les droits aux preneurs de licence finaux.

caractère officiel des produits afin de les utiliser comme moyen de contrôle de ventes hors du territoire ou la conduite d'audits pour vérifier la conformité des ventes avec l'interdiction de vendre en dehors du territoire. En outre, Nike avait inclus dans ses contrats des clauses interdisant explicitement aux preneurs de licence de fournir des produits dérivés à des clients, souvent des détaillants, qui pourraient vendre en dehors de leur territoire attribué. Par ailleurs, Nike obligeait les preneurs de licence à répercuter ces interdictions dans leurs contrats et était intervenue pour faire en sorte que les détaillants (par exemple, les magasins de mode, les supermarchés, etc.) arrêtent d'acheter les produits auprès de preneurs de licence dans d'autres pays de l'EEE.

105. Selon la Commission, ces comportements constituaient, par leur nature, une restriction de la concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE.

106. Concernant la possibilité d'exemption, la Commission a rappelé que les accords régissant à la fois l'octroi de licences sur les droits de propriété intellectuelle et la distribution des produits utilisant ces droits pouvaient, en principe, bénéficier aussi bien des exemptions prévues par la VBER que par le TTBER. En tout état de cause, elle a conclu que le caractère grave des restrictions imposées, en particulier les interdictions de vente passive, ne permettait pas d'appliquer les exemptions prévues par lesdits règlements. Par ailleurs, le comportement de Nike ne remplissait pas les conditions d'exemption individuelle prévues par l'article 101, paragraphe 3, du TFUE car rien n'indiquait que ce comportement était indispensable pour inciter les détaillants à investir dans certains territoires ou pour atténuer les répercussions de fraude entre les preneurs de licence. De plus, selon la Commission, les restrictions en cause avaient entraîné une réduction de la concurrence entre les preneurs de licence et les distributeurs des produits Nike, réduisant la possibilité d'un choix plus large et de prix plus bas pour les consommateurs.

107. Toutefois, afin de refléter la coopération de Nike, notamment sa reconnaissance de l'infraction et la production de preuves supplémentaires élargissant le champ initial de l'affaire, la Commission a accordé une réduction d'amende de 40 %. Le montant final de l'amende a été fixé à 12.555.000 EUR[75].

– *NBCUniversal*

108. La décision relative à cette affaire n'étant pas encore publiée à ce jour, peu de détails sont disponibles. Il ressort toutefois du communiqué de presse de la Commission sur l'affaire qu'elle a considéré que les contrats de licence non-exclusifs de NBCUniversal concernant la vente en Europe de produits, de personnages ou d'images de l'environnement Minions ou Jurassic Parc, par exemple, contenaient des aspects illégaux.

109. En particulier, la Commission a identifié les pratiques problématiques suivantes : l'imposition de mesures directes restreignant les ventes hors territoire par les preneurs de licence, comme des clauses interdisant ces ventes de manière explicite, des

[75] Décision du 25 mars 2019, Ancillary Sports Merchandise, AT.40436, points 148 à 167.

obligations de notification à NBCUniversal des ventes hors territoire, des restrictions quant aux langues utilisées sur les produits dérivés et des obligations de verser à NBCUniversal des revenus générés par les ventes hors territoire; des mesures directes restreignant les ventes à d'autres clients ou groupes de clients que ceux attribués, comme des clauses interdisant explicitement ces ventes et des obligations de verser à NBCUniversal des revenus générés par les ventes à des groupes de clients non attribués, ou encore d'autres mesures directes restreignant les ventes en ligne, comme des clauses interdisant toutes les ventes en ligne, des clauses interdisant les ventes en ligne hors territoire ou des clauses permettant uniquement des ventes en ligne sur les sites web de détaillants spécifiques. Par ailleurs, les preneurs de licence étaient obligés de répercuter ces restrictions de vente sur leurs clients en les forçant à ne pas approvisionner à leur tour des clients qui pouvaient vendre leurs produits sur d'autres territoires ou à d'autres groupes de clients que ceux leur attribués. Enfin, la Commission a aussi constaté des mesures visant à encourager indirectement le respect des restrictions de vente, comme la réalisation d'audits et la résiliation ou la non-reconduction de contrats si les preneurs de licence ne respectaient pas les restrictions.

110. La Commission a conclu que ces pratiques, appliquées pendant plus de six ans, avaient fractionné le marché unique et empêché les preneurs de licence européens de vendre des produits hors de leurs frontières et à divers groupes de clients, au détriment, *in fine*, des consommateurs européens. En tenant compte notamment de la coopération offerte par NBCUniversal, la Commission a imposé une amende de 14.327.000 d'euros.

iii. *RTO établies par une entreprise en position dominante – décision AB InBev* [76]

111. Dans l'affaire *AB InBev*, qui occupe une position dominante sur le marché belge de la bière, la Commission a remis en cause une stratégie d'AB Inbev limitant l'importation en Belgique de produits brassicoles moins chers à partir des Pays-Bas. L'entreprise visée par les pratiques était notamment la société Ahold/Albert Heijn, présente avec des supermarchés aussi bien aux Pays-Bas qu'en Belgique.

112. AB Inbev avait notamment limité les volumes ou les promotions de produits brassicoles fournis à un grossiste aux Pays-Bas afin de restreindre les importations de ces produits en Belgique. Elle avait implicitement forcé Albert Heijn à s'approvisionner, pour le marché belge, uniquement en Belgique, avait conçu des emballages différents pour les deux marchés afin de rendre l'importation parallèle plus difficile, avait subordonné les approvisionnements à Albert Heijn en Belgique de produits brassicoles non disponibles aux Pays-Bas à l'achat en Belgique d'autres produits brassicoles également disponibles aux Pays-Bas, et avait refusé des promotions à Albert Heijn aux Pays-Bas pour éviter l'importation parallèle des produits en cause en Belgique[77].

113. La Commission a constaté qu'AB Inbev avait ainsi abusé de sa position dominante sur le marché belge en limitant les importations dans une stratégie de maintien de prix plus élevés en Belgique. Des preuves supplémentaires avaient notamment été déduites du

[76] Décision du 13 mai 2019, AT.40134.

[77] *Idem*, points 114 à 197.

monitoring opéré par AB Inbev sur les différences de prix appliqués dans les deux marchés en cause et les calculs internes de l'impact de ventes transfrontalières sur les profits en Belgique. La Commission a conclu que les pratiques susmentionnées violaient l'article 102 du TFUE, compte tenu de la position dominante d'AB Inbev en Belgique.

114. Afin de tenir compte de la coopération effective d'AB InBev, notamment de sa reconnaissance de l'infraction et de son offre de mesures correctives consistant à modifier l'emballage de ses produits brassicoles pour empêcher la répétition de la pratique, la Commission a accordé une réduction d'amende de 15 % et fixé son montant final à 200.409.000 EUR[78].

115. Soulignons que de telles pratiques, visant à limiter les importations parallèles au sein du marché unique, auraient pu aussi constituer une infraction à l'article 101 du TFUE si elles avaient été le résultat d'un accord ou d'une pratique concertée entre des entreprises indépendantes, que le fournisseur ait ou non une position dominante. Toutefois, en l'espèce, c'est le comportement unilatéral d'AB Inbev et de certaines de ses filiales qui a été remis en cause, le distributeur visé par le comportement présent à la fois sur le marché belge et néerlandais ayant essentiellement subi ces pratiques. L'article 102 du TFUE a donc été invoqué comme seul fondement de l'action.

iv. *RTO ayant des effets limités sur les échange entre États membres – décision ELT Books*[79]

116. Dans l'affaire *ELT Books*, le libraire grecque Floras Bookshops a porté plainte devant la Commission en raison de ce que des distributeurs de livres *d'English language teaching* (ELT) situés hors de Grèce subissait des restrictions de vente transfrontalière de tels livres en dehors des territoires exclusivement alloués à ces distributeurs par certaines sociétés éditrices anglaises de livres, y inclus en ce qui concerne des ventes passives. Les éditeurs en cause avaient aussi refusé de livrer directement Floras Bookshops. En conséquence, Floras Bookshops ne pouvait pas s'approvisionner librement auprès d'un distributeur situé en dehors de Grèce mais devait le faire auprès du distributeur situé en Grèce. Floras Bookshops avait également porté plainte devant l'autorité de la concurrence grecque.

117. Dans sa décision la Commission a admis qu'un éditeur pouvait distribuer ses livres via des distributeurs indépendants, sous réserve que les accords de distribution respectent les règles de la concurrence de l'UE.

118. Par ailleurs, la Commission a rappelé qu'elle n'était pas en mesure de donner suite à tous les cas d'infraction présumée au droit de la concurrence portés à sa connaissance en raison de ses ressources limitées. Elle a souligné qu'elle était obligée de rejeter les plaintes dans les affaires ayant un effet limité sur le fonctionnement du marché intérieur ou dans lesquelles l'ouverture d'une enquête serait disproportionnée. Comme nous le

[78] *Idem*, points 242 à 262.

[79] Décision du 10 octobre 2012, Restrictions concerning ELT books, COMP/39771.

verrons ci-après, une telle hypothèse d'inaction de la part de la Commission n'est pas sans pertinence pour les doléances des entreprises luxembourgeoises**.**

119. En l'occurrence, la Commission a constaté, en particulier, que l'infraction alléguée par Floras Bookshops concernait principalement la Grèce, c'est-à-dire un seul État membre, alors qu'elle est généralement considérée comme mieux placée pour traiter les infractions qui concernent au moins trois États membres. En outre, la Commission a indiqué que l'autorité de la concurrence grecque avait déjà conduit une enquête et imposé les amendes adéquates pour l'infraction reprochée par Floras Bookshops.

f) Révision de la VBER : résultats de la consultation de la Commission

120. La VBER expirant le 31 mai 2022[80], la Commission a lancé des consultations publiques afin d'évaluer sa pertinence actuelle et déterminer les changements à prévoir dans une nouvelle version du règlement.

121. Même s'il est généralement considéré que la VBER fonctionne bien et fournit un cadre relativement équilibré pour la relation entre les entreprises dans une chaîne d'approvisionnement verticale[81], il ressort des réponses reçues par la Commission[82] que la majorité des personnes interrogées considère qu'il existe un niveau de sécurité juridique faible en ce qui concerne la problématique des restrictions territoriales, des ventes en ligne, ainsi que des restrictions des ventes actives et passives dans le cadre d'un système de distribution sélective, en particulier en raison du manque de précision de certaines dispositions de la VBER et des lignes directrices verticales.

122. Certains ont fait remarquer une divergence entre les dispositions de la VBER et les lignes directrices verticales dans le cadre d'un réseau de distribution sélective. Ils soulignent que, d'une part, l'article 4, point d), de la VBER prévoit qu'au sein d'un tel réseau, un fournisseur ne peut pas restreindre les ventes actives et passives entre les membres alors que, d'autre part, le paragraphe 63 des lignes directrices verticales admet que des restrictions puissent, toujours en matière de distribution sélective, être imposées aux grossistes en ce qui concerne la vente active aux détaillants situés sur le territoire d'un autre grossiste. Ces commentateurs estiment que les fournisseurs devraient d'une manière générale avoir la possibilité de limiter les ventes actives de leurs grossistes auprès de détaillants situés sur le territoire d'autre grossistes[83].

123. La Commission a également demandé l'avis des ANC. Dans leurs réponses, celles-ci se sont interrogées sur l'efficacité de la VBER en matière de prévention des RTO. Elles ont en particulier constaté que de nombreux détaillants confrontés à des problèmes liés aux RTO appliquées par leurs fournisseurs ne sont pas en mesure de juger si ces restrictions

[80] Article 10.

[81] Voir, en ce sens, par exemple, EuroCommerce, « Contribution to the Commission assessment of the Vertical Block Exemption Regulation », 27 May 2019, p. 1.

[82] Voir, notamment, le rapport sommaire de la Commission "Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) N°330/2010".

[83] Commentaires en réponse à la consultation publique de la commission européenne sur l'évaluation des règles en matière de concurrence relatives aux accords verticaux du 20 mai 2019, APDC – Association des Avocats pratiquant le Droit de la Concurrence.

sont conformes à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE[84]. En outre, les ANC ont souligné les difficultés d'application de l'article 101, paragraphe 3, du TFUE aux RTO qui, d'une part, entraveraient l'intégration du marché mais, d'autre part, créeraient des gains d'efficacité. Selon elles, il est notamment difficile de savoir comment équilibrer les gains d'efficacité pour les clients (par exemple, une distribution plus efficace) et les dommages à l'intégration du marché dans une telle situation étant donné les difficultés à quantifier les deux aspects[85].

124. La Commission a par ailleurs organisé, les 14 et 15 novembre 2019, un atelier de discussion avec les parties ayant contribué à la consultation publique et les associations de consommateurs[86]. Les participants ont constaté, en particulier, que la VBER ne fournissait pas d'indications suffisantes sur l'évaluation des restrictions de vente en ligne et ont souligné l'absence de nouvelles orientations à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire C-230/16, Coty[87], notamment en ce qui concerne son champ d'application et les catégories de produits couvertes. S'agissant de la distribution sélective, les participants ont constaté qu'il n'existait pas d'outils spécifiques pour appliquer des règles de distribution sélective à l'encontre de revendeurs non autorisés ou de tout autre acteur offrant des produits faisant l'objet d'une distribution sélective. Par ailleurs, ils ont souligné la nécessité de clarifier les lignes directrices verticales en ce qui concerne l'article 4, point b), iii), de la VBER et notamment le concept de « territoire » pour permettre aux grands distributeurs de mettre en place une distribution sélective dans certains pays, tout en ayant recours à une distribution exclusive dans d'autres, ou pour permettre les distributeurs de se concentrer uniquement sur certains pays.

125. Nous reviendrons sur les suggestions concrètes de modifications à la VBER ressortant de la consultation de la Commission et/ou ressortant de notre analyse.

g) Moyens procéduraux résultant du droit UE de la concurrence

126. Conformément aux dispositions du règlement n° 1/2003, les article 101 et 102 du TFUE peuvent être appliqués soit par une autorité administrative de concurrence, telle que la Commission ou les ANC (« *public enforcement* ») (i), soit par une juridiction nationale (« *private enforcement* ») (ii). Les moyens procéduraux résultant de ce système pour les entreprises cherchant à remettre en cause des pratiques anticoncurrentielles telles que RTO sont brièvement discutées, mais une analyse détaillée de toutes les règles de procédure dépasserait le cadre de l'Etude. Il convient toutefois encore de se demander si le droit national peut être plus strict que le droit de l'Union afin de déterminer si le droit national de la concurrence peut offrir des moyens d'actions supplémentaires (iii).

[84] Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) N° 330/2010, p. 7.

[85] *Idem*.

[86] Voir https://ec.europa.eu/competition/consultations/2018_vber/workshop_summary.pdf.

[87] Précité.

i. *La mise en œuvre des règles de la concurrence par la Commission et les ANC*

127. La Commission et les ANC constituent ensemble le REC au sein duquel elles collaborent étroitement afin de préserver la concurrence dans l'UE tout en ayant des tâches distinctes[88].

– Rôle de la Commission

128. Une entreprise qui se considère lésée par une pratique de RTO, nécessairement transnationale, aura tendance à s'adresser à la Commission, qui selon l'article 105 du TFUE, veille à l'application des principes fixés par les articles 101 et 102 du TFUE.

129. Toutefois, la Commission ne disposant pas de ressources suffisantes pour pouvoir lancer une enquête dans chaque affaire portée à son attention, elle est en droit , afin de s'acquitter efficacement de sa tâche, d'accorder des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie[89]. Elle enquête donc sur les infractions les plus graves, en particulier celles ayant des effets sur la concurrence dans plus de trois États membres[90].

130. Le règlement n° 1/2003 et son règlement d'application[91] décrivent la procédure devant la Commission. Ils indiquent que la Commission peut agir, d'une part, à la suite d'une plainte introduite par une personne physique, une entreprise ou une autre personne morale qui fait valoir un intérêt légitime ou par les États membres[92]. Dans un tel cas, elle est tenue de répondre soit en lançant une enquête, soit en rejetant la plainte. Ses décisions peuvent faire l'objet d'un recours en annulation auprès du Tribunal UE[93]. La Commission peut, d'autre part, ouvrir une enquête de sa propre initiative. Par conséquent, au lieu d'introduire une plainte qui doit remplir certaines exigences de forme et de fond[94], une entreprise concernée peut se limiter à fournir à la Commission uniquement des éléments d'information relatifs au marché qui peuvent être susceptibles de constituer le point de départ d'une enquête lancée d'office par la Commission[95].

131. Si la Commission, grâce à son enquête, constate l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 101 ou de l'article 102 du TFUE, elle peut ordonner qu'il soit mis

[88] Voir, à cet égard, la Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, 27 avril 2004, 2004/ C 101/3.

[89] Arrêt CJUE du 28 février 1991, Stergios Delimitis contre Henninger Bräu AG., C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91, point 44 et la jurisprudence citée.

[90] Communication de la Commission (2004/ C 101/3) relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, 27 avril 2004, p.14-15. Elle peut traiter une affaire si l'intérêt de l'UE exige l'adoption d'une décision de sa part pour développer la politique de concurrence de l'UE ou lorsqu'un nouveau problème de concurrence se pose, ainsi que pour assurer une application efficace et uniforme du droit de l'UE.

[91] Règlement (CE) N°773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE (actuellement articles 101 et 102 du TFUE).

[92] Article 7, paragraphe 2, du règlement n° 1/2003.

[93] Article 263 TFUE.

[94] Voir la Communication de la Commission relative aux plaintes.

[95] Idem. L'entreprise en cause n'aura toutefois pas de garantie d'obtenir une réaction de la part de la Commission, contrairement à l'utilisation de la voie de la plainte.

fin à l'infraction constatée et imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, ainsi qu'infliger des amendes et astreintes[96].

132. Enfin, l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision prive les autorités de concurrences nationales de leur compétence pour appliquer les articles 101 ou 102 TFUE. Si une autorité de concurrence traite déjà une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après l'avoir consultée[97]. En outre, la Commission peut rejeter une plainte au motif qu'une ANC la traite[98].

– Rôle des ANC

133. En vertu du règlement n° 1/2003, chaque Etat membre a désigné une autorité de concurrence compétente pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE[99]. Leur structure et procédures peuvent varier mais le règlement n° 1/2003 prévoit plusieurs règles communes.

134. L'entreprise s'estimant lésée par une pratique de RTO pourra donc aussi s'adresser à une ANC, notamment à celle de l'Etat où elle est établie.

135. Les ANC peuvent en effet, comme la Commission, agir d'office ou sur la base d'une plainte[100].

136. En vertu des règles de coopération au sein du REC, une affaire peut être traitée par une seule ANC, éventuellement avec le concours d'homologues d'autres Etats membres, ou par plusieurs ANC agissant en parallèle. Afin de déterminer si une ANC peut traiter une affaire, il convient de vérifier si elle peut être considérée comme étant « bien placée » c'est-à-dire, s'il existe un rapport étroit entre l'infraction et le territoire de l'Etat membre en question[101].

137. L'ANC ne peut, en principe, engager de procédure que contre des accords ou des pratiques ayant des effets sur le territoire de son Etat membre mais cette règle n'empêche pas les justiciables de porter plainte auprès de l'ANC. En effet, en vertu du règlement n° 1/2003, une affaire peut être réallouée à un autre membre du REC s'il est bien placé pour la traiter. La Commission peut donc réattribuer une affaire à une ANC et inversement et les ANC peuvent réattribuer des affaires entre elles[102]. Les décisions des ANC ne sont toutefois juridiquement contraignantes qu'à l'intérieur de leur propre État membre.

[96] Article 7, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003.

[97] Article 11, paragraphe 6, du règlement n° 1/2003.

[98] Communication de la Commission relative aux plaintes, par. 25.

[99] Article 35 du règlement n° 1/2003.

[100] Article 5 du règlement n° 1/2003.

[101] A cet égard, la Communication de la Commission relative aux plaintes précise (par. 22) qu'il est fort probable que, dans la plupart des cas, les autorités des Etat membres dans lesquels la concurrence est substantiellement affectée par une infraction seront bien placées, à condition qu'elles soient capables de faire effectivement cesser l'infraction par une intervention individuelle parallèle, et à moins que la Commission ne soit mieux placée pour agir.

[102] Communication de la Commission (2011/C 308/06) concernant les bonnes pratiques relatives aux procédures d'application des articles 101 et 102 TFUE, par. 14.

138. À la suite d'une enquête, une ANC peut ordonner la cessation d'une infraction, infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par son droit national. Lorsqu'elle considère, sur la base des informations dont elle dispose, que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies, elle peut décider qu'il n'y a pas lieu d'intervenir[103].

139. Enfin, la compétence des ANC est limitée par la compétence propre de la Commission. Lorsque les ANC statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 101 ou 102 du TFUE qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent pas prendre de décision qui irait à l'encontre de celle de la Commission[104].

ii. *La mise en œuvre des règles de la concurrence par une juridiction nationale*

140. Les entreprises lésées doivent tenir compte du fait que ni les autorités administratives de concurrence, ni la CJUE ne sont compétentes pour statuer sur la question de la réparation des dommages subis par les victimes des pratiques anticoncurrentielles. Il incombe aux juridictions nationales d'appliquer les dispositions du droit de l'Union et d'en assurer le plein effet[105].

141. La Commission insiste sur les avantages qui découlent pour les plaignants de l'introduction d'une plainte devant une juridiction nationale[106]. En particulier, comme indiqué, seul le juge national peut octroyer des dommages et intérêts pour le préjudice subi à la suite d'une infraction à l'article 101 ou de l'article 102 du TFUE[107].

142. Par le biais de la directive sur les dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles, l'UE a voulu stimuler l'utilisation de telles voies d'actions privées. Elle facilite, notamment, l'obtention de preuves. Elle prévoit également qu'une décision de la Commission ou d'une ANC constatant une infraction à l'article 101 ou à l'article 102 du TFUE établit de manière irréfragable l'infraction ainsi que des règles sur les moyens de défense tirés de la répercussion du surcoût résultant d'une infraction au droit de la concurrence. Nous reviendrons sur cet outil dans le contexte de la discussion des droits nationaux ci-dessous.

143. Quant aux autres avantages du « *private enforcement* » du droit de la concurrence identifiés par la Commission, il y a le fait que, devant le juge national, le plaignant peut introduire un recours sur la base à la fois du droit de la concurrence de l'UE et du droit national. Par ailleurs, le juge national est compétent pour statuer sur des demandes de

[103] Article 5 du règlement n° 1/2003.

[104] Article 16 du règlement n° 1/2003.

[105] Voir, en ce sens, notamment, arrêts du 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49, point 16, et du 19 juin 1990, Factortame e.a., C-213/89, Rec. p. I-2433, point 19.

[106] Communication de la Commission relative aux plaintes, par. 16.

[107] Afin d'assurer la pleine efficacité des règles de concurrence de l'UE, toute personne peut demander réparation pour le préjudice qui lui a été causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser la concurrence. Ces actions en dommages et intérêts devant les juridictions nationales étant de nature à décourager les entreprises de conclure ou d'appliquer des accords ou pratiques restrictifs de la concurrence, sont susceptibles de contribuer substantiellement au maintien d'une concurrence effective dans l'Union, voir en ce sens, arrêt CJUE du 20 septembre 20001, C-453/99, Courage c. Bernhard Crehan, ECLI:EU:C:2001:465, points 26 et 27. La faculté des juridictions nationales d'octroyer des dommages et intérêts est également soulignée au considérant 7 du règlement n° 1/2003.

paiement ou d'exécution d'obligations contractuelles fondées sur un accord qu'il examine au titre de l'article 101 du TFUE. De surcroît, le juge national est ordinairement mieux placé pour ordonner des mesures provisoires.

144. Même si chaque État membre doit régler les modalités procédurales des recours en interne[108], il existe certains principes communs. Ainsi, la juridiction nationale, statuant sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant des articles 101 et 102 du TFUE qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, ne peut prendre de décision qui irait à l'encontre de celle adoptée par la Commission[109].

145. Mentionnons qu'une des conditions de la recevabilité d'une action introduite devant le juge national est sa compétence territoriale. À cet égard, le règlement Bruxelles I *bis* prévoit les règles permettant de déterminer la juridiction compétente dans les affaires présentant des éléments transfrontaliers. La problématique sera davantage examinée dans le cadre de l'examen du droit luxembourgeois ci-dessous.

146. Soulignons également que la charge de la preuve d'une violation des articles 101 et 102 du TFUE incombera à la partie ou à l'autorité qui allègue leur violation dans toutes les procédures tant nationales qu'au niveau de l'UE dans lesquelles ces dispositions sont invoquées[110]. Toutefois, la charge de la preuve de la conformité d'une pratique avec les conditions d'exemption de l'article 101, paragraphe 3 du TFUE incombe à l'entreprise qui allègue cette conformité.

iii. *Possibilité de règles nationales plus strictes?*

147. Les ANC et les juges nationaux appliquent le droit de la concurrence de l'UE à côté du droit national de la concurrence. L'application de ce dernier ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords ou de pratiques concertées qui ne sont pas interdits par l'article 101, paragraphe 1, du TFUE, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 101, paragraphe 3, du TFUE.

148. C'est uniquement en matière de comportements unilatéraux d'entreprises que les États membres sont autorisés à adopter et à mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise, là où le droit de la concurrence de l'UE ne le ferait pas. Ces règles nationales plus strictes peuvent notamment comprendre des dispositions qui interdisent ou sanctionnent des comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes[111], faculté dont certains Etats membres ont fait utilisation, comme nous le verrons ci-après.

149. Notons enfin que, comme déjà mentionné ci-dessus (point 62), les ANC peuvent retirer le bénéfice d'une exemption par catégorie lorsque, dans un cas déterminé, des accords auxquels un tel règlement d'exemption s'applique produit des effets

[108] Voir arrêt CJUE du 10 juillet 1997, Palmisani, C-261/95, ECLI:EU:C:1997:351, point 27.

[109] Règlement n° 1/2003, article 16.

[110] Article 2 du règlement n° 1/2003.

[111] Article 3, par. 2 du règlement n° 1/2003.

incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du TFUE sur le territoire de son Etat membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct[112].

2. Autres sources de droit de l'UE ?

150. Comme il a déjà été indiqué ci-dessus, c'est par le biais des règles du droit de la concurrence que le droit de l'UE appréhende les restrictions, telles que les RTO, imposées par les entreprises à la libre circulation des marchandises, les barrières étatiques et les problèmes de discrimination sur base de la nationalité qu'elles peuvent engendrer étant en dehors de l'objet de l'Etude.

151. L'on peut néanmoins vérifier si certains instruments spécifiques du droit de l'UE peuvent permettre aux entreprises de remettre en cause des RTO.

152. La directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur a été évoquée en premier lieu dans ce contexte. Elle vise à faciliter la liberté d'établissement des prestataires ainsi que la libre circulation des services. Cependant, comme le souligne son considérant 76, cette directive ne s'applique pas à la libre circulation de biens[113] et n'a pas vocation à régir la vente transfrontalière de produits et la liberté des détaillants de s'approvisionner. L'accès aux activités de services visé par cette directive est, en substance, celui qui peut être entravé par des règles étatiques telles que celles qui peuvent avoir été instituées en matière d'autorisation d'établissement ou en matière d'informations et garanties à fournir par les prestataires de services transfrontaliers. Cette directive n'est donc pas pertinente pour la problématique examinée.

153. En deuxième lieu, la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, ne prévoit que des règles de protection des consommateurs et ne s'applique donc pas aux transactions commerciales entre entreprises.

154. En troisième lieu, pour ce qui est des pratiques commerciales déloyales, le législateur européen a notamment adopté la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur[114]. Mais cette directive ne s'applique pas non plus aux transactions commerciales entre entreprises.

155. Dans ce contexte, signalons toutefois qu'au début de l'année 2013, la Commission a publié un livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne

[112] Article 29, par. 2 du règlement 1/2003.

[113] En vertu du considèrent 76 de la directive : « *Les restrictions interdites en vertu de la disposition sur la libre prestation des services visent les exigences applicables à l'accès aux activités de services ou à leur exercice et non celles applicables aux biens en tant que tels.* »

[114] Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JO L 149/22.

d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe[115], dans lequel elle a qualifié les RTO de pratiques commerciales déloyales à l'échelle de l'UE et annoncé des travaux afin d'améliorer le fonctionnement et l'efficacité desdites chaines.[116] Sur base de la consultation publique la Commission a constaté que bien que les pratiques commerciales déloyales puissent, en principe, se retrouver dans tous les secteurs, les réactions des parties prenantes au livre vert tendent à indiquer qu'elles sont particulièrement problématiques dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire[117]. En outre, la Commission a remarqué que les RTO ont été également épinglées parmi les pratiques problématiques, mais tenant compte de la nature différente des autres pratiques commerciales déloyales, elles doivent être examinées séparément[118].

156. À la suite de ce qui précède, le législateur de l'UE a adopté la directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire. Cette directive confère une protection aux fournisseurs, producteurs agricoles, contre les pratiques déloyales de la part des acheteurs de leurs produits, y compris les distributeurs et les détaillants. C'est donc le scénario inverse de celui ici examiné qui est visé.

157. En quatrième et dernier lieu, référence peut encore être faite au règlement « géoblocage » qui interdit, en substance, la discrimination injustifiée de clients dans les transactions transfrontalières relatives à la vente de biens dans l'Union. Toutefois, comme mentionné au point 84 ci-dessus, ledit règlement ne s'applique pas à la vente de biens à des fins de revente.

3. Conclusion intermédiaire : constat des difficultés et remèdes proposés

158. Au niveau de l'UE, les RTO peuvent, en principe, être remises en cause sur la base des règles du droit de la concurrence, en particulier de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et ce notamment si les conditions d'exemption de la VBER ne sont pas remplies.

a) Cas de distribution par le fabricant/fournisseur-même

159. L'article 101, paragraphe 1, du TFUE ne s'applique pas à la politique de distribution d'une entreprise unique reposant sur son propre réseau de distribution par le biais de ses filiales situées dans différents Etats membres.

[115] Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, Com/2013/037 final.

[116] *Idem*, page 22 et s.

[117] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, 15 juillet 2014, COM/2014/0472 final, p. 5.

[118] *Idem*, p. 6.

160. Notons toutefois, comme possible « remède » à cette « difficulté », le fait que le comportement unilatéral d'une telle entreprise imposant des RTO illégales pourra relever de l'article 102 TFUE si ses conditions d'application sont réunies (voir, notamment le cas AB Inbev discuté aux points 111 et suivants ci-dessus).

161. Par ailleurs, les États membres sont autorisés à adopter et à mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise dans des cas où les conditions de l'article 102 TFUE ne sont pas remplies. Dans ce contexte, plusieurs Etats membres ont adopté des législations visant à sanctionner l'abus de dépendance économique, comme nous le verrons dans le chapitre 2 ci-après.

b) Distribution via un réseau indépendant

162. Dans le cas d'une distribution de produits via des entreprises indépendantes, l'application de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE est limitée par les exceptions prévues au paragraphe 3 du même article ainsi que par la VBER et les lignes directrices verticales.

163. S'agissant de la VBER, l'interdiction de ventes passives vers un certain territoire constitue une restriction grave de concurrence qui entraîne l'exclusion de l'accord du champ d'application de la VBER, indépendamment de la question de savoir si les parts de marché des parties de l'accord sur leur marché respectif excèdent 30 % ou pas.

164. Il en va de même des restrictions de ventes actives ou passives entre les membres d'un système de distribution sélective.

165. Cela est également le cas pour la revente de véhicules automobiles qui est gouvernée par le même régime général de la VBER et les lignes directrices verticales sauf en matière de pièces de rechange ainsi que pour la vente en ligne, les lignes directrices verticales définissant les formes de ventes passives à ne pas restreindre à cet égard.

166. La Commission a adopté au cours des dernières années plusieurs décisions constatant la violation du droit de l'UE dans le contexte de la distribution de biens via un réseau indépendant. Ses décisions permettent d'identifier les pratiques par le biais desquelles es restrictions territoriales absolues sont instaurées directement ou indirectement. La Commission ne traite toutefois que des affaires les plus graves et ses décisions dans ce contexte sont finalement peu nombreuses. En outre, nous notons l'absence de décisions du juge de l'Union, ce qui nous semble principalement dû au fait que les entreprises coopèrent avec la Commission et n'attaquent pas les éventuelles sanctions infligées.

167. Un possible « remède » aux « difficultés » soulevées réside peut-être dans le fait que les ANC et juges nationaux sont compétents pour appliquer le droit de la concurrence de l'Union. Les revendeurs devraient peut-être s'adresser davantage à ces instances. Il y a toutefois lieu de se demander si le système de la VBER et des lignes directrices verticales n'opère pas comme un frein aux litiges devant les tribunaux en la matière. Il a notamment été relevé à la suite de la consultation de la Commission, que la possibilité

de s'appuyer sur les litiges privés n'est pas vue comme une alternative viable à l'application publique dans ce domaine : un requérant ne pourra pas contester un accord protégé par l'exemption par catégorie même s'il peut apporter des preuves que cet accord a pourtant des effets négatifs sur la concurrence[119].

168. Certes, une ANC peut retirer le bénéfice de l'application de la VBER à des accords dont elle juge qu'ils produisent des effets incompatibles sur le territoire de l'Etat membre en question ou sur une partie de ce territoire (voir les points 62 et 149 ci-dessus). Toutefois, comme il ressortira des chapitres 2 et 3 ci-dessous, nous n'avons pas connaissance d'affaires dans lesquelles cette possibilité a été mise en œuvre dans le scénario de RTO dans les Etats membres examinés[120].

c) Révision de la VBER

169. S'agissant de l'interdiction des restrictions des ventes passives et, dans un contexte de distribution sélective, des ventes actives sous certaines conditions, il est important que les acteurs du marché ressentent une réelle volonté de sanction des infractions dans ce domaine. Les décisions récentes de la Commission rappelées à la section 1(e) ci-dessous sont utiles à cet égard. La prise en considération de formes indirectes de restrictions telles que celles décrites notamment au point 50 des lignes directrices verticales est importante. Il serait utile que les lignes directrices verticales complètent, le cas échéant, leur catalogue d'exemples en tenant compte de ces décisions. Il faut toutefois également rappeler que les lignes directrices ne donnent que des exemples et ne pourraient pas être exhaustives.

170. Dans ce contexte et au vu de la problématique examinée ici, on peut se demander s'il faut reconsidérer le fait que l'article 4, point b) de la VBER devra dans tous les cas ne viser que les restrictions imposées à l'acheteur. Comme relevé au point 64 ci-dessus, le système actuel permet au fabricant/fournisseur d'accepter des restrictions territoriales absolues de son champ d'action par rapport aux distributeurs (exclusifs) qu'il a désignés et de refuser donc aussi bien les ventes actives que passives dans leurs territoires. Au vu du fait que le secteur de la distribution luxembourgeoise se plaint de telles pratiques, la question semble légitime de savoir si un fabricant/fournisseur doit en toutes circonstances être autorisé à refuser même les ventes passives.

171. S'agissant des ventes en ligne, la problématique de leur restriction concerne avant tout les ventes aux consommateurs mais peut, en pratique, aussi concerner les achats de biens pour revente dans certains cas. Les commentaires relatifs à la révision de la VBER soulignent l'importance attachée au fait que les interdictions généralisées de

[119] EuroCommerce, « Contribution to the Commission assessment of the Vertical Block Exemption Regulation », précitée, p. 13. Une difficulté supplémentaire pour obtenir une sanction pourrait être le fait que, même si les conditions prévues par la VBER ne sont pas remplies, les fournisseurs ont encore la possibilité de se défendre en invoquant l'article 101, paragraphe, du 3 TFUE, dans un cas individuel. Nous n'avons toutefois pas identifié de cas où une telle défense aurait abouti.

[120] Il semblerait qu'elle a été utilisée par l'ANC grecque dans l'affaire ELT Books, point 116 et ss. ci-dessus , voir F. WIJCKMANS et P. TUYTSCHAEVER, précités, p. 268.

ventes en lignes qui ne sont pas basées sur des critères qualitatifs ne devraient pas être protégées par la VBER[121].

172. Il est également important de maintenir la définition de ventes passives au point 52 des lignes directrices verticales comme englobant clairement toute vente qui résulte d'une visite par un client d'un site internet d'un fournisseur et le contact pris par le client avec ce dernier.

173. Dans ce contexte, au vu de l'arrêt dans l'affaire C-230/16, Coty[122], il y aura lieu d'indiquer si les considérations de la CJUE dans cet arrêt s'appliquent au-delà du secteur des produits de luxe. Par ailleurs, il semble opportun que la Commission clarifie davantage dans les lignes directrices verticales dans quelles conditions un système de distribution sélective n'est pas contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. Comme son application permet l'interdiction de ventes à des distributeurs non-agréés, il est important pour la problématique des RTO que l'utilisation de tels systèmes ne soit pas abusée. Les lignes directrices fournissent déjà un cadre d'analyse à ce sujet.

174. Un point intéressant à relever est celui de la possibilité pour les ANC de retirer le bénéfice de l'application de la VBER sur son territoire. Cette possibilité devrait être plus mise en avant et les ANC encouragées à utiliser activement cette faculté[123]. Les obstacles à le faire semblent nombreux aujourd'hui. En effet, compte tenu des conditions imposées par l'article 29, paragraphe 2 du règlement n° 1/2003, ceci est uniquement possible s'il est prouvé que l'accord en cause produit des effets incompatibles avec l'article 101, paragraphe 3, du TFUE sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente les caractéristiques d'un marché géographique distinct, donc à part.

175. Enfin, s'agissant du traitement du secteur automobile, nous n'avons pas pu identifier de problèmes particuliers en matière de RTO résultant du fait que les accords de distribution dans ce secteur relèvent maintenant du régime général de la VBER sauf pour la distribution des pièces de rechange. Les considérations mentionnées au point 170 relatives à la liberté laissée aux fabricants/fournisseurs de s'engager à ne pas vendre dans certains territoires aussi bien pour ce qui concerne des ventes actives que passives pourraient toutefois présenter un intérêt pour ce secteur.

[121] Voir, par exemple, Comments by the Federal Ministry for Economy and Energy and the Bunderkartellamt assessing Commission Regulation (EU) N0 330/210 […], 8 October 2019 du 8 octobre 2019 dans le contexte de la consultation de la Commission sur la VBER, p. 4.

[122] Précité.

[123] Voir, notamment, EuroCommerce, « Contribution to the Commission assessment of the Vertical Block Exemption Regulation », précitée, p. 13 et commentaires du Ministère de l'Economie et de l'Energie allemand et du Bundeskartellamt, précités, p. 5.

CHAPITRE II : LES AUTRES PAYS EXAMINES

1. Introduction: les questions examinées pour chaque juridiction

177. Trois questions sont examinées pour chacun des pays autres que le Luxembourg : (1) dans quels cas la jurisprudence a-t-elle confirmé la légalité d'une RTO; (2) dans quels cas la jurisprudence a-t-elle déclaré illégale une RTO ou remis en cause sa légalité, et (3) quels sont les différents moyens juridiques dont disposent actuellement les entreprises pour se défendre contre des RTO, c'est-à-dire quelles sont les difficultés qui se présentent aux entreprises pour lancer une action ?

2. Allemagne

178. Le *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (« **GWB** ») contient des dispositions qui reflètent les interdictions posées par les articles 101 et 102 TFUE.

a) Confirmation de la légalité ou de l'illégalité des RTO par la jurisprudence

179. La jurisprudence concernant les RTO est rare en Allemagne. Cependant, il existe une jurisprudence plus ancienne sur les restrictions de commerce parallèle dans les secteurs automobile et pharmaceutique.

180. Dans une décision relative au secteur automobile devant les juridictions civiles[124], un importateur allemand de véhicules américains produits par Ford a intenté une action contre Ford contestant la pratique de Ford concernant le remboursement des frais de garantie. Ford a pris en charge les frais de garantie pour les véhicules vendus en Allemagne qui ont été importés des États-Unis par Ford ou ses concessionnaires autorisés. Cependant, Ford a refusé de rembourser les frais de garantie aux concessionnaires Ford autorisés s'ils achetaient des véhicules importés – ce qui était le cas du demandeur. Le tribunal régional supérieur de Düsseldorf a estimé que cette pratique discriminait illégalement l'importateur tant que Ford continuait à rembourser les frais de garantie pour les véhicules importés dans le seul contexte de son système de distribution agréé.

181. Dans le secteur pharmaceutique, l'ANC allemande, à savoir l'Office fédéral allemand des cartels (*Bundeskartellamt*)[125], a examiné le refus d'un grossiste basé en Allemagne d'acheter des médicaments à un commerçant qui importait légalement ces médicaments d'autres États membres de l'UE. Pour sa défense, le grossiste a notamment fait valoir que son comportement était motivé par les attentes du fabricant de produits pharmaceutiques allemand de ne pas acheter et stocker des médicaments importés. En effet, l'achat de médicaments importés aurait compromis sa relation commerciale avec les fabricants de produits pharmaceutiques allemands. La Cour fédérale de justice a constaté que ce refus d'achat constituait une restriction de

[124] Jugement du Tribunal régional supérieur de Düsseldorf du 17 novembre 1992, U (Kart) 6/92, WuW / E OLG, p. 5105 et suiv.

[125] Voir ANC décision du 14 août 1992 - B3 - 102/91, WuW / E BKartA, 2543 et suiv .; Arrêt de la Cour fédérale de justice du 21 février 1995, KVR 10/94, GRUR 1995, 618 et suiv.

commerce parallèle. Elle a en particulier estimé que ce refus discriminait indûment l'importateur qui, en tant que petite et moyenne entreprise, dépendait des ventes qu'il pouvait faire au grossiste.

182. Par ailleurs, dans un autre contexte, la Cour fédérale de justice a jugé que le refus de vente enfreignait l'article 101, paragraphe 1, du TFUE s'il présente les caractéristiques d'un traitement discriminatoire dans le contexte d'un système de distribution sélective. Signalons toutefois que la Cour fédérale de justice a généralement rejeté les demandes de livraison des revendeurs concernés mais admis une compensation financière. Selon elle, l'objectif de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE/article 1 GWB ne couvre pas les obligations de fourniture[126].

b) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles

183. Le droit allemand de la concurrence contient des règles sur les comportements unilatéraux plus strictes que la norme fixée par l'article 102 du TFUE. Allant au-delà du champ d'application de l'article 102 du TFUE (voir le point 148 ci-dessus), le droit allemand interdit les comportements d'exclusion ou de discrimination non seulement des entreprises dominantes, mais également des entreprises non-dominantes dont les petites ou moyennes entreprises dépendent pour la fourniture de certains biens ou services commerciaux, ainsi que des entreprises jouissant d'un pouvoir de marché supérieur à leurs concurrents de petite et moyenne taille. Ces interdictions visent à protéger les petites et moyennes entreprises contre les comportements anticoncurrentiels de leurs principaux partenaires commerciaux ou concurrents. En outre, le droit national interdit aux entreprises de demander à une autre entreprise de refuser de fournir ou d'acheter à certaines entreprises, dans le but d'entraver injustement ces entreprises (interdiction de boycotter).

184. Quant aux moyens d'action, les entreprises concernées par les RTO peuvent déposer une plainte auprès de l'ANC et/ou saisir les juridictions civiles.

185. L'ANC dispose d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne l'ouverture d'une enquête. Par conséquent, les justiciables ne peuvent légalement prétendre à, mais seulement suggérer l'ouverture d'une procédure. Si l'ANC décide d'ouvrir une enquête, il n'y a pas de date limite pour terminer la procédure. Cela peut donc prendre des mois ou - comme dans de nombreux cas - plus d'un an avant que l'ANC achève son enquête.

186. Les entreprises peuvent intenter des actions autonomes ou de suivi (c'est-à-dire à la suite d'une décision adoptée par l'ANC) devant les tribunaux civils sur la base de l'article 33a(1) GWB et du Code civil allemand combiné avec les dispositions respectives du droit allemand ou UE de la concurrence. À cet égard :

- les personnes physiques et morales qui, en tant que participants au marché, ont été affectées par des violations du droit de la concurrence allemand ou européen peuvent

[126] Arrêt de la Cour fédérale de justice du 12 mai 1998 - KZR / 96, WuW / DER 206.

demander que la contrevenante soit condamnée à réparer le préjudice causé par l'infraction et, en cas de risque de récidive, à s'abstenir de nouvelles infractions (article 33(1) GWB). Le droit de demander une injonction existe si une infraction est imminente (article 33(2) GWB).

- si des infractions aux lois relatives à la concurrence ont été commises intentionnellement ou par négligence, les personnes physiques ou morales concernées peuvent demander réparation pour le préjudice subi du fait de l'infraction et les intérêts sur ces dommages.

- la question de savoir si la section 33 GWB établit un droit à être livré est intéressante dans le contexte des RTO. Lorsque le refus de fourniture est un abus de position dominante (article 102 TFUE/articles 18, 19 GWB) ou d'entreprises non-dominantes au sens de l'article 20, paragraphes 2 et 3 GWB, les tribunaux ont accepté de faire droit à une demande d'être livré à des termes et conditions raisonnables dans certains cas. Toutefois, si le refus de vente enfreint l'article 101, paragraphe 1 TFUE/article 1 GWB, par exemple dans le cas d'un traitement discriminatoire découlant d'un système de distribution sélective, la Cour fédérale de justice rejette généralement les demandes de livraison des revendeurs concernés et les invite à formuler des demandes de compensation monétaire[127]. De l'avis de la Cour fédérale de justice, l'objectif de l'article 101, paragraphe 1, du TFUE/section 1 GWB ne couvre pas les obligations de livraison. Cette position est toutefois quelque peu controversée. Ses opposants soutiennent qu'il est difficile de refuser des demandes de livraison dans la situation juridique actuelle. Celle-ci prévoit en effet l'inclusion des règles de concurrence du TFUE dans le champ d'application des demandes basées sur l'article 33 GWB ; il n'y aurait donc plus de base juridique pertinente pour limiter l'étendue de la protection dans le contexte de l'article 101 du TFUE/article 1 GWB[128].

187. En principe, la charge de la preuve incombe au demandeur qui doit produire des éléments de preuve convaincant le tribunal de la vérité des faits allégués hors de tout doute raisonnable. Dans le cadre des actions en dommages et intérêts de suivi, les tribunaux civils sont liés par une décision de l'ANC ou une décision de la Commission établissant une infraction, à condition que cette décision soit définitive. Par ailleurs, le législateur allemand a récemment mis en place, en application de la directive sur les dommages et intérêts, une procédure limitée de production de preuves qui concerne les actions en dommages et intérêts pour abus de position dominante. S'agissant du délai de prescription, il tient compte des prescriptions de la directive relative aux dommages et intérêts[129].

[127] Voir, par exemple, Cour fédérale de justice, décision du mai 1998 – KZR/96, WuW/ DER 206.

[128] Voir, par exemple, Emmerich dans: IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, GWB, 5 éd., 933 par. 59.

[129] Il a été porté à cinq ans (article 33h (1) GWB). Il commence à courir à la fin de l'année civile au cours de laquelle (i) la réclamation est intervenue et (ii) le demandeur a pris connaissance, ou aurait dû prendre connaissance des circonstances à l'origine de la réclamation et de l'identité du contrefacteur, et (iii) l'infraction à l'origine de la réclamation a cessé. Un deuxième délai de prescription (absolu) de dix ans (quelle que soit la connaissance de la réclamation) commence à la naissance de la réclamation et l'infraction sur laquelle la réclamation est fondée prend fin (article 33(h), paragraphe 3, GWB). En dehors de cela, les réclamations seront prescrites 30 ans à compter de la date à laquelle l'infraction a causé le dommage (article 33h (4) GWB).

188. Le droit procédural allemand prévoit différentes mesures provisoires sur la base du Code de procédure civile. Le demandeur peut demander au tribunal de saisir les biens du défendeur à condition qu'il existe un risque immédiat que la situation financière du défendeur puisse se détériorer. En outre, les tribunaux peuvent ordonner des mesures provisoires enjoignant au défendeur d'accomplir une certaine action, telle que fournir au demandeur certains biens, si le demandeur risque autrement de perdre des clients importants. Dans les procédures judiciaires provisoires, le degré de preuve requis est moins élevé que dans les procédures au fond. Le demandeur est tenu de fournir une preuve *prima facie* du bien-fondé de sa réclamation et la mesure provisoire est nécessaire en raison de l'urgence. En règle générale, une mesure de référé ne préjuge pas de la décision finale à adopter par le juge au principal.

189. Il n'y a pas de délai de traitement standard pour les procédures judiciaires. À titre indicatif, les plaignants peuvent s'attendre à 12 à 24 mois pour chacune des première et deuxième instances. Mais la procédure, en particulier dans les cas complexes, peut prendre plus de temps.

3. Belgique

a) Confirmation de la légalité ou de l'illégalité des RTO par la jurisprudence

190. Il n'a pas été possible d'identifier des décisions belges ayant confirmé la légalité d'une RTO. En outre aucune décision relative aux RTO n'a été identifiée dans le secteur automobile et du commerce en ligne.

i. *Jurisprudence relative aux restrictions de ventes passives (quatre exemples)*

191. La Cour d'Appel d'Anvers, dans un arrêt du 29 mars 2010[130], a remis en cause la légalité d'un accord de distribution conclu entre BAUER, fabricant de compresseurs, et DUBRACO, son distributeur. En vertu de cet accord, il était interdit à DUBRACO de revendre les produits en dehors de son territoire convenu, sauf consentement écrit préalable de BAUER. La Cour d'Appel a jugé que les clauses de l'accord, selon lesquelles les ventes passives en dehors du territoire convenu étaient strictement interdites, constituaient une violation de l'article 101 du TFUE.

192. Le Président du Tribunal de commerce de Bruxelles, dans une ordonnance du 25 juillet 2018, a examiné la légalité des pratiques de deux filiales de BV CN Rood Holding, à savoir, d'une part, BV CN Rood, distributeur officiel des produits Raysafe aux Pays-Bas et au Luxembourg, et, d'autre part, NV CN Rood, distributeur officiel en Belgique et au Luxembourg de produits similaires aux produits Raysafe mais fabriqués par Fluke (c'est-à-dire l'acheteur éventuel de Raysafe). L'affaire avait été introduite par Bogman, le distributeur exclusif des produits Raysafe en Belgique, qui se plaignait de ce que ces sociétés, en n'ayant jamais mentionné sur leur site Internet que Bogman était le distributeur exclusif des produits Raysafe en Belgique, avaient commercialisé illégalement les produits Raysafe en ligne. Le Président du Tribunal de Commerce de

[130] Arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 29 mars 2010, TBM 2010, p. 138.

Bruxelles a rejeté la plainte et a constaté que les informations sur le site Internet étaient principalement adressées à des clients néerlandais (mention d'un numéro de téléphone néerlandais et de l'adresse e-mail de la société-mère). Il a également reconnu la légalité (1) des ventes passives de BV CN Rood à des clients belges et (2) des achats de NV CN Rood auprès de distributeurs officiels au sein de l'UE et des ventes passives et actives ultérieures à des clients belges[131].

193. Dans une autre affaire, Sobeltop, distributeur officiel des produits Tip Top en Belgique et au Luxembourg, a reproché à Tip Top, son fournisseur, d'avoir violé le contrat de distribution conclu entre eux. En effet, Tip Top avait permis à une autre entreprise de distribuer ses produits sur le territoire réservé précédemment à Sobeltop. Tip top a fait valoir que Sobeltop voulait, en fait, imposer une restriction au sens de l'article 4, point b) de la VBER, en interdisant des ventes passives et des importations parallèles. Dans son ordonnance du 26 février 2016, le Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles a jugé qu'il ressortait du libellé de l'article 4, point b), de la VBER que seul le comportement d'un vendeur partie à l'accord pouvait être qualifié de restriction interdite au sens de cet article. Sobeltop étant l'acheteur, l'argument de Tip Top a été rejeté. En conséquence, le Tribunal a constaté que Tip Top avait violé le contrat de distribution[132].

194. Enfin, le Tribunal de commerce d'Anvers, dans un jugement du 4 décembre 2018, s'est prononcé sur la légalité d'un accord de coopération exclusive entre la société H.A., organisant des parties de chasse à l'étranger, et la société M.B., organisant des parties de chasse en France. Aux termes de cet accord, H.A s'était obligée à ne pas accepter la réservation directe de chasseurs français, tandis que M.B. s'engageait à refuser celle des chasseurs du Benelux et d'Allemagne. Le Tribunal a considéré que les clauses de cet accord, interdisant les ventes passives, violaient l'article 101 du TFUE. En conséquence, l'accord a été partiellement annulé[133].

ii. *Jurisprudence relative au refus de vente*

195. Compte tenu de la liberté du commerce (comme la liberté de contracter ou de ne pas contracter), le refus de vente n'est pas en soi illégal[134], sauf quelques exceptions liées à l'interdiction de l'abus de droit, aux règles relatives à la non-discrimination, et aux règles relatives à la concurrence.

196. Dans de tels cas, le refus de vente constituera une pratique commerciale déloyale interdite par l'article VI.104 du Code de droit économique. Selon cette disposition, tout acte contraire aux pratiques commerciales loyales qui porte atteinte ou est susceptible

[131] Ordonnance du Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 25 juillet 2018, à publier dans Jb.Markt. 2018.

[132] Ordonnance du Président du Tribunal de Commerce de Bruxelles du 26 février 2016, TBM 2016, p. 396.

[133] Jugement du Tribunal d'affaires d'Anvers (quartier Hasselt) du 4 décembre 2018, Limb.Rechtsl. 2019, p. 173. Veuillez noter que cette affaire concernait un accord horizontal et n'est donc que marginalement pertinente pour l'Etude.

[134] Voir, à cet égard, l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1er mars 2010, *Jb.Markt*. 2010, p. 353; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers du 21 décembre 2000, Jb.Markt. 2000, p. 621; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Tongres du 21 juin 2005, Jb.Markt. 2005, p. 980; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers du 6 avril 2006, Jb.Markt. 2006, p.556; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Termonde du 30 novembre 2011, Jb.Markt. 2011, p. 585.

de porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs autres entreprises, est interdit. La violation d'une règle statutaire, ainsi qu'un comportement contraire à l'éthique sont considérés comme des actes contraires aux pratiques commerciales loyales[135].

197. Dans le contexte du refus de vente, la jurisprudence a constaté l'existence d'un abus de droit lorsque :

- la liberté de ne pas contracter était utilisée d'une manière excédant manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente[136] ;
- le refus de vente n'était pas fondé sur des critères ou motifs objectifs[137] ;
- le fournisseur n'avait aucun intérêt (légitime) à refuser de vendre[138], en particulier lorsque le refus était arbitraire et purement discriminatoire[139] ;
- le refus de vente créait un déséquilibre évident entre les intérêts des parties[140].

198. Cependant, l'abus de droit est très difficile à prouver (seuls quelques jugements ont reconnu un tel abus)[141]. Dans un nombre relativement important de décisions, la juridiction a jugé que le refus de vente était fondé sur des motifs légitimes relatifs à la gestion opérationnelle de l'entreprise[142]. Un fournisseur peut en principe déterminer sa propre stratégie commerciale, y compris sa politique de distribution[143].

199. Un abus de droit ne peut être sanctionné par un juge que dans des cas exceptionnels[144]. Il n'appartient pas au juge de remettre en cause le bien-fondé de la

[135] Voir B. KEIRSBILCK, «Overzicht van rechtspraak - Oneerlijke marktprakijken jegens personen andere dan consumenten (2011-2014)», *TPR*, 2016, p. 293; voir également arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 1992, Arr.Cass. 1991-92, p. 1131 (un refus de vente peut constituer un abus de droit et donc une pratique déloyale de marché); arrêt du 2 mai 1985, Arr.Cass. 1984-85, p. 1188 et arrêt du 31 janvier 2002, Arr.Cass. 2002, 313 (le non-respect d'une obligation légale ou d'une disposition impérative peut constituer une pratique commerciale déloyale).

[136] Arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2011, C.10.0227.F.

[137] Arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 1992, Arr. Cass. 1991-1992, p. 1131; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Tongres 21 juin 2005, Jb.Markt. 2005, p. 981.

[138] Voir, notamment, arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1er mars 2010, Jb.Markt. 2010, p. 353; arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 27 juin 2002, Jb.Markt. 2002, p. 497.

[139] Arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1er mars 2010, Jb.Markt. 2010, p. 353; Arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 27 juin 2002, Jb.Markt. 2002, p. 497; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers du 6 avril 2006, Jb.Markt. 2006, p. 556.

[140] Arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1er mars 2010, Jb.Markt. 2010, p. 353 ; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers du 21 décembre 2000, Jb.Markt. 2000, p. 622 ; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Tongres du 21 juin 2005, Jb.Markt. 2005, 981 ; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers du 6 avril 2006, Jb.Markt. 2006, p. 556-557.

[141] Arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2011, C.10.0227.F (annulation d'un jugement refusant d'appliquer la règle sur l'interdiction d'abus de droit à un refus de contracter; arrêt du 24 septembre 1992, Arr.Cass. 1991-92, 1131 (pas d'annulation d'une décision dans le cadre de laquelle le refus de vente n'était pas fondé sur des critères objectifs, tels qu'un service client approprié). Pour un refus de vente dans le cadre de la vente par Internet de billets d'avion, voir Tribunal de commerce de Bruxelles 26 mars 2001, DCCR 2002, 58 (une compagnie aérienne ayant vendu des billets via son propre site Internet à des conditions plus favorables que celles que les agents de voyages avaient à appliquer était considérée adopter une pratique de marché déloyale, car elle portait notamment atteinte aux «lois du marché» en faussant artificiellement la concurrence).

[142] Voir, par exemple, arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 27 juin 2002, Jb.Markt. 2002, p. 498 (saturation du marché) ; Arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1er mars 2010, Jb.Markt. 2010, p. 353 (sélection du contractant en fonction du nombre hebdomadaire de visiteurs de cinéma et de la structure du cinéma).

[143] Voir, notamment, arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 27 juin 2002, Jb.Markt. 2002, p. 498; Arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1er mars 2010, Jb.Markt. 2010, p. 354.

[144] Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers du 21 décembre 2000, Jb.Markt. 2000, p. 622.

politique commerciale du fournisseur[145]. Dans certains jugements, le tribunal a tenu compte du fait que l'acheteur pouvait obtenir des produits ou des produits similaires aux produits du fournisseur par d'autres canaux de distribution[146]. Par ailleurs, le simple fait que le fournisseur n'indique pas les motifs de son refus ne rend pas en soi le refus illégal[147].

200. Quant aux règles relatives à la non-discrimination, la jurisprudence et la doctrine ont confirmé qu'un refus de vente peut être illégal et constituer une pratique commerciale déloyale en raison de leur violation[148]. Cependant, aucune décision concernant spécifiquement les RTO n'a été identifiée dans ce contexte.

201. Pour ce qui est des règles de concurrence, la loi belge du 4 avril 2019[149], qui entrera en vigueur le 1er juin 2020, introduit de nouvelles règles sur l'abus de dépendance économique entre entreprises. Afin qu'un tel abus soit constaté, trois conditions devront être remplies: existence d'une situation de dépendance économique d'une entreprise[150], abus de cette position de dépendance économique et affectation de la concurrence sur le marché belge concerné ou une partie substantielle de celui-ci par l'abus de position de dépendance économique.

202. Selon cette nouvelle loi, la dépendance économique d'une entreprise peut donner lieu à abus, notamment, en cas de refus de vente, d'achat ou d'autres conditions de transaction, en cas d'imposition directe ou indirecte de prix d'achat ou de vente non équitables ou d'autres conditions de transaction non équitables. L'abus peut également être constaté en cas de limitation de la production, des débouchés ou du développement technique au détriment des consommateurs ainsi qu'en cas d'application à l'égard de partenaires commerciaux de conditions inégales à des prestations équivalentes (en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence) ou en cas de subordination de la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

[145] Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Bruxelles du 5 décembre 2012, Jb.Markt. 2012, p. 630.

[146] Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Termonde du 30 novembre 2011, Jb.Markt. 2011, p. 586.

[147] Arrêt de la Cour de cassation 13 septembre 1991, Arr. Cass. 1991-92, p. 38.

[148] Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Bruxelles du 5 décembre 2012, Jb.Markt. 2012, p. 627; Voorz. Kh. Bruxelles 15 juillet 1988, Jb.Hand. 1988, p. 244; R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007, 60; B. KEIRSBILCK et E. TERRYN, « [Overzicht van rechtspraak handelspraktijken 2003-2010] Verboden praktijken», *TPR* 2011, p. 1220.

[149] Loi du 4 avril 2019 modifiant le Code de droit économique en ce qui concerne les abus de dépendance économique, les clauses abusives et les pratiques du marché déloyales entre entreprises, publiée le 24 mai 2019, n° 2019011404, p.50066.

[150] Une "position de dépendance économique" est définie dans la loi du 4 avril 2019 comme une position d'une entreprise soumise à une ou plusieurs autres entreprises, caractérisée par l'absence d'une alternative raisonnable équivalente, disponible dans un délai raisonnable et dans des conditions raisonnables, permettant à ces derniers d'imposer des obligations ou des conditions qui ne peuvent être obtenues dans des conditions normales de marché.

b) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles

i. *Les moyens d'action disponibles*

203. Concernant la violation des règles de concurrence :

- *public enforcement* par l'ANC : mesures provisoires, injonctions, amendes, y inclus en matière d'abus d'une position de dépendance économique[151];
- ordonnance de cesser et de s'abstenir par le Président du tribunal de commerce ;
- demande de dommages et intérêts[152] ;
- demande d'annulation de contrats ou de clauses illégaux.

204. Concernant les pratiques commerciales déloyales :

- ordonnance de cesser et de s'abstenir du Président du tribunal de commerce ;
- demande de dommages et intérêts.

205. Concernant l'abus de droit :

- réduction de l'avantage résultat de l'abus de droit dans des proportions adéquates ;
- demande de dommages et intérêts.

206. Autres

- la responsabilité d'un fournisseur pourrait éventuellement engagée s'il discrimine une autre partie sur la base de sa nationalité ou de son origine[153].
- un État pourrait être tenu responsable s'il n'adopte pas toutes les « mesures nécessaires et proportionnées » afin d'empêcher les entraves à la libre circulation des marchandises par des actions de particuliers[154]. L'on peut mentionner à cet égard un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle formé contre une disposition de droit belge concernant la fourniture de médicaments par les grossistes-distributeurs. En résumé, en vertu de la disposition litigieuse, des grossistes-distributeurs n'étaient en principe pas autorisés à livrer des médicaments aux grossistes ordinaires ni, ce qui est particulièrement pertinent, à les exporter directement à l'étranger. Dans un arrêt du 17 octobre 2019[155] la Cour

[151] L'abus d'une position de dépendance économique peut être sanctionné soit d'office, soit à la suite d'une plainte, par des amendes pouvant aller jusqu'à 2% du chiffre d'affaires de l'entreprise concernée. Des astreintes pouvant aller jusqu'à 2% du chiffre d'affaires quotidien moyen peuvent également être imposées en cas de non-respect d'une décision de l'ANC dans un tel contexte.

[152] Le Code de droit économique contient des règles transposant la directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014.

[153] Voir par exemple art. 14 de la loi du 10 mai 2007 de lutte contre certaines formes de discrimination (Journal officiel du 30 mai 2007) qui contient une interdiction de discrimination. Cette interdiction de discrimination s'applique à l'accès à et à la vente de biens et services accessibles au public.

[154]Voir, en ce sens, arrêt CJUE du 9 décembre 1997, Commission c. République française, C-265/95, ECLI:EU:C:1997:595, point 66.

[155] Arrêt de la Cour constitutionnelle 17 octobre 2019, nr. 146/2019 (annulation).

constitutionnelle belge a jugé que la disposition attaquée entraînait une violation de la libre circulation des marchandises (telle que protégée par les articles 34 à 36 TFUE) et la disposition attaquée a été annulée.

ii. *Les difficultés qui se présentent aux entreprises pour lancer une action*

207. On peut citer l'"effet réflexe" du droit de la concurrence. En effet, le comportement d'une entreprise qui viole le droit de la concurrence (belge ou UE) constituera en principe[156] une pratique de marché déloyale[157]. À l'inverse, le comportement d'une entreprise autorisé par le droit de la concurrence, en principe, ne peut pas être interdit et sanctionné comme une pratique de marché déloyale au sens de l'article VI.104 du Code de droit économique lorsque la prétendue pratique déloyale de marché consiste uniquement à restreindre la concurrence entre entreprises, sauf en cas d'abus de droit[158]. Ce point de vue est largement accepté dans la jurisprudence belge[159]. Ceci ne s'applique que lorsque la prétendue pratique déloyale de marché consiste uniquement dans la restriction de la concurrence entre entreprises. Un comportement ayant des caractéristiques ou des effets substantiellement autres que la restriction de la concurrence entre entreprises peut être qualifié de pratique déloyale de marché[160].

208. Par ailleurs, des problèmes de compétence territoriale du juge belge (application du règlement "Bruxelles I *bis*") peuvent se poser.

209. L'ANC belge pourrait considérer dans certaines circonstances qu'il ne relève pas de ses priorités d'agir contre des sociétés ayant leur siège hors Belgique. Ainsi, en ce qui concerne les infractions transfrontalières au droit de la concurrence, le dépôt d'une plainte devient plus compliqué et offre moins de certitude: une telle plainte peut être déposée auprès de la Commission ou auprès de l'ANC de tout l'État membre dans lequel l'infraction a lieu. Bien qu'il existe des lignes directrices sur la répartition des enquêtes sur le droit de la concurrence entre les différents ANC, il n'y a pas de règles contraignantes qui apportent toujours une réponse efficace. De plus, les ANC disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire dans leurs décisions d'enquêter sur une infraction présumée. Il est donc possible qu'il y ait des enquêtes parallèles ou qu'aucune ANC ne souhaite enquêter sur la question.

---

[156] D. MERTENS, «Onrechtmatige mededinging. Artikel 95 WMPC » dans *Jura Falconis (éd.), De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast*, Anvers, Intersentia, 2012, 101-102; R. STEENNOT, précité, 61-62; D. VANDERMEERSCH, «Een door het mededingingsrecht toegelaten beperking van de mededinging strijdt op zich niet met de eerlijke handelspraktijken: De verkoopsweigering opnieuw bekeken», *TBH* 2000, 372.

[157] Voir arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1985, Arr.Cass. 1984-85, 1188 et du 31 janvier 2002, Arr.Cass. 2002, 313 (le non-respect, respectivement, d'une obligation légale ou d'une disposition impérative peut constituer une pratique commerciale déloyale).

[158] Arrêt de la Cour de cassation 7 janvier 2000, TBH 2000, p. 369-371.

[159] Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers du 21 décembre 2000, Jb.Markt. 2000, p. 622; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Tongres du 21 juin 2005, Jb.Markt. 2005, p. 981; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce d'Anvers 6 avril 2006, Jb.Markt. 2006, p. 556; Ordonnance du Président du Tribunal de commerce de Bruxelles 5 décembre 2012, Jb.Markt. 2012, 625-626 (« Depuis lors, la jurisprudence a unanimement jugé que le refus de contracter ne peut constituer un acte contraire aux pratiques loyales du marché que s'il est contraire au droit de la concurrence ou constitue un abus de droit »). Pour la doctrine juridique, voir également : B. KEIRSBILCK, « Overzicht van rechtspraak - Oneerlijke marktprakijken jegens personen andere dan consumenten (2011-2014) », TPR 2016, p.318.

[160] D. VANDERMEERSCH, «Een door het mededingingsrecht toegelaten beperking van de mededinging strijdt op zich niet met de eerlijke handelspraktijken: De verkoopsweigering opnieuw bekeken», *TBH* 2000, 372; R. STEENNOT, précité, 61.

210. Nous pouvons également citer le fait qu'en matière de demandes de dommages et intérêts, une partie peut être confrontée à des difficultés de preuve de l'étendue de son dommage.

211. En outre, nous pouvons relever la connaissance limitée des règles de concurrence par certains tribunaux et la possible longue durée des procédures.

212. Enfin, il convient de tenir compte du facteur de peur. En effet, les entreprises peuvent hésiter à agir contre d'autres acteurs (comme des fournisseurs) par crainte de subir des désavantages économiques ou des représailles allant jusqu'à la rupture de la relation contractuelle.

4. France

213. L'ANC française poursuit assez indifféremment les restrictions horizontales et verticales de concurrence sous l'angle des articles 101, paragraphe 1 TFUE et L. 420-1 du code de commerce français, en particulier lorsqu'elles portent sur les prix.

214. Lorsque les juridictions françaises ont à analyser des restrictions territoriales stipulées entre un fournisseur et son distributeur, elles s'appuient quasi-systématiquement sur le cadre juridique fixé par le droit UE de la concurrence. S'agissant des clauses d'exclusivité de fourniture ou d'approvisionnement stipulées dans le cadre de réseaux de distribution exclusive, elles bénéficient le plus souvent de la « zone de sécurité » conférée par la VBER aux accords stipulés entre entreprises occupant moins de 30 % de leurs marchés respectifs mais cette « zone de sécurité » ne bénéficie pas aux restrictions appliquées aux ventes passives en particulier.

a) Confirmation de la légalité des RTO par la jurisprudence

i. *Le cas des contrats de distribution stipulant des exclusivités*

215. Les restrictions imposées aux ventes actives qui se bornent à limiter le droit, pour un distributeur, de solliciter activement un client final en dehors du territoire qui lui est concédé, sont assez largement admises.

216. Les juridictions françaises admettent la validité des clauses d'exclusivité dans les conditions suivantes :

- la clause doit être expressément stipulée et déterminer précisément le territoire visé et les produits et services concernés[161] ;
- la clause ne doit pas affecter sensiblement la concurrence[162]. Les effets sur le marché doivent, selon la jurisprudence française, être appréciés *in concreto*[163] afin de couvrir l'ensemble des effets restrictifs potentiels, tels que le champ et la portée de

[161]Cour de cassation, chambre commerciale, 20 mars 2007, n° 05-13074.

[162]Cour d'appel de Paris, 4 avril 2006, n° 2005/14057, approuvant une décision du Conseil de la concurrence n° 05-D-32 du 22 juin 2005 *relative à des pratiques mises en œuvre par Royal Canin*.

[163]En ce sens : Cour de cassation, chambre commerciale, 29 novembre 2011, n° 10-24297.

l'exclusivité, la durée ou la combinaison dans le temps des contrats, les conditions de résiliation et de renouvellement, la position économique des opérateurs et les conditions régnant sur le marché en cause, ou encore la position des clients et fournisseurs.

217. Ce faisant, les juridictions françaises ont reconnu la validité :

- d'une clause par laquelle un fournisseur s'interdisait de créer tout autre point de vente ou succursale dans la ville désignée au contrat[164] ;
- de clauses d'exclusivité géographique et de distribution sélective imposées à des concessionnaires de motos par leur distributeur, de telles clauses n'ayant, *in concreto*, aucun effet sur la concurrence[165] ;
- de l'exclusivité territoriale accordée par Jeff de Bruges à ses franchisés[166].

218. En outre, l'ANC estime que n'est pas restrictive de la concurrence, une clause de quasi-exclusivité imposée par un opérateur téléphonique (SFR) à ses grossistes, qui devaient réaliser « *au moins 90% du nombre total des abonnements enregistrés par le grossiste à travers ses canaux de distribution et leurs points de vente en radiotéléphonie cellulaire en France* [à travers des] *lignes SFR validées par SFR* ». L'ANC a considéré que (i) la part de marché (36,5 %) de SFR était inférieure à celle du leader, (ii) les grossistes étaient libres de changer de fournisseur, au bout de trois ans, ou pouvaient renoncer à la convention, et (iii) aucune disposition contractuelle n'empêchait les distributeurs de conclure des contrats avec plusieurs grossistes, ce qu'ils faisaient déjà[167].

ii. *Les accords spécifiques à la distribution automobile*

219. Les juridictions françaises ont estimé qu'est conforme au droit de la concurrence :

- le fait, dans le cadre d'un système de distribution sélective de concessionnaires, d'interdire aux concessionnaires de procéder à des ventes actives dans les territoires des autres concessionnaires[168] ;
- la mise en place, par les concessionnaires et les producteurs de motos (notamment Honda et Kawasaki), d'un certain nombre de restrictions territoriales « mineures » à travers, notamment des objectifs de vente pour un territoire confié à un distributeur qui « *n'interdisent pas, sauf circonstances particulières non avérées en l'espèce, de procéder à des ventes, passives ou actives, hors du territoire concédé* »[169].

---

[164] Cour de cassation, chambre commerciale, 14 février 2012, n° 09-11690.

[165] Autorité de la concurrence, décision n° 07-D-25 du 25 juillet 2007 *relative aux saisines du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits*.

[166] Autorité de la concurrence, décision n° 07-D-04 du 24 janvier 2007 *relative à des pratiques mises en œuvre par le réseau de franchise Jeff de Bruges*.

[167] Conseil de la concurrence, 1er décembre 2004, décision n° 04-D-67 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements de téléphonie mobile.

[168] Cour d'appel de Paris, 28 mars 2017, n° 15/17742.

[169] Autorité de la concurrence, 25 juillet 2007, décision n° 07-D-25 relative aux saisines du Conseil national des professions de

b) Confirmation de l'illégalité des RTO par la jurisprudence

i. *Le cas des contrats de distribution stipulant des exclusivités*

220. La Cour d'appel de Paris a jugé qu'« un contrat de distribution exclusive, qui n'est pas en soi anticoncurrentiel, le devient s'il comporte une clause par laquelle le fournisseur interdit à son distributeur exclusif de répondre à des sollicitations de clients situés dans un territoire autre que celui faisant l'objet de l'exclusivité. Or, en l'espèce, la clause litigieuse, qui a pour effet d'interdire les exportations des produits hors du territoire français, constitue une restriction de concurrence caractérisée qui rend nul l'accord de distribution »[170].

221. L'ANC a récemment rappelé, s'agissant d'un réseau de distribution sélective comportant une exclusivité renforcée pour des concessionnaires de tracteurs que « *s'il peut être admis que les concessionnaires n'aient pas la possibilité de prospecter la clientèle située en dehors de leur territoire, ils doivent en revanche pouvoir vendre leurs tracteurs à tout client qui leur en fait la demande, quelle que soit sa situation géographique* »[171].

222. L'ANC a également condamné des restrictions plus sophistiquées. Elle a par exemple condamné un système de maillage territorial, mis en place par un groupement, qui arguait de la nécessité d'une telle restriction, qui serait nécessaire à la « *gestion de la proximité* » et « *permettrait de s'assurer que les membres du groupement fourniront un service de qualité aux clients dans un rayon d'action raisonnable* ». Le système de maillage territorial prévoyait notamment des reversements de chiffre d'affaires lorsqu'un adhérent intervenait en dehors de sa zone géographique. De fait, l'ANC a estimé que « *les restrictions imposées n'apparaissent pas proportionnées au progrès économique allégué* »[172].

ii. *Les accords spécifiques à la distribution automobile*

223. Les juridictions françaises ont estimé qu'étaient contraires au droit de la concurrence :

- un système d'agent relais mis en place par la société Renault, lequel opérait un cumul de concession exclusive et de distribution sélective sur le marché des services d'entretien dont il détenait plus de 40% des parts. Ce système constituait une restriction territoriale indirecte, considérée comme illicite[173] ;
- le fait pour un concessionnaire de tenter de contourner l'absence d'exclusivité avec son agent, en imposant des clauses incitant l'agent à se fournir auprès de lui et

l'automobile (CNPA) à l'encontre de certains constructeurs de motocycles concernant les conditions de distribution de leurs produits.

[170] Cour d'appel de Paris, 23 mai 2018, n° 16/04485, *SAS Y SPORTS IMPORTATEUR DISTRIBUTEUR*.

[171] Autorité de la concurrence, communiqué de presse du 7 mars 2018, *vente de tracteurs*.

[172] Autorité de la concurrence, 24 novembre 2016, décision n° 16-D-26 *relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Installateurs Français dans le secteur de la fourniture, l'installation et de la maintenance d'équipements professionnels de cuisine.*

[173] Cour d'appel de Paris, 19 septembre 2013, n° 12/16987, confirmé par Cour de cassation, chambre commerciale, 6 octobre 2015, n° 13-28212.

prévoyant la fixation d'objectifs annuels de commercialisation de pièces de rechange, conduisant, de fait, à un approvisionnement quasi-exclusif (95% des achats de pièces de la marque et 70% des achats totaux toutes marques confondues) [174].

c) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles

224. Au cours des vingt dernières années, l'ANC a sanctionné plusieurs ententes verticales de prix d'importance[175]. Les affaires concernant exclusivement des restrictions de nature territoriale ne sont toutefois pas si fréquentes :

- elles sont envisagées de façon indirecte, *via* la poursuite active et sévère des restrictions imposées aux ventes en ligne[176] ;
- elles sont également poursuivies sur le fondement de dispositions spéciales visant des situations économiques spécifiques telles que les textes réprimant l'abus de dépendance économique[177] ou l'interdiction quasi-systématique, depuis la loi « LUREL » de 2012, des droits exclusifs d'importation conférés à des entreprises opérant dans certains départements ou régions d'Outre-mer (zones insulaires plus difficiles d'accès ayant favorisé le développement de monopoles locaux pratiquant des prix supra-concurrentiels)[178].

i. *Certains droits exclusifs d'importation concernant l'Outre-mer*

225. Le droit français a introduit une prohibition spécifique de certaines exclusivités territoriales sur ses territoires ultra-marins.

226. L'article L. 420-2-1 du code de commerce (issu de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012) dispose ainsi que : « *[s]ont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises* ».

---

[174] Cour d'appel de Paris, 19 septembre 2013, n° 12/16987.

[175] A titre d'exemples, voir les récentes décisions Autorité de la concurrence, 21 juillet 2016, décision n° 16-D-17 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des appareils de chauffage mobiles à combustible liquide* et Autorité de la concurrence, 20 décembre 2018, décision n° 18-D-26 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique*.

[176] Autorité de la concurrence, 24 octobre 2018, décision n° 18-D-23. Décision confirmée sur le fond par Cour d'appel de Paris, 17 octobre 2019, n° 18/24456.

[177] Article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce : « *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme* ».

[178] Article L. 420-2-1 du code de commerce : « Sont prohibés, dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution et dans les collectivités d'outre-mer de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, de Saint-Pierre-et-Miquelon et de Wallis-et-Futuna, les accords ou pratiques concertées ayant pour objet ou pour effet d'accorder des droits exclusifs d'importation à une entreprise ou à un groupe d'entreprises ».

227. Cette interdiction est de portée générale et ne se limite pas à une catégorie de produits, par exemple les produits de grande consommation[179]. L'existence d'un transfert de propriété de produits contractuels entre fournisseur et importateur n'est de surcroît pas requise pour qu'un accord ou une pratique concertée entre dans le champ d'application de ce texte[180].

228. Sur cette base, l'ANC a sanctionné un certain nombre de contrats d'exclusivité.

229. A titre d'exemple, dans la décision précitée du 20 février 2018, l'ANC a condamné le groupe Dow Agrosciences, fabriquant d'un procédé de lutte contre les termites (Sentri Tech), qu'il commercialise dans différents territoires ultramarins par le biais de deux importateurs-grossistes. En vertu de leurs accords, le fabricant « *confiait l'importation et la commercialisation exclusive du procédé Sentri Tech à un seul importateur-grossiste respectivement sur les territoires de La Réunion et des Antilles et de la Guyane* ».

ii. *L'abus de dépendance économique*

230. L'article L. 420-2 al. 2 du Code de commerce sanctionne l'abus tenant à l'exploitation de la dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre : *« Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme. »*

231. La notion de *« dépendance économique »* n'étant pas définie par la loi, la jurisprudence et l'ANC ont progressivement dégagé quatre critères cumulatifs subordonnant la caractérisation d'une situation de dépendance économique[181] :

- la notoriété de la marque de l'entreprise en situation de force ;
- l'importance de sa part de marché ;
- l'importance de sa part dans le chiffre d'affaires de la victime, ce qui suppose que les parties entretiennent déjà une relation commerciale[182] ;
- l'impossibilité pour la victime de trouver une solution commerciale équivalente[183].

[179] Autorité de la concurrence, 20 février 2018, décision n° 18-D-03.

[180] *ibid.*, pt. 58.

[181] Cour d'appel de Paris, 10 décembre 2014, n° 11/13313 et Autorité de la concurrence, 3 mars 2010, décision n° 10-D-08 *relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité*.

[182] Voir, à ce titre, Conseil de la concurrence, 25 mars 1987, *Seda* : BOOC 2 avr. 1987 : le taux qualifié *« taux de menace »* est en principe supérieur à 50%.

[183] Voir, à ce titre, Conseil de la concurrence, 18 juin 1999, décision n° 96-D-446 : pour apprécier l'absence de solution équivalente, peuvent être prises en compte notamment la faiblesse des ressources financières de l'entreprise ou de ses marges, la durée et l'importance de la pratique de partenariat qu'elle a éventuellement nouée avec le distributeur.

232. Ce dernier critère avait été supprimé par la loi du 15 mai 2001[184], mais continue d'être appliqué par l'ANC[185] et la Cour de cassation[186]. L'appréciation de ce critère conduit l'ANC et les juges à rechercher s'il existe une alternative :

- « suffisante », c'est-à-dire s'il existe des fournisseurs ou des distributeurs concurrents avec lesquels l'entreprise victime pourrait contracter ; et
- « supportable », c'est-à-dire si les conditions commerciales alternatives n'entraînent pas pour cette entreprise des charges telles que sa capacité compétitive[187] serait gravement compromise.

233. En ce qui concerne le cas particulier de l'exclusivité de fourniture ou d'approvisionnement, la Cour de cassation considère que l'entreprise qui choisit délibérément de réserver l'essentiel de ses approvisionnements ou de ses fournitures à un partenaire commercial ne se trouve pas en état de dépendance économique[188] : *« (a)ttendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle avait constaté que les parties n'étaient liées par aucun écrit et par aucun engagement formel d'exclusivité » […] la cour d'appel, qui n'a pas vérifié de façon concrète si la société STP était, par le fait de la société Somaba, dans l'impossibilité de trouver d'autres débouchés sur le marché local concurrentiel de la réparation des conteneurs ou si elle avait négligé de s'assurer de solutions de substitution, n'a pas donné de base légale à sa décision ».*

234. On peut déduire, par une interprétation *a contrario* de cet arrêt, qu'un engagement formel d'exclusivité de fourniture ou d'approvisionnement peut constituer un indice (nécessaire mais pas suffisant) de l'existence d'une situation de dépendance économique[189].

235. Quant à l'état de dépendance du côté du fournisseur, il se déduit essentiellement, en pratique de la position « de force » du distributeur dans sa relation avec le fournisseur. Le critère prédominant demeure celui de la part du chiffre d'affaires réalisé avec le fournisseur dans le chiffre d'affaires global de celui-ci et dans celui du distributeur.

236. L'appréciation de l'ANC et des juges est, en la matière, restrictive. Ainsi, il a par exemple été considéré que des fournisseurs qui réalisaient jusqu'à 67.5% de leur chiffre d'affaires avec un distributeur n'étaient pas en situation de dépendance économique[190].

---

184 Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques.

185 Voir, par exemple, Autorité de la concurrence, 3 mars 2010, *préc.*

186 Voir, à titre d'illustration, Cour de cassation, chambre commerciale, 12 février 2013, n° 12-13.603.

187 Cour de cassation, chambre commerciale, 2 juin 1992, n° 90-18224 : pour les juges, une alternative existe dès lors que le distributeur a la possibilité de trouver un autre fournisseur, même à des conditions moins favorables.

188 Cour de cassation, chambre commerciale, 10 décembre 1996, n° 95-20931.

189 Voir, à titre d'exemple, Cour de cassation, chambre commerciale, 3 mars 2004, n° 02-14.529 : la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante, voire exclusive, de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur, ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique.

190 Conseil de la concurrence, 8 juin 1993, *Cora* : *BOCC* 25 juillet 1993. Décision confirmée par Cour d'appel de Paris, 25 mai 1994 : *BOCC* 24 juin 1994 puis par Cour de cassation, 10 décembre 1996, n° 94-16.192.

237. Quant à l'appréciation de l'état de dépendance du côté du distributeur, en pratique, l'état de dépendance d'un distributeur se déduit surtout de l'absence pour le distributeur de solution alternative viable.

238. En tout état de cause, l'abus de dépendance économique ne peut être caractérisé que si la concurrence est affectée sur le marché. Ainsi, ce dispositif n'est pas applicable dans une situation où l'état de dépendance et l'abus de cet état sont clairement établis, mais sans que le marché soit affecté[191]. En effet, le droit de la concurrence ne saurait être invoqué dans le seul but de corriger un « *abus de puissance contractuelle* »[192].

5. Pays-Bas

239. Il n'a pas été possible d'identifier de la jurisprudence concernant spécifiquement les RTO, mais uniquement des cas touchant indirectement à cette problématique et consistant dans une limitation ou une restriction de la possibilité pour un distributeur ou détaillant de se procurer ou de revendre des produits.

240. Un certain nombre d'affaires concernent notamment l'importation parallèle dans l'EEE depuis des pays tiers à l'EEE et la problématique de l'épuisement de droits de propriété intellectuelle, notamment de droits de marque. Ces affaires ne sont toutefois mentionnées dans le résumé ci-dessous que pour autant que la problématique de restrictions territoriales à l'intérieur de l'EEE est également relevée.

a) Confirmation de la légalité des RTO par la jurisprudence

241. Dans l'affaire ayant mené à l'arrêt ECLI:NL:HR:2006:AX3069, la Cour d'appel avait examiné la validité du système de distribution sélective des parfums du groupe Lancôme couvrant le territoire de l'UE et des territoires en dehors de l'UE, système dans le cadre duquel il était notamment interdit aux distributeurs de vendre les produits en cause aux consommateurs situés en dehors du territoire attribué à chacun des distributeurs. Kruidvat, un détaillant indépendant ne faisant pas partie du système de distribution, vendait dans ses magasins des parfums du groupe Lancôme reconditionnés. Les produits avaient été obtenus en dehors de l'EEE.

242. La Cour d'appel avait constaté que, malgré les restrictions territoriales, il n'existait pas de risque de répartition des marchés nationaux puisque les fournitures croisées entre distributeurs à l'intérieur de ce système étaient autorisées. En cassation, la Cour suprême a rejeté l'argumentation de Kruidvat selon laquelle la Cour d'appel aurait dû prendre en compte le fait que les distributeurs du système en cause ne pouvaient pas vendre à des consommateurs en dehors de leur territoire. Mais elle a retenu que la Cour d'appel avait suffisamment expliqué et motivé son appréciation selon laquelle le système de distribution de Lancôme n'empêchait pas les distributeurs agréés de revendre sur leur territoire des produits obtenus auprès d'autres distributeurs agréés

[191] Conseil de la concurrence, 13 décembre 1994, décision n° 94-D-60 *relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives*.

[192] P. BORRA, Rapp. AFEC 8 janvier 1993 – L. VOGEL, *Droit de la concurrence et puissance d'achat* : *JCP* E 1997, II, 713.

dans un autre pays de l'EEE. Lancôme pouvait donc empêcher Kruidvat de vendre dans ses magasins des produits reconditionnés obtenus en dehors de l'EEE.

243. L'arrêt ECLI:NL:HR:2010:BJ9352 concernait le système de distribution sélective de Fiat Auto S.p.A Alfa Romeo et son distributeur/importateur agréé ARN. Ce dernier avait introduit une action pour empêcher Multicar, un ancien distributeur agréé n'appartenant plus au système, d'acheter et revendre des voitures Alfa Romeo obtenues auprès de distributeurs agréés. Ces derniers, en effet, consciemment ou inconsciemment, violaient leur obligation de ne pas vendre les voitures à un distributeur non-agréé n'appartenant pas au système de distribution. En cassation, la Cour suprême a conclu, en substance, que si un vendeur qui n'est pas lié au système de distribution

- commercialise des produits obtenus en profitant délibérément du fait qu'un distributeur agréé/concessionnaire, qui fait partie du système de distribution sélective, viole une obligation contractuelle lui imposée au distributeur dans le cadre de la revente de ces produits;
- entre en concurrence avec des concessionnaires soumis aux mêmes obligations contractuelles en commercialisant ces produits; et
- ce faisant profite, dans son propre intérêt, du fait que ces concessionnaires sont dans une position défavorable vis-à-vis de lui en raison du respect, par ces concessionnaires, de leur obligation contractuelle,

cela peut être un acte de concurrence déloyale vis-à-vis de ces distributeurs agréés. En outre, la concurrence déloyale ainsi décrite peut être illégale si le système de distribution s'en retrouve affaibli, par exemple parce que d'autres concessionnaires seraient également enclins à ne pas respecter leurs obligations ou à mettre fin à leur participation au système ou parce que des tiers ne veulent pas entrer dans le système pour cette raison.

244. La Cour d'appel avait laissé ouverte la question de savoir si les concessionnaires d'ARN et du système de distribution de Fiat étaient dans une position défavorable vis-à-vis de Multicar. La Cour suprême, en évaluant la plainte d'ARN, a considéré qu'il fallait supposer que tel était le cas ; elle a retenu que le fait que cette position défavorable soit la conséquence du système de distribution choisi par ARN et Fiat et des normes de vente applicables pouvait conduire à conclure qu'il y avait une concurrence déloyale de Multicar vis-à-vis des concessionnaires à qui le choix du distributeur/producteur pour certaines normes de vente dans le système de distribution ne peut généralement pas être attribué.

245. Toutefois, dans certaines circonstances, le choix du producteur/distributeur pour certaines normes de vente pourrait influencer sur la réponse à la question de savoir si la concurrence susmentionnée est déloyale à son égard, mais de telles circonstances n'avaient pas été révélées par la Cour d'appel.

246. En conclusion, ARN pouvait demander à Multicar de s'abstenir d'acheter de nouvelles voitures Alfa Romeo.

247. Enfin, l'arrêt ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5770 concernait un système de distribution exclusive de peintures de voitures entre BASF et son distributeur VCW. En application de ce système, huit distributeurs avaient un territoire exclusif à servir, la province d'Hollande du Sud (Zuid-Holland) ayant été allouée à VCW. BASF avait interdiction de vendre dans le territoire de VCW. Lorsque BASF a voulu commencer à servir lui-même les Pays-Bas, VCW s'est plaint des activités de BASF sur son territoire. BASF avait notamment publié des annonces dans des revues commerciales nationales et via internet.

248. En ce qui concerne les publicités dans les revues spécialisées nationales et les publicités sur Internet, le tribunal a fait observer que les parties ne contestaient pas que BASF n'était pas autorisé à vendre activement des produits R-M dans la zone de vente de VCW. Cependant, BASF faisait valoir que la publicité devait être considérée comme une vente passive. Le tribunal a jugé que, pour évaluer si un fournisseur qui a un accord de distribution exclusive avec un distributeur est autorisé à exercer des activités de vente, la distinction entre les ventes actives et passives est importante et que, en principe, en droit de la concurrence, un accord de distribution exclusive est contraire à l'interdiction des ententes s'il conduit à une protection territoriale complète pour le distributeur exclusif. Pour cette raison, les exemptions par catégorie au niveau du droit de l'Union ne permettent de restreindre les ventes actives que dans la zone exclusivement réservée à un distributeur ; seul le distributeur (et non, par exemple, le fournisseur) peut vendre activement. Compte tenu de ce qui précède, le tribunal a estimé que BASF devait s'abstenir de toute vente active dans le territoire de VCW, mais que la vente passive était, en principe, autorisée.

b) Confirmation de l'illégalité des RTO par la jurisprudence

249. Dans l'affaire ayant mené à l'arrêt ECLI :NL :RBROT :2004 :AO3912, l'ANC néerlandaise avait jugé contraire au droit de la concurrence une clause interdisant à un exploitant de magasins de vêtements, Chilly, de revendre les vêtements haut de gamme en cause à d'autres clients que des consommateurs finaux depuis un établissement particulier, restriction imposée par le distributeur de ces vêtements, Secon. Le détaillant avait notamment interdiction de revendre, sans le consentement du distributeur, à d'autres établissements ou à d'autres détaillants ou grossistes. Le tribunal a confirmé la position de l'ANC et retenu qu'une telle pratique affectaient les entreprises dans l'aspect essentiel de leur liberté d'agir et dans la capacité de rivaliser avec d'autres entreprises sur le marché, par exemple si, à cause de circonstances imprévues, le détaillant voulait se défaire d'un excédent de vêtements achetés.

250. En appel, le jugement a toutefois été annulé (ECLI:NL:CBB:2005 :AU8309). La cour administrative supérieure a notamment considéré que l'ANC n'avait pas suffisamment évalué la situation concrète dans laquelle l'accord entre Secon et Chilly avait pris effet. En particulier, l'appréciation de l'effet de l'accord sur le marché en cause n'avait pas pris en compte la taille et la position des entreprises concernées sur ce marché, la structure des marchés en cause ou les autres circonstances concrètes dans lesquelles l'accord avait été mis en œuvre.

251. Dans l'arrêt ECLI:NL:RBARN:2007:BB6865, le tribunal s'est prononcé sur une clause interdisant à chacune des parties à un accord de fournir des produits à des clients qui les commercialisent sur le territoire de l'autre. La question était soulevée dans le cadre d'un accord entre deux parties concurrentes actives dans la revente de produits alimentaires, l'une livrant le marché allemand et l'autre le marché néerlandais.

252. Le tribunal a notamment considéré que le fait que la clause n'était pas formulée comme une obligation d'empêcher les parties de livrer dans un pays particulier, mais comme une interdiction de vendre à un client qui livrerait dans un pays particulier ne fait aucune différence pour l'effet de la clause. Il s'agissait d'une clause visant à diviser le marché entre deux concurrents avec, pour chacun des marchés, une protection territoriale absolue. Le fait que la clause ait également poursuivi ou ait pu avoir poursuivi plusieurs objectifs ne remettait pas en cause le fait que ce cloisonnement du marché résultat d'une intention explicite de la clause. Le tribunal a conclu, en substance, qu'il s'agissait d'une restriction par objet contraire à l'article 101 du TFUE et que dès lors la clause était nulle et non-avenue.

253. Enfin, l'arrêt ECLI:NL : GHARL :2016 :7947 concernait un litige entre FHI MT, une organisation représentative néerlandaise pour la technologie médicale dont les membres étaient des prestataires de soins de santé qui distribuent des préparations diététiques. Le défendeur, VGZ, était un grand groupe d'assurance-maladie néerlandais dont les accords avec des prestataires de soins de santé contenaient une clause les obligeant à acheter certains produits uniquement directement auprès du fournisseur du produit préféré, à savoir Fresenius.

254. La Cour d'appel a rappelé la jurisprudence de la CJUE dans le domaine du commerce parallèle, selon laquelle les accords qui l'interdisent ou restreignent le commerce parallèle ont en principe pour objet une restriction de la concurrence. Elle a conclu que la stipulation litigieuse ne permettait pas aux acheteurs d'acheter les produits en question à un tiers autre que le distributeur désigné et qu'elle était, par sa nature même, susceptible d'affecter les échanges entre États membres et de restreindre la concurrence.

c) Moyens juridiques dont disposent les entreprises pour se défendre contre des RTO et difficultés qui se présentent à elles

255. Aux Pays-Bas, les entreprises invoquent régulièrement la violation du droit de la concurrence dans les litiges devant la juridiction nationale.

256. Le cadre juridique se compose du Code civil néerlandais et des règles (européennes) spécifiques en matière de concurrence (loi sur la concurrence et TFUE). La plupart des réclamations sont fondées sur un acte illégal présumé de la partie défenderesse dont il faut prouver qu'il s'agit d'un acte illégal (i) imputable à la partie défenderesse et (ii) qui a causé au requérant (iii) un préjudice. Il n'y a aucune obligation de verser une indemnité au requérant si la règle ou la loi enfreinte ne protège pas la partie lésée contre les dommages subis. La règle violée doit donc viser à prévenir les dommages subis par le requérant.

257. Pour introduire une action en justice aux Pays-Bas, le demandeur doit être une personne physique ou morale. Ladite action ne peut être engagée que devant un tribunal qui est compétent sur le fond (compétence absolue) et du point de vue territorial (compétence relative). Le Code civil prévoit un délai de prescription spécifique pour les demandes de dommages et intérêts liées au droit de la concurrence:

- un délai de prescription de cinq ans qui commence à courir le lendemain du jour où l'infraction a cessé et lorsque la partie lésée a eu connaissance ou peut raisonnablement être supposée avoir pris connaissance de l'infraction, du fait que l'infraction lui a causé un préjudice, et de l'identité du contrefacteur; et, en tout cas
- un délai de prescription de 20 ans qui débute le lendemain du jour où l'infraction a pris fin.

258. Les Pays-Bas sont un pays privilégié pour déposer des demandes de réparation en droit de la concurrence[193]. Cela découle très probablement de certains avantages du système néerlandais, notamment:

- les coûts (relativement) faibles de la procédure et des conseils externes;
- l'efficacité de la procédure;
- l'expertise et l'approche pragmatique du pouvoir judiciaire;
- les possibilités bien développées d'obtenir la production de documents par rapport à d'autres juridictions de droit civil.

259. Cependant, dans l'arrêt IATA (ECLI: NL: HR: 2012: BX0345) la Cour suprême a imposé une lourde charge de la preuve à l'appelant dans des affaires autonomes. L'arrêt décide qu'un requérant qui allègue une violation du droit de la concurrence doit étayer cela par les faits et circonstances (économiques) pertinents, afin qu'un débat (économique) adéquat et bien-fondé entre parties et un jugement ultérieur soit rendu possible. La question de savoir dans quelle mesure les faits et circonstances (économiques) d'un cas particulier doivent être établis et, en cas de différend, étayés ne peut être résolue de manière générale. Cela dépend des circonstances de l'affaire, y compris la la nature et la gravité de l'infraction alléguée et la complexité des marchés concernés.

260. Alternativement les entreprises peuvent dénoncer ou notifier une affaire à l'Autorité Consommateur et Marché (« *Autoriteit Consument en Markt* »), l'ANC néerlandaise, s'il y a suspicion de violation d'une règle dans la compétence de l'ANC, dont notamment le droit de la concurrence. L'ANC peut infliger des amendes aux entreprises pour infraction aux règles de concurrence. Toutefois, l'ANC a une politique de priorisation des affaires avant d'enquêter sur un cas. Il se peut donc qu'elle ne considère pas prioritaire de telles demandes, comme on peut le déduire de l'absence de décisions pertinentes de sa part relevées dans cet examen. Si l'ANC décide d'enquêter, il peut s'écouler un certain temps avant qu'elle infliger une amende à une entreprise, généralement un à deux ans.

[193] Voir aussi K. GOTTS, *Private Competition Enforcement Review*, The Law Reviews, 2019.

6. Conclusion intermédiaire: constat des difficultés et remèdes proposés

261. Le principal constat du résumé ci-dessus est que les décisions des ANC ou tribunaux rendues dans les Etats membres concernés visant directement la problématique des RTO sont peu nombreuses. Au vu des conclusions des études existantes mentionnées aux points 2 à 5 ci-dessus, identifiant les RTO comme une réelle problématique pour les acteurs économiques, notamment au Benelux, cela peut surprendre.

262. De toute évidence, les ANC et tribunaux nationaux appliquent les principes développés au niveau de l'Union: des formes de restrictions territoriales absolues et notamment la restriction des ventes passives sont remises en cause et sanctionnées, y compris les interdictions absolues de ventes en ligne.

263. Le pouvoir discrétionnaire des ANC dans la poursuite des prétendues infractions qui leur sont soumises pose une difficulté aux entreprises faisant face à des RTO. Il n'est pas évident de remettre en cause devant les tribunaux de telles pratiques à la marge de ce qui est permis par la VBER. Le standard de preuve élevé pour obtenir des dommages et intérêts, notamment pour quantifier le dommage, constitue également une difficulté. Notons, à cet égard, que, si les législations de toutes les juridictions facilitent désormais les litiges privés en matière de droit de la concurrence par le biais de la transposition de la directive sur le actions en dommages et intérêts du fait de pratiques de anticoncurrentielles, certains Etats membres, tels que les Pays-Bas, semblent être des juridictions privilégiées pour l'introduction de tels litiges.

264. Relevons aussi que certaines juridictions permettent la remise en cause d'un refus de vente aussi sur d'autres bases que le droit de la concurrence. Le droit belge reconnaît ainsi la légalité en soi d'un refus de vente, le refus de vente peut constituer une pratique de commerce déloyale, notamment s'il peut être qualifié d'abus de droit. Même s'il est difficile à prouver, l'abus de droit semble pouvoir être un moyen de droit envisageable dans certains cas.

265. L'évolution de certaines juridictions vers la reconnaissance d'une infraction au droit de la concurrence pour des pratiques unilatérales en-dessous du standard prévu à l'article 102 du TFUE d'un abus de position dominante mérite une mention particulière. Cela peut être un moyen de remettre en cause notamment des refus de vente. Le droit français intègre cette possibilité depuis plus longtemps, ce qui a permis à la jurisprudence de préciser certaines conditions de son application. Par exemple, un engagement formel d'exclusivité de fourniture ou d'approvisionnement peut constituer un indice, nécessaire mais pas suffisant, d'un état de dépendance économique. En tout état de cause, la partie requérante devra prouver l'affectation de la concurrence sur le marché.

CHAPITRE III : LE LUXEMBOURG

1. Dispositions légales et réglementaires encadrant les RTO et leur application

a) Le droit de la concurrence

i. *Les textes pertinents*

266. La loi sur la concurrence[194] sanctionne, à l'instar de l'article 101 du TFUE, les accords horizontaux et verticaux ayant pour objet ou pour effet d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. L'article 101, paragraphe 3 TFUE, est reflété à l'article 4 de ladite loi, qui prévoit les conditions d'exemption. Son article 5 interdit, comme l'article du 102 TFUE, les abus de position dominante. Par ailleurs, elle décrit les types de décision que le Conseil de la concurrence peut adopter (constatation et cessation d'une infraction, mesures conservatoires ou engagements), ses pouvoirs d'enquête et les sanctions qu'il peut imposer (amendes et astreintes).

267. La loi sur les actions en dommages et intérêts a transposé la directive sur les actions en dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles. Comme cette directive, elle définit, en substance, des règles facilitant la preuve dans des actions en dommages et intérêts visant la réparation d'un préjudice causé par une violation du droit de la concurrence de l'UE ou national.

ii. *Mise en œuvre*

268. Le Conseil de la concurrence, l'ANC luxembourgeoise, peut agir de sa propre initiative ou sur la base d'une demande de toute personne morale ou physique faisant valoir un intérêt légitime ou à la demande du ministre[195]. Comme il ressort des règles du droit de l'Union décrite aux points 126 et suivants ci-dessus, l'ANC peut appliquer les articles 101 et 102 du TFUE et/ou le droit national de la concurrence, une affaire affectant le commerce entre Etats membres pouvant être réattribuée, le cas échéant, dans le cadre du REC, à l'autorité nationale la mieux placée ou à la Commission.

269. Même si les entreprises luxembourgeoises qui se considèrent affectées par des RTO peuvent saisir l'ANC en introduisant une plainte, nous n'avons pas identifié dans sa jurisprudence des décisions qui concernent cette problématique[196]. Aucune des affaires

---

[194] Le Projet de loi N° 7479/00 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence abrogera la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence. Ce projet de texte vise d'une part, à transposer en droit interne la Directive (UE) 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des Etats membres de moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur et, d'autre part, à opérer une adaptation de la législation actuelle en matière de concurrence, par une refonte de celle-ci. Son impact est ne nature organisationnelle, le Conseil de la concurrence devenant un établissement public lui permettant d'agir en justice en toute indépendance. Les règles de fond ne sont pas affectées de sorte que ce projet législatif ne sera pas discuté davantage.

[195] Article 10 de la loi sur la concurrence. Notons également le pouvoir du Conseil de la concurrence de déposer des conclusions devant les juridictions de l'ordre judiciaire (article 33).

[196] Le rapport d'enquête du Conseil de la concurrence mentionné au point 5 ci-dessus ne fait d'ailleurs pas non plus état de cas concrets pertinents.

fondées sur l'article 101 du TFUE/article 3 de la loi sur la concurrence depuis 2007 n'est pertinente.

270. Il en va de même pour les cas d'abus de position dominante. Nous pouvons toutefois relever une affaire dans le cadre de laquelle le Conseil de la concurrence a examiné un cas de refus de vente, quoique hors contexte territorial. Dans l'affaire *Rock Fernand Distributions c. Tanklux*[197], il était reproché à Tanklux, société exploitant les installations de stockage de produits pétroliers situées dans le port fluvial de Mertert, de refuser abusivement de concéder des capacités de stockage à Rock Fernand Distributions. Il ressort de la décision du Conseil de la concurrence que celui-ci a considéré que le refus de contracter avec une autre entreprise peut constituer un abus de position dominante si le refus ne peut pas faire l'objet d'une justification objective mais découle d'une volonté de limiter la concurrence sur le marché. Une justification objective avait été apportée en l'espèce[198]. De toute évidence, un refus de vente qui reposerait sur un système de distribution menant à un cloisonnement territorial absolu ne pourrait que difficilement être considéré comme justifié objectivement. Un tel cas pourrait être examiné sans doute plus facilement sous l'angle de l'article 101 du TFUE/l'article 3 de la loi sur la concurrence sauf si la restriction résultait de termes imposés par un producteur/fournisseur à des filiales. Dans un tel cas, la voie de l'abus de position dominante pourrait être examinée (voir le cas d'AB Inbev signalé aux points 111 et suivants ci-dessus) en fonction toutefois de la situation du marché concerné en cause.

271. Quant aux juridictions nationales, qui peuvent également appliquer le droit national de la concurrence et les articles 101 et 102 TFUE (voir points 140 et suivants ci-dessus), un constat similaire s'impose : nous n'avons pu identifier aucune affaire réellement pertinente pour l'examen des RTO. Dans quelques affaires anciennes, les juridictions ont été appelées à examiner une clause d'exclusivité dans le contexte de contrats de distribution de bière. Dans une affaire de 1997[199], la Cour d'appel a rejeté un moyen tiré de la violation de l'article 101 du TFUE (article 81 CE à l'époque) en concluant à l'absence d'affectation du commerce entre Etats membres. Par ailleurs, des restrictions imposées dans le cadre de contrats de distribution sélective ont, par le passé, parfois été examinées sous l'angle de la législation sur la concurrence déloyale de l'époque. Nous reviendrons sur la possibilité de moyens d'action tirés du caractère prétendument déloyal de certains actes au point b) ci-dessous. Relevons toutefois que dans le cadre d'une telle affaire[200], la Cour d'appel a été appelée à se pencher sur le caractère licite du point de vue de l'article 101 du TFUE (article 81 CE) de critères de sélection posées par

[197] Décision 2007-FO-01 du 23 avril 2007, Rock Fernand Distributions c. Tanklux.

[198] Dans une autre décision concernant un refus de vente, la décision 2010-FO-03 du 10 décembre 2010, Heintz van Landewyck, il était reproché aux sociétés du groupe Heintz van Landewyck, producteur de produits de tabac, de refuser de contracter avec Tabagro, une société qui commercialise en gros des produits de tabac manufacturé et de cigarettes, mais le Conseil de la concurrence constate que Heintz van Landewyck n'occupait pas de position dominante sur le marché national de la vente en gros de produits de tabac de sorte que les griefs étaient rejetés sur cette base sans examen concret de l'existence d'un éventuel abus.

[199] Arrêt commercial, Van Valen – Karlsberg Brauerei KG Weber, 17 décembre 1997, CA 9ième ch, Pas., 30, 1996-1998, p. 305.

[200] Arrêt du 22 octobre 1997, Auchan Luxembourg-Textiles S.A.-Parfums Christian Dior S.A. et consorts, Pas., 30, p.273, confirmé par arrêt de la Cour de Cassation du 29 octobre 1998. Pas., 31, p. 7.

des réseaux de distribution sélective de marques de parfums, mais non sur des questions de restrictions territoriales.

272. Enfin, s'agissant des possibilités offertes par la loi sur les actions en dommages et intérêts, à notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence à ce jour sur l'application de cette loi.

b) Autres bases légales

i. *Introduction : la concurrence déloyale, autres régimes spécifiques ou responsabilité civile ?*

273. Quant à la législation sur la concurrence déloyale, elle est, depuis la loi du 23 décembre 2016, qui a abrogé la loi du 30 juillet 2002, réduite au strict minimum. La loi du 23 décembre 2016, en effet, adoptée pour répondre à la mise en demeure de la Commission de se conformer à la directive 2005/29/CE, n'a pas repris la notion de concurrence déloyale, déjà couverte, outre par le droit de la concurrence, par le Code de la consommation dont les dispositions sur les pratiques commerciales déloyales s'appliquent à toutes les pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs et dès lors, « *protègent aussi indirectement les entreprises contre les concurrents qui ne suivent pas les règles du jeu fixées par la directive, garantissant ainsi une concurrence loyale* »[201].

274. L'article 14 de la loi du 30 juillet 2002 définissait déjà la concurrence déloyale de manière assez étroite[202] et ses conditions d'application étaient très strictes. Seuls pouvaient agir en concurrence déloyale les commerçants qui se trouvaient en concurrence directe avec le commerçant déloyal, qu'il s'agisse du territoire sur lequel ils exerçaient leur activité ou des produits qu'ils vendaient. Cette loi ne pouvait viser les comportements aujourd'hui reprochés aux fournisseurs étrangers qui refusent d'approvisionner les distributeurs luxembourgeois et n'a en toute hypothèse jamais été invoquée à l'appui d'une telle demande lorsqu'elle était encore en vigueur. Il n'existe à notre connaissance aucune décision en la matière.

275. La loi actuelle sur la concurrence déloyale ne peut pas plus que la précédente permettre de trouver une solution au problème des restrictions territoriales de l'offre.

276. Il n'existe pas non plus, en droit luxembourgeois, de réglementation générale de la distribution susceptible de fournir une solution au distributeur luxembourgeois, victime d'une RTO. Nous n'avons pas identifié de décisions sanctionnant le refus de vente ou l'abus de dépendance économique.

277. A défaut de règles permettant aux distributeurs luxembourgeois d'empêcher leur fournisseur étranger de restreindre leurs possibilités de s'approvisionner librement dans

[201] Doc. Parl. 7038, exposé des motifs, p. 6.

[202] « *Commet un acte de concurrence déloyale toute personne qui exerce une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale qui, par un acte contraire soit aux usages honnêtes en matière commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, soit à un engagement contractuel, enlève ou tente d'enlever à ses concurrents ou à l'un d'eux une partie de leur clientèle ou porte atteinte ou tente de porter atteinte à leur capacité de concurrence*. »

l'Etat membre de son choix, les règles de la responsabilité civile peuvent peut-être leur permettre de dissuader ces fournisseurs, pour l'avenir, de leur opposer, directement ou indirectement, ces RTO.

278. Cette responsabilité pourra être recherchée sur la base délictuelle ou contractuelle selon le mécanisme conduisant à ces RTO.

279. Les règles luxembourgeoises relatives à la responsabilité civile trouvent leur source essentiellement dans la jurisprudence. En effet, le droit luxembourgeois de la responsabilité civile, inspiré du droit français, n'a pu se baser que sur quelques dispositions du Code civil pour se construire, ce qui a conduit les tribunaux luxembourgeois à créer des règles en la matière.

280. Suivant ces règles, la responsabilité d'un individu entre en jeu lorsqu'il adopte un comportement dommageable causant un préjudice à autrui, dommage qu'il convient dès lors de réparer. Dit autrement, toute action en responsabilité civile, qu'elle soit basée sur un contrat ou non, devra réunir trois conditions essentielles – un fait générateur de responsabilité, un dommage et un lien de causalité entre les deux premiers[203].

281. La responsabilité peut être engagée sur plusieurs bases, une base délictuelle lorsqu'il s'agit de réparer un dommage causé en dehors de toute relation contractuelle, ou contractuelle, la responsabilité qui se déduit de l'inexécution d'un contrat étant alors envisagée comme un effet de l'obligation contractée[204].

ii. *La responsabilité contractuelle*

282. Nous supposons qu'en cas de RTO, la responsabilité recherchée par le distributeur luxembourgeois sera rarement contractuelle, mais cette hypothèse n'est pas exclue.

283. Tel pourrait être le cas si le distributeur luxembourgeois était lié contractuellement à son fournisseur attitré par un contrat mettant en place un approvisionnement exclusif auprès de ce fournisseur, sans possibilité pour le distributeur de se tourner pour le même produit vers un autre fournisseur plus compétitif.

284. Le distributeur pourrait faire valoir que telle clause d'approvisionnement exclusif est abusive et en déduire, sur la base contractuelle, un droit à dédommagement.

285. Pour que les règles de la responsabilité contractuelle puissent être déclenchées, il faut que le dommage subi par la victime s'inscrive dans un champ contractuel et qu'il procède de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat[205].

286. En revanche, si la défaillance du débiteur ne consiste pas dans l'inexécution d'une obligation contractuelle, ce sont les règles de la responsabilité délictuelle qui sont

[203] *Droit du Luxembourg*, Association Henri Capitant, LGDJ, p.83.

[204] G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques,* 3e édition, n°20, p.35.

[205] G. RAVARANI, n°478, p.501.

déclenchées, alors même qu'il existe un lien contractuel entre les individus en question. Ce qui compte dès lors c'est qu'il existe un rapport entre le contrat et le dommage[206].

287. Cette inexécution ou mauvaise exécution contractuelle se résout, selon l'article 1142 du Code civil, en dommages et intérêts. Ce qui est exigé, c'est que la façon dont les obligations contractuelles sont exécutées, ou même non exécutées, cause un préjudice.

288. Mais dans le contexte des RTO, lorsqu'un contrat, qui a été souscrit entre le distributeur luxembourgeois et un fournisseur, contient une clause qui interdit à l'entreprise luxembourgeoise de s'approvisionner auprès d'un autre fournisseur, c'est l'existence même de cette clause qui cause un préjudice à l'entreprise luxembourgeoise et non l'exécution du contrat en tant que telle.

289. Il est donc *a priori* exclu que le distributeur luxembourgeois puisse mettre en cause la responsabilité contractuelle de son co-contractant fournisseur en raison de ce que cette clause lui aurait été imposée.

290. La seule voie qui semble dès lors envisageable pour dénoncer cette clause, c'est une action en nullité de la clause abusive et/ou du contrat qui la contient.

iii. *Les clauses abusives*

291. Soulignons d'emblée qu'à l'heure actuelle, le droit luxembourgeois ne sanctionne les clauses abusives que lorsqu'elles figurent dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur. Cette règlementation n'est donc d'aucun secours pour le distributeur auquel son fournisseur oppose une RTO. On considère en effet que les professionnels sont libres d'introduire dans leur contrat ce qu'ils veulent à condition de ne pas entraver l'ordre public et qu'ils n'ont pas besoin de la protection offerte aux consommateurs contre des déséquilibres excessifs des droits et obligations à leur détriment.

292. L'article L.212-2 (1) du Code de la consommation dispose en effet que « *[d]ans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, toute clause ou toute combinaison de clauses qui entraîne dans le contrat un déséquilibre des droits et obligations au préjudice du consommateur est abusive et, comme telle, réputée nulle et non écrite*. »

293. A défaut de législation nationale spécifique sur les clauses abusives entre entreprises, qui sanctionnerait, par la nullité ou la responsabilité, de telles clauses, aucune action n'est envisageable pour le distributeur luxembourgeois lié à son fournisseur par une clause d'approvisionnement exclusif.

294. À notre connaissance, il n'existe pas de jurisprudence en la matière.

– Abus de droit

[206] G. RAVARANI, n°498, p.522.

295. Le distributeur luxembourgeois pourrait encore envisager de faire sanctionner l'abus de son droit d'imposer de telles clauses exercé par son cocontractant fournisseur.

296. L'article 6-1 du Code civil prévoit en effet que « [t]*out acte ou tout fait qui excède manifestement, par l'intention de son auteur, par son objet ou par les circonstances dans lesquelles il est intervenu, l'exercice normal d'un droit, n'est pas protégé par la loi, engage la responsabilité de son auteur et peut donner lieu à une action en cessation pour empêcher la persistance dans l'abus* ».

297. Mais cette disposition n'a vocation à s'appliquer que dans un environnement libre de tout lien contractuel.

298. En matière contractuelle, l'abus du droit d'imposer une clause pourrait tout au plus être sanctionné par une nullité pour vice du consentement, si les conditions de cette action étaient remplies.

- Vice du consentement

299. Aux termes de l'article 1109 du Code civil « *il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol* ».

300. Pour ce qui est plus particulièrement de la violence, l'article 1117 du Code civil sanctionne ce vice de consentement par une action en nullité ou en rescision[207]. Il s'agit d'une nullité relative, qui ne peut être invoquée que par le co-contractant victime de violence, et non d'une nullité absolue.

301. La violence est encore définie par l'article 1112 du Code civil comme un fait qui est « *de nature à faire impression sur une personne raisonnable, et [qui] peut lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent* ».

302. S'il est vrai que le vice de violence peut entraîner l'annulation d'un contrat déséquilibré dont la signature a été obtenue en exploitant abusivement une situation de faiblesse économique, les juridictions luxembourgeoises se sont montrées assez restrictives pour accueillir une telle action[208].

303. La Cour d'appel de Luxembourg a retenu, dans une affaire relative à un cautionnement, que « *la violence n'est pas établie par le seul état de dépendance économique d'une partie à l'égard de l'autre dès lors que celle-ci n'en profite pas pour imposer des conditions anormales. (…) Pour des raisons élémentaires de sécurité juridique, on ne peut, en effet, admettre l'anéantissement d'un contrat conclu sous la contrainte économique que si des conditions supplémentaires sont remplies, tant il est vrai que la conclusion d'un contrat s'inscrit souvent dans un rapport de forces. (…) La violence économique, qui est à apprécier in concreto, ne saurait ainsi être constituée*

[207] « la convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit ; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqué à la section VII du chapitre V du présent titre».

[208] P. ANCEL et A. PRÜM, *Réformer le droit des contrats ?*, Analyse comparé autour du droit luxembourgeois, Editions Larcier, 2020, p.306.

uniquement par les difficultés économiques d'une entreprise ou résulter du seul usage par le fournisseur de sa force économique dans des rapports avec des dirigeants d'entreprise rompus aux affaires. Comme seuls des abus perpétrés en situation de domination ou de dépendance économique sont répréhensibles, on doit, par exemple, être en présence de conditions commerciales injustifiées, de perturbations du jeu de l'offre et de la demande »[209].

304. Cet arrêt nous enseigne ainsi que dans certains cas, la violence économique pourrait entraîner la nullité du contrat. Selon la Cour d'appel, « *Le contrat doit présenter pour la victime un caractère désavantageux : seule l'exploitation de la situation par le cocontractant caractérise la violence cause d'annulation. La contrainte économique devant être illégitime, il faut que le contractant en position de force abuse de la situation pour obtenir un avantage excessif. (…) Il faut que le cocontractant ait profité de la situation de détresse économique et de l'impossibilité de négocier, dans laquelle se trouvait son partenaire, pour lui imposer un contrat profondément déséquilibré dont il retire un profit ou un avantage excessif. Le cocontractant doit avoir abusé de l'inégalité contractuelle qui présidait à la conclusion du contrat et procédait à la contrainte économique dont son partenaire était victime, pour confisquer l'intérêt du contrat à son profit exclusif et créer, en raison de ce déséquilibre excessif, une injustice contractuelle inadmissible* »[210].

305. Dans notre hypothèse, le contrat contenant une clause d'approvisionnement exclusif auprès d'un fournisseur pratiquant des tarifs supérieurs aux autres est manifestement désavantageux pour le distributeur luxembourgeois et l'on peut considérer qu'il a été obtenu sous la contrainte. Mais ce déséquilibre pourrait-il être considéré par la juridiction comme excessif au point d'entraîner une injustice contractuelle inadmissible, ce qui pourrait conduire à l'annulation de l'intégralité du contrat ? Ce n'est pas certain.

306. A l'exception d'un arrêt postérieur à la décision de juillet 2013, lui aussi rendu en matière de cautionnement et qui va dans le même sens que l'arrêt de 2013, il n'existe pas, selon nos informations, de jurisprudence autre sur cette question.

307. Si le distributeur voulait néanmoins agir en nullité de la clause dont il estime qu'elle lui a été imposée par violence, il devrait porter la demande – il s'agit d'une demande au fond – devant la juridiction compétente.

308. Les parties contractantes étant situées dans des Etats-membres différents, la juridiction compétente se détermine selon les règles de l'UE relatives à la compétence prévues par le règlement « Bruxelles I *bis* ».

309. La compétence de principe du règlement « Bruxelles I *bis* » est celle du domicile du défendeur (article 4). Cependant l'article 7 du même règlement prévoit des compétences spéciales. Ainsi, le défendeur peut être attrait en matière contractuelle, devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation. Ce lieu d'exécution de

[209] Arrêt commercial du 10/7/13, n° 38314 du rôle, CA 4e ch.

[210] Arrêt commercial du 10/7/13, précité.

l'obligation doit s'entendre en matière de vente de marchandises comme celui où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées, et en matière de fourniture de services, comme celui où les services ont été ou auraient dû être fournis.

310. En application des règles décrites ci-dessus, le distributeur luxembourgeois devrait pouvoir agir contre le fournisseur étranger devant les juridictions luxembourgeoises.

311. Reste à vérifier si la loi luxembourgeoise a vocation à s'appliquer à un tel litige. Le règlement « Rome I » pose le principe de la liberté de choix de la loi applicable au contrat par les parties (article 3 du règlement). Ce choix peut être soit exprès, soit résulter des stipulations du contrat ou des circonstances de la cause.

312. L'article 4 du règlement « Rome I » prévoit la loi applicable à défaut de choix. Si le contrat en question est un contrat de vente de biens, celui-ci est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle.

313. Si le contrat en question est un contrat de vente de biens, celui-ci est régi par la loi du pays dans lequel le vendeur a sa résidence habituelle.

314. Si c'est un contrat de prestation de services, la loi est celle du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle.

315. Finalement, si le contrat liant les parties est un contrat de distribution, la loi applicable est celle du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle.

316. Ni le règlement « Rome I », ni d'ailleurs aucun autre règlement européen ne définit le contrat de distribution. La CJUE a rappelé ce qu'il fallait entendre par contrat de distribution dans un arrêt qu'elle a rendu le 14 juillet 2016[211] sur une question préjudicielle relative au règlement "Bruxelles I"[212]. Il s'agissait pour elle de préciser la distinction entre contrat de vente de marchandises et contrat de fourniture de services.

317. Selon la CJUE, « *un contrat dont l'obligation caractéristique est la livraison d'un bien doit être qualifié de « vente de marchandises », au sens de l'article 5, point 1, sous b), premier tiret, du règlement Bruxelles I (arrêt du 25 février 2010, Car Trim, C-381/08, EU:C:2010:90, point 32).*

Une telle qualification peut trouver à s'appliquer à une relation commerciale établie de longue date entre deux opérateurs économiques lorsque cette relation se limite à des accords successifs ayant chacun pour objet la livraison et l'enlèvement de marchandises. En revanche, elle ne correspond pas à l'économie d'un contrat de distribution typique, caractérisé par un accord-cadre ayant pour objet un engagement de fourniture et d'approvisionnement conclu pour l'avenir par deux opérateurs économiques (voir, par

[211] Arrêt 14 juillet 2016, Granarolo SpA contre Ambrosi Emmi France SA, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559.

[212] S'il est vrai que cet arrêt a été rendu dans le cadre du règlement Bruxelles I et que la question posée visait uniquement à dont le but était de déterminer si l'action indemnitaire fondée sur la rupture brutale des relations commerciales était de nature contractuelle ou délictuelle, la Cour a néanmoins pu indirectement donner des critères de définition du contrat de distribution.

analogie, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 36). » (points 35 et 36)

Pour ce qui est du contrat de fourniture de services[213]*, elle a indiqué que : « la notion de « services » (…) implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 37 et jurisprudence citée).*

En ce qui concerne le premier critère figurant dans cette définition, à savoir l'existence d'une activité, il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'il requiert l'accomplissement d'actes positifs, à l'exclusion de simples abstentions. (…)

Grâce à la garantie d'approvisionnement dont il peut en bénéficier en vertu d'un tel contrat et, le cas échéant, à sa participation à la stratégie commerciale du fournisseur, notamment aux opérations promotionnelles, éléments dont la constatation relève de la compétence du juge national, le distributeur peut être en mesure d'offrir aux clients des services et des avantages que ne peut offrir un simple revendeur et, ainsi, de conquérir, au profit des produits du fournisseur, une plus grande part du marché local (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 38 et jurisprudence citée).

Quant au second critère, à savoir la rémunération accordée en contrepartie d'une activité, il convient de souligner qu'il ne saurait être entendu au sens strict du versement d'une somme d'argent. (…)

À cet égard, il convient de prendre en considération le fait qu'un contrat de distribution repose, en règle générale, sur une sélection des distributeurs par le fournisseur. Cette sélection peut conférer aux distributeurs un avantage concurrentiel en ce que ceux-ci auront seuls le droit de vendre les produits du fournisseur sur un territoire déterminé ou, à tout le moins, en ce qu'un nombre limité de distributeurs bénéficieront de ce droit. En outre, un contrat de distribution prévoit souvent une aide aux distributeurs en matière d'accès aux supports de publicité, de transmission d'un savoir-faire au moyen d'actions de formation, ou encore de facilités de paiements. L'ensemble de ces avantages, dont il incombe au juge du fond de vérifier l'existence, représente, pour les distributeurs, une valeur économique qui peut être considérée comme étant constitutive d'une rémunération (voir, en ce sens, arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 40).

Il s'ensuit qu'un éventuel contrat de distribution comportant de tels éléments typiques peut être qualifié de « contrat de fourniture de services » aux fins de l'application de la règle de compétence figurant à l'article 5, point 1, sous b), second tiret, du règlement Bruxelles I (arrêt du 19 décembre 2013, Corman-Collins, C-9/12, EU:C:2013:860, point 41).

Il revient, en l'occurrence, à la juridiction de renvoi d'apprécier l'ensemble des circonstances et des éléments caractérisant l'activité déployée. » (points 37 à 43).

[213] Précisons que le règlement "Bruxelles I" ne prévoyait pas de règle de compétence particulière en matière de contrat de distribution.

318. Si le distributeur agit devant les juridictions luxembourgeoises, il devra porter son action devant le tribunal d'arrondissement territorialement compétent siégeant en matière commerciale. Précisons que la nullité pour vice du consentement tenant à la violence ayant provoqué ce consentement est une nullité relative ; elle ne pourra donc être demandée que par la partie dont le consentement a été vicié et ce dans un délai de 5 ans à compter du jour où la violence a cessé (article 1304 du Code civil).

iv. *La responsabilité délictuelle*

319. Le distributeur luxembourgeois pourrait encore envisager d'agir en responsabilité délictuelle contre les opérateurs économiques qui l'empêchent de s'approvisionner au meilleur prix.

320. La responsabilité délictuelle, contrairement à la responsabilité contractuelle, tend à la réparation du dommage causé en dehors de toute relation contractuelle. Elle est régie par les articles 1382 et suivants du Code civil.

321. Ces articles ont vocation universelle à s'appliquer lorsqu'aucun autre ordre de responsabilité n'est applicable. La formule générale de l'article 1382 permet de s'adapter à toutes les situations nouvelles, futures et imprévisibles[214]. Ces articles disposent que toute personne doit répondre pleinement des suites dommageables de son comportement objectivement défectueux.[215]

322. Les règles de la responsabilité délictuelle permettent, lorsque la triple condition de faute, dommage et lien de causalité entre les deux est démontrée, une réparation à toute victime.

323. Imaginons que le distributeur luxembourgeois veuille mettre en cause la responsabilité délictuelle du fournisseur qui a refusé de lui vendre ses produits en l'invitant à passer par le fournisseur du réseau d'approvisionnement ayant exclusivité pour vendre le produit dans une limite territoriale déterminée.

324. Le dommage subi par l'entreprise luxembourgeoise en raison de ce refus de vente tiendra à l'impossibilité qu'elle rencontre de profiter d'un prix potentiellement plus favorable pour les produits qu'elle souhaite acquérir.

325. Mais ce dommage découle-t-il d'une faute au sens du Code civil ?

326. Si une entreprise luxembourgeoise cherche à s'approvisionner auprès d'un fournisseur d'un autre Etat membre de l'UE et que celui-ci refuse de lui vendre ses produits et le redirige vers ses filiales ou d'autres grossistes nationaux avec lesquels il a signé des accords de répartition territoriale des ventes, ce fournisseur, en respectant ses engagements contractuels, commet-il une faute ?

327. Le concept de faute est ambigu et imprécis. Celle-ci n'est pas définie par l'article 1382 du Code civil. On admet que « n'importe quel comportement illicite, et sans

[214] G. RAVARANI, n°9, p.22-24.

[215] Henri Capitant, Droit du Luxembourg, LGDJ, p.84.

considération de la question de savoir qui la norme violée – au sens large du terme, loi, usage, standard de comportement – est destinée à protéger, tombe sous l'application de l'article 1382 et oblige son auteur à réparation du dommage qu'il a causé »[216].

- Liberté de contracter

328. Le droit des obligations luxembourgeois est régi par le principe d'autonomie de la volonté des parties. Il doit être combiné avec celui de la liberté du commerce. Ainsi, toute « *personne est libre de contracter ou de ne pas contracter, et est libre de choisir la personne de son cocontractant. En principe donc, le refus de vendre ou de poursuivre une relation d'affaire n'est pas illicite* »[217].

329. Si le refus de contracter n'est pas fautif en lui-même, le comportement du titulaire de cette liberté est, au regard des circonstances de la cause, décisif pour savoir si celui-ci a violé ou non une règle de prudence ou le principe de bonne foi[218]. Ce refus ne doit pas être arbitraire ou discriminatoire.

330. En l'occurrence, il est difficile de concevoir que le refus de vendre opposé par le fournisseur au distributeur luxembourgeois est fautif dès lors qu'il lui est imposé par une stipulation contractuelle le liant à un tiers. Le fournisseur est donc parfaitement dans son droit en agissant de la sorte.

331. Mais il n'est pas interdit de penser qu'il abuse de son droit et peut dès lors être sanctionné.

- Abus de droit

332. La notion d'abus de droit, déjà présente dans la jurisprudence, a été législativement consacrée à l'article 6-1 du Code civil, précité.

333. Avant l'adoption de la loi du 2 juillet 1987, qui a inséré cette disposition dans le Code civil, la jurisprudence avait constaté que « *la théorie de la faute ne suffit pas à elle seule à sanctionner dans tous les cas l'atteinte à l'intérêt général et les actes par lesquels le titulaire d'un droit cause préjudice à autrui, tout en agissant sans intérêt de nuire, mais au contraire avec un intérêt suffisant et légitime d'agir de la sorte.*

Il importe d'imposer une nouvelle règle de droit, consacrant cette morale sociale qui exige que même dans l'exercice légitime d'un droit l'on tienne compte des conséquences pouvant en résulter pour des tiers et que l'on évite de leur causer un préjudice important, indépendamment de toute intention de nuire et même de toute légèreté ou insouciance»[219].

[216] G. RAVARANI, n°52, p.58.

[217] O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg*, Principes généraux et examen de jurisprudence, édition 2013, p.135.

[218] L. THIERRY, *L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit*, Revue critique de la jurisprudence belge, n°2013/4, p.558.

[219] Exposé des motifs de la loi du 2 juillet 1987 portant création d'un article 6-1 et modification de l'article 544 du code civil, Doc. Parl. 2878, p. 4

334. Les critères de l'abus de droit ne sont pas définis. La jurisprudence luxembourgeoise a dégagé des critères d'application de l'abus de droit, tels que la volonté de nuire, l'erreur grossière équipollente au dol, ou encore une faute commise dans l'usage des droits qui ne se caractérise pas par l'intention de nuire mais par un détournement de la finalité du droit qu'une personne possède légitimement[220].

335. La jurisprudence belge retient également ces critères et considère que l'abus de droit est caractérisé en cas d'intention de nuire, d'exercice d'un droit sans intérêt raisonnable et suffisant ou légitime, de choix de la voie la plus dommageable entre deux modes d'exercice de droit présentant la même utilité, de disproportion entre le préjudice subi par autrui et l'avantage retiré par le titulaire du droit et de détournement de la finalité du droit.

336. Plus spécialement sur le refus de contracter, la Cour de cassation belge, dans un arrêt du 7 octobre 2011, a jugé que le « *droit dont dispose toute personne de refuser de poser un acte juridique* » peut dégénérer en abus de droit[221]. Selon elle « *le refus de contracter peut constituer un abus de droit lorsque l'usage de la liberté de ne pas contracter est exercé d'une manière qui excède manifestement les limites de l'exercice normal de cette liberté par une personne prudente et diligente* ». Elle a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Mons qui avait retenu que le refus de contracter, à qualifier, selon elle, de « liberté » de ne pas contracter, n'est pas un *droit subjectif* et est donc insusceptible de donner lieu à l'application de la théorie de l'abus de droit.

337. Alors que les juridictions belges avaient plutôt tendance à ne pas accepter cette théorie en matière de refus de contracter/de vente, la majorité décidant que le « droit » de contracter ou de ne pas contracter est en fait une liberté et non pas un droit subjectif, auquel pourrait s'appliquer la théorie de l'abus de droit, cet arrêt de cassation devrait entraîner un mouvement inverse, reconnaissant l'abus de droit en telle hypothèse, ce dont les juges luxembourgeois pourraient s'inspirer.

338. Si la théorie de l'abus de droit pouvait être utilisée par une entreprise de distribution qui fait face à des refus de vente, elle constituerait en matière de RTO un moyen de défense aussi utile qu'efficace puisque l'article 6-1 du Code civil prévoit une action en cessation pour empêcher la persistance de l'abus.

339. Les modalités de cette action en cessation ne sont pas expressément prévues par la loi. On peut en déduire qu'elle devra emprunter les voies du droit commun de l'action en justice : action au fond devant le tribunal d'arrondissement ou action en référé si les conditions sont réunies.

340. Les parties contractantes se situant dans différents Etats membres, la question de la juridiction compétente se pose à nouveau.

[220] G. RAVARANI, n°82, p.84.

[221] Cour de cassation belge, 7 octobre 2011, C.10.0227.F/1.

341. La compétence de principe prévue par le règlement Bruxelles I bis en son article 4 est celle de la juridiction du domicile du défendeur. Les compétences spéciales établies à l'article 7 du règlement concernent également la matière extracontractuelle : le défendeur peut être attrait devant la juridiction du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire.

342. En cas d'abus de droit imposé à un distributeur luxembourgeois, le dommage se produit ou risque de se produire au Luxembourg, où l'impact de ce refus se répercute sur les prix à la consommation et sur les marges du distributeur.

343. Le distributeur luxembourgeois devrait dès lors pouvoir agir contre le fournisseur étranger devant les juridictions luxembourgeoises.

344. Le règlement « Rome II » prévoit également, en son article 4, que la loi applicable en matière délictuelle est « celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent », à moins qu'il ressorte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable a un lien plus étroit avec un autre pays, auquel cas c'est la loi de ce pays qui s'applique.

345. A priori, le dommage survenant au Luxembourg/le marché luxembourgeois étant impacté ou risquant de l'être, l'action en cessation du distributeur luxembourgeois pourrait être portée devant les juridictions luxembourgeoises et se voir appliquer la loi luxembourgeoise.

2. Conclusion intermédiaire : constat des difficultés et remèdes proposés

346. Par rapport aux conclusions résultant de l'examen des juridictions avoisinantes, il faut constater qu'au Luxembourg, il n'existe ni décisions de l'ANC ni jurisprudence pertinente sur l'analyse des RTO. Cela est d'autant plus surprenant que, comme souligné dans l'introduction de l'Etude, les entreprises luxembourgeoises disent souffrir de désavantages compétitifs à cause de RTO.

347. L'on est tenté d'en conclure que le droit de la concurrence, tant national que de l'Union, et les solutions qu'il permet de mettre en œuvre sont toujours méconnus par les entreprises luxembourgeoises.

348. Le seul remède à cette "difficulté" nous semble résider dans un nécessaire effort continu d'éducation des entreprises sur ce qui est permis ou pas en matière de RTO par le droit de la concurrence. Certaines pratiques, en effet, sont conformes à la VBER et leur remise en cause ne semble pas réaliste. L'interdiction directe ou indirecte de ventes passives imposée à un acheteur/revendeur ainsi que de fournitures croisées entre membres d'un système de distribution sélective doit toutefois être remis en cause par l'ANC et/ou les tribunaux vu leur interdiction par la VBER.

349. Même en l'absence de restrictions caractérisées, le retrait du bénéfice de l'application de la VBER pourrait être envisagé par l'ANC si l'accord entre un distributeur luxembourgeois et un fournisseur étranger a un impact négatif par exemple sur la compétitivité transfrontalière pourvu que les conditions de mise en œuvre de cette possibilité soient respectées. Les lignes directrices verticales rappellent toutefois au point 78 que la compétence de retrait appartient à la Commission pour des accords verticaux qui restreignent la concurrence sur un marché géographique en cause plus étendu que le territoire d'un seul Etat membre. Sous le régime actuel, la voie du retrait n'est donc pas évidente. Comme mentionné ci-dessus, il serait utile que cette possibilité plutôt méconnue de la VBER soit plus mise en avant.

350. S'agissant de moyens juridiques pouvant être soulevés à l'encontre d'un refus de vente en dehors des principes du droit de la concurrence, malheureusement les règles actuelles relatives à la concurrence déloyale ne permettent pas de sanctions des RTO dont souffrent les entreprises luxembourgeoises. Elles ont essentiellement pour but de protéger les consommateurs.

351. Les règles relatives à la responsabilité civile, qu'elle soit contractuelle ou délictuelle, n'apportent pas non plus de solution aux distributeurs lésés par ces restrictions territoriales. Car si ceux-ci pourraient prouver qu'ils subissent un dommage du fait de ces pratiques, ils auraient de grandes difficultés, en l'état actuel du droit, à convaincre un juge de ce que lesdites pratiques, permises par définition dans les limites que nous avons rappelées, sont fautives au sens du droit de la responsabilité.

352. Nous avons vu également que l'action basée sur le caractère abusif de la clause d'un contrat-cadre qui obligerait le distributeur luxembourgeois à s'approvisionner auprès de son seul cocontractant fournisseur ne pourrait prospérer en l'absence d'interdiction des clauses abusives dans les contrats entre entreprises.

353. Il pourrait éventuellement être possible pour le distributeur luxembourgeois de demander l'annulation du contrat qui lui a imposé cette clause d'approvisionnement exclusif pour violence ayant entraîné un vice de son consentement. La violence consisterait dans un abus de dépendance économique du fournisseur à l'égard du distributeur luxembourgeois si cette notion est introduite en droit luxembourgeois. C'est une action qui pourrait se tenter et qui devrait pouvoir être portée devant la juridiction luxembourgeoise, chargée, peut-être, de trancher le litige sur base de la loi luxembourgeoise. Mais son résultat est loin d'être garanti.

354. Le distributeur luxembourgeois pourrait encore poursuivre le fournisseur qui refuse de lui vendre des produits pour abus de droit. L'avantage de cette voie et qu'elle autoriserait le distributeur à demander au juge la cessation de cet abus, indépendamment du préjudice subi. Avec un pourcentage de chances un peu plus important, mais toujours sans certitude, la juridiction luxembourgeoise devrait accepter sa compétence et appliquer la loi luxembourgeoise au litige.

355. Enfin, une voie prometteuse pour élargir l'arsenal de moyens juridiques pertinents est de passer par la voie législative pour introduire, comme certains des autres Etats

membres envisagés, une infraction unilatérale en-dessous du seuil de l'abus de position dominante, -sanctionnant l'abus de dépendance économique[222]. Les conditions d'application d'une telle infraction doivent être bien réfléchies. Sa sanction devra sans doute revenir au Conseil de la concurrence en tant qu'ANC luxembourgeoise. Les textes récemment introduits en droit belge pourront servir d'inspiration. Il pourrait également être envisagé d'introduire une disposition de droit des obligations qui va dans le même sens.

[222] Relevons que le Conseil de la concurrence ait évoqué cette possibilité dans son avis du 18 mars 2014 sur le projet de loi n° 6592 relatif aux règles spécifiques s'appliquant aux accords verticaux de distribution dans le secteur automobile. Ce projet de loi a mené à la loi du 24 juillet 2014 relative aux règles spécifiques s'appliquant aux accords verticaux de distribution dans le secteur automobile visant à faire bénéficier les distributeurs du secteur automobile luxembourgeois d'une certaine protection en cas de résiliation de contrat par un constructeur ou importateur automobile. Selon nos connaissances, il n'existe pas encore de jurisprudence sur l'application de ce texte. Son utilité pour le sujet de cette étude semble très limitée. Néanmoins, son adoption – critiquée par le Conseil de la concurrence comme représentant, en substance, une approche (trop) sectorielle – a été l'occasion pour ce dernier de soulever l'utilité de l'introduction du concept d'abus de dépendance économique dans la loi sur la concurrence. Le Conseil de la concurrence s'est notamment référé à l'existence d'une telle infraction en droit français. À la page 8 de ses observations, il a proposé un libellé pour un nouvel Article 5bis de la loi sur la concurrence. Même si cette proposition n'a pas connu de suivi à ce jour, il est intéressant de noter que la réflexion sur le sujet n'est pas tout à fait nouvelle au Luxembourg.

CONCLUSION

356. Les RTO affectent le commerce entre Etats membres. Le droit de la concurrence de l'Union occupe donc nécessairement un rôle pivot dans leur examen et leur sanction.

357. De manière générale, le droit de la concurrence traite moins sévèrement les restrictions verticales qu'il considère comme moins préjudiciables que les restrictions horizontales en raison notamment de ce qu'elles peuvent permettre de réaliser des gains d'efficience substantiels. Les producteurs/fournisseurs bénéficient donc d'une large liberté pour organiser leurs réseaux de distribution. S'agissant des RTO, ce ne sont, en substance, que les protections territoriales absolues qui sont considérées comme des restrictions caractérisées au sens de la VBER contraires à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE et donc interdites. Ainsi, seules quelques RTO constituent des infractions au droit de la concurrence, comme l'interdiction des ventes passives.

358. Compte tenu de la complémentarité des rôles de la Commission, des ANC et des juges nationaux dans la transposition du droit de la concurrence de l'Union, toutes ces instances peuvent être appelées à sanctionner des violations à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE en matière de RTO. La Commission est toutefois, à première vue, souvent la mieux placée. Sa pratique décisionnelle récente démontre qu'elle reste très sensible à la poursuite de pratiques de restrictions territoriales absolues.

359. Le droit de la Commission et des ANC d'établir des priorités dans le traitement des affaires peut être une réelle barrière pour obtenir l'examen de cas individuels concernant des acteurs opérant dans de petites juridictions telles que le Luxembourg.

360. Quant à la voie des litiges privés, elle ne semble à ce jour pas nécessairement la plus efficace pour remettre en cause des pratiques verticales transfrontalières. Le peu de de jurisprudence réellement pertinente dans les juridictions examinées en témoigne. Les lois nationales ayant transposé la directive sur les dommages et intérêts du fait de pratiques anticoncurrentielles restent avant tout un outil utilisé par les victimes de cartels et non pas de RTO.

361. S'agissant de la situation luxembourgeoise, la méconnaissance du droit de la concurrence et de ses procédures est, à notre sens, un frein réel à la lutte contre les pratiques de RTO illégales, imposées par des fournisseurs étrangers aux distributeurs et détaillants luxembourgeois. Cela explique aussi, au moins en partie, l'absence de pratique décisionnelle de l'ANC et l'expérience limitée des cours et tribunaux en la matière. S'y ajoute que très souvent se pose d'abord la question de la compétence territoriale du juge au vu du caractère transfrontalier du litige.

362. Par ailleurs, à l'heure actuelle le droit luxembourgeois offre peu de voies d'action au-delà des moyens offerts par le droit de la concurrence. Il est toutefois suggéré de réfléchir à l'introduction en droit luxembourgeois d'un régime allégé de sanction de comportements unilatéraux en-dessous du seuil de l'abus de position dominante au sens

de l'article 102 du TFUE ou de la loi sur la concurrence à la lumière de la législation des pays voisins.

363. Enfin, nous ne nous attendons pas à ce que la révision de la VBER change significativement le panorama juridique actuel en matière de RTO. Nous avons formulé quelques suggestions. La possibilité des ANC de retirer le bénéfice de l'exemption de la VBER pour leur territoire dans certaines circonstances est un aspect du droit de la concurrence de l'Union qui pourrait être mieux mis en avant.

ANNEXE 1 : TABLEAU COMPARATIF

Etude RTO – résumé: dispositions pertinentes/moyens de droit envisageables						
Base légale		**Luxembourg**	**Allemagne**	**Belgique**	**France**	**Pays-Bas**
Droit de la concurrence	*Accord restrictif de concurrence*	- Article 101 TFUE si en dehors de VBER - Article 3 loi sur la concurrence	- Article 101 TFUE si en dehors de VBER - Section 1 de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (« GWB »)	- Article 101 TFUE si en dehors de VBER - Article IV.1 § 1 du Code de droit économique	- Article 101 TFUE si en dehors de VBER - Article 420-1 du Code de commerce	- Article 101 TFUE si en dehors de VBER - Mededingingswet (loi sur la concurrence), Article 6 et ss.
	Abus de position dominante	- Article 102 TFUE - Article 5 loi sur la concurrence	- Article 102 TFUE - Section 19 GWB	- Article 102 TFUE - Article IV.2 du Code de droit économique	- Article 102 TFUE - Article 420-2 al. 1 du Code de commerce	- Article 102 TFUE - Mededingingswet, Article 24
	Abus de dépendance économique	N/A	Section 20 GWB	Article VI.84 § du Code de droit économique (loi du 4 avril 2019)	Article 420-2 al. 2 du Code de commerce	N/A
	Directive sur les dommages et intérêts concurrence	Loi sur les actions en dommages et intérêts	Loi du 8 juin 2017 modifiant le GWB	Loi du 6 juin 2017 modifiant le code de droit économique	Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017	Loi du 25 janvier 2017, modifiant le livre 6 du code civil et le code de procédure civile
Autres	*Pratique commerciale déloyale/concurrence déloyale*	[Loi du 23 décembre 2016: champ d'application très limité]	Section 21 GWB - interdiction de boycotter	Article VI.104 du Code de droit économique – l'interdiction des actes contraires aux pratiques loyales du marché pouvant porter atteinte aux intérêts professionnels d'une ou plusieurs autres entreprises	Non relevé, le droit de la concurrence étant considéré le moyen de droit approprié par les contributeurs	Le droit de la concurrence semble la voie de droit appropriée. Néanmoins, il ressort de la jurisprudence que sont interdites les pratiques déloyales pouvant affaiblir un système de distribution sélective
	Droit civil	- L.212-2 (1) du Code de la consommation (clause abusive) - Article 6-1 du Code civil (abus de droit) - Article 1109 du Code civil (vice du consentement)	Le droit de la concurrence semble être considéré comme étant le moyen de droit approprié par les contributeurs Le Code de procédure civile prévoit la possibilité de saisie de biens du défendeur si risque financier ou mesures provisoires (par ex. obligation de livrer)	- Jurisprudence a reconnu l'abus de droit dans des cas de refus de vente - Article 14 de la loi du 10 mai 2007 de lutte contre certaines formes de discrimination	Non relevé, le droit de la concurrence semble être considéré comme étant le moyen de droit approprié par les contributeurs	Non relevé, le droit de la concurrence semble être considéré comme étant le moyen de droit approprié par les contributeurs

ANNEXE 2 : INVENTAIRE DE SOURCES JURIDIQUES CITEES DANS L'ETUDE

1. Le droit UE

a) Textes juridiques

- Versions consolidées du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, JO 2012, C 326.
- Règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées, JO 65, 533/65.
- Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.
- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, JO 2003, L 1/1.
- Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)
- Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), JO 2008, L 177/6.
- Règlement (CE) n°773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE, JO 2001 L 123/18.
- Règlement (UE) n° 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, JO 2012, L 351/1.
- Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, JO 2010, L 102/1.
- Règlement (UE) no 461/2010 de la Commission du 27 mai 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, JO 2010, L 129/52.

- Règlement (UE) no 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO 2012, L 351/1.
- Règlement (UE) n ° 316/2014 de la Commission du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO 2014, L 93/17.
- Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO 1993, L 95/29.
- Directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement européen et du Conseil, JO 2005, L 149.
- Directive 2006/123/CE du parlement européen et du conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO 2006, L 376/36.
- Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO 2014, L 349.
- Directive (UE) 2019/633 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur les pratiques commerciales déloyales dans les relations interentreprises au sein de la chaîne d'approvisionnement agricole et alimentaire, JO 2019, L 111/59.
- Communication 2004/C 101/05 de la Commission relative au traitement par la Commission des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 du traité CE, JO 2004, C 101.
- Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence, 2004/ C 101/3.
- Communication de la Commission - Lignes directrices supplémentaires sur les restrictions verticales dans les accords de vente et de réparation de véhicules automobiles et de distribution de pièces de rechange de véhicules automobiles, JO 2010, C 138/05.
- Communication de la Commission - Lignes directrices sur les restrictions verticales, JO 2010, C 130/01.
- Communication de la Commission - Lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, JO 2014, C 89/03.

b) Jurisprudence

i. *Arrêts CJUE*

- Arrêt du 13 juillet 1966, Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH c. Commission, affaires jointes 56 et 58-64, ECLI:EU:C:1966:41.
- Arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal, 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.
- Arrêt du 5 mai 1982, Gaston Schul Douane Expediteur BV c. Inspecteur des droits d'importation et des accises, de Roosendaal, 15/81, ECLI:EU:C:1982:135.
- Arrêt du 19 juin 1990, Factortame e.a., C-213/89, Rec. p. I-2433.
- Arrêt du 28 février 1991, Stergios Delimitis contre Henninger Bräu AG., C-234/89, ECLI:EU:C:1991:91.
- Arrêt du 24 octobre 1996, Viho Europe BV contre Commission, C-73/95 P, ECLI:EU:C:1996:405.
- Arrêt du 10 juillet 1997, Palmisani, C-261/95, ECLI:EU:C:1997:351.
- Arrêt du 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia EE e.a. c. GlaxoSmithKline, affaires jointes C-468/06 à C 478/06, ECLI:EU:C:2008:504.
- Arrêt du 16 septembre 2008, Sot. Lélos kai Sia e.a., C-468/06 à C 478/06, ECLI:EU:C:2008:504.
- Arrêt du 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343.
- Arrêt du 10 février 2011, Activision Blizzard Germany c. Commission, C-260/09 P, ECLI:EU:C:2011:62
- Arrêt du 4 octobre 2011, Football Association Premier League e.a., C-403/08 et C-429/08, EU:C:2011:631.
- Arrêt du 13 octobre 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, C-439/09, ECLI:EU:C:2011:649.
- Arrêt 14 juillet 2016, Granarolo SpA contre Ambrosi Emmi France SA, C-196/15, ECLI:EU:C:2016:559.
- Arrêt du 6 décembre 2017, Coty Germany, C-230/16, ECLI:EU:C:2017:941.

ii. *Décisions de la Commission*

- Décision du 4 décembre 1996, Novalliance/Systemform, IV/35.679.
- Décision du 30 octobre 2002, Omega – Nintendo, C(2002) 4072.

- Décision du 16 juillet 2003, PO/Yamaha, COMP/37.975.
- Décisions du 26 mai 2004, Souris-Topps, COMP/C-3/37.980.
- Décision du 10 octobre 2012, Restrictions concerning ELT books, COMP/39771.
- Décision du 25 mars 2019, Ancillary Sports Merchandise, AT.40436.
- Décision du 13 mai 2019, AB InBev beer trade restrictions, AT.40134,
- Décision du 09 juillet 2019, Character merchandise, AT.40432.
- Décision du 30 janvier 2020, AT.40433.

c) Doctrine

- C. BARNARD et S. PEERS, *European Union Law*, Oxford University Press, 2013, p. 507.
- F. WIJCKMANS et F. TUYTSCHAEVER, *Vertical Agreements in EU Competition Law*, 3d ed., Oxford, 2018
- R. WHISH et D. BAILEY, *Competition Law*, Ninth Edition, 2018, Oxford University Press.
- L. Du Jardin, « Distribution sélective et Internet: nouveau western ? » ; *Journal de droit européen* ; 04/2018.
- F.Viala, « Distribution sélective et restriction à la vente en ligne sur les marketplaces : quel cadre juridique après Coty? » ; *Contrats - Concurrence – Consommation* ; 04/2018.

d) Autres sources

- Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non-alimentaire interentreprises en Europe, 31 janvier 2013, Com/2013/037 final.
- Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 10 mai 2017, Rapport final relative à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, SWD (2017) 154 final.
- Factual summary of the contributions received in the context of the open public consultation on the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) N°330/2010.
- Commentaires en réponse à la consultation publique de la commission européenne sur l'évaluation des règles en matière de concurrence relatives aux accords verticaux du 20 mai 2019, APDC – Association des Avocats pratiquant le Droit de la Concurrence.
- Summary of the contributions of the National Competition Authorities to the evaluation of the Vertical Block Exemption Regulation (EU) N° 330/2010.
- , EuroCommerce, « Contribution to the Commission assessment of the Vertical Block Exemption Regulation », 27 May 2019.

- Comments by the Federal Minstry for Economy and Energy and the Bunderkartellamt assessing Commission Regulation (EU) N0 330/210 […], 8 October 2019
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - lutter contre les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire interentreprises, 15 juillet 2014, COM/2014/0472 final.

2. Les droits nationaux

a) Allemagne

i. *Textes juridiques*

- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- Bürgerliches Gesetzbuch.
- Zivilprozessordnung.

ii. *Jurisprudence*

- Jugement du Tribunal régional supérieur de Düsseldorf du 17 novembre 1992, U (Kart) 6/92, WuW / E OLG.
- Arrêt de la Cour fédérale de justice du 21 février 1995 - KVR 10/94, GRUR 1995.
- Arrêt de la Cour fédérale de justice du 12 mai 1998 - KZR / 96, WuW / DER 206.
- Arrêt de la Cour fédérale de justice, décision du mai 1998 – KZR/96, WuW/ DER 206.

Décision de l'ANC:

- Décision du 14 août 1992 - B3 - 102/91, WuW / E BKartA.

iii. *Doctrine*

- IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, GWB, 5 éd., 933.

b) Belgique

i. *Textes juridiques*

- Code de droit économique, version consolidée.
- Loi du 10 mai 2007 pour combattre certaines forms de discrimination, Journal official du 30 mai 2007
- Loi du 4 avril 2019, Journal official du 24 mai 2019.

ii. *Jurisprudence (sélection)*

- Arrêt de la Cour constitutionnelle 17 octobre 2019, nr. 146/2019.

- Arrêt de la Cour de cassation 13 septembre 1991, Arr. Cass. 1991-92.
- Arrêt de la Cour de cassation 7 janvier 2000, TBH 2000.
- Arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1985, Arr.Cass. 1984-85.
- Arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2002, Arr.Cass. 2002.
- Arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1985, Arr.Cass. 1984-85.
- Arrêt de la Cour de cassation du 24 septembre 1992, Arr. Cass. 1991-1992.
- Arrêt de la Cour de cassation du 31 janvier 2002, Arr.Cass. 2002.
- Arrêt de la Cour de cassation du 7 octobre 2011, C.10.0227.F.
- Arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 27 juin 2002, Jb.Markt. 2002.
- Arrêt de la Cour d'appel de Gand du 1er mars 2010, Jb.Markt. 2010.
- Arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 29 mars 2010, TBM 2010.
- Jugement du Tribunal d'affaires d'Anvers (quartier Hasselt) du 4 décembre 2018, Limb.Rechtsl. 2019.

iii. *Doctrine*

- B. KEIRSBILCK et E. TERRYN, « Overzicht van rechtspraak handelspraktijken (2003-2010) Verboden praktijken », *TPR* 2011.
- B. KEIRSBILCK, « Overzicht van rechtspraak - Oneerlijke marktprakijken jegens personen andere dan consumenten (2011-2014) », *TPR* 2016.
- D. MERTENS, « *Onrechtmatige mededinging. Artikel 95 WMPC* » dans Jura Falconis (éd.), De wet marktpraktijken en consumentenbescherming toegepast, Anvers, Intersentia, 2012.
- D. VANDERMEERSCH, « Een door het mededingingsrecht toegelaten beperking van de mededinging strijdt op zich niet met de eerlijke handelspraktijken: De verkoopsweigering opnieuw bekeken », *TBH* 2000.
- R. STEENNOT, *Handboek Consumentenbescherming en Handelspraktijken*, Anvers, Intersentia, 2007.

c) France

i. *Textes juridiques*

- Code de commerce, LEGITEXT000005634379.
- Loi n° 2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, ECOX0000021L

ii. *Jurisprudence*

- Cour de cassation, chambre commerciale, 2 juin 1992, n° 90-18224.

- Cour d'appel de Paris, 25 mai 1994 : BOCC 24 juin 1994.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 10 décembre 1996, n° 95-20931.
- Cour de cassation, 10 décembre 1996, n° 94-16.192.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 3 mars 2004, n° 02-14.529.
- Cour d'appel de Paris, 4 avril 2006, n° 2005/14057.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 20 mars 2007, n° 05-13074.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 29 novembre 2011, n° 10-24297.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 14 février 2012, n° 09-11690.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 12 février 2013, n° 12-13.603.
- Cour d'appel de Paris, 19 septembre 2013, n° 12/16987.
- Cour d'appel de Paris, 19 septembre 2013, n° 12/16987.
- Cour d'appel de Paris, 10 décembre 2014, n° 11/13313.
- Cour de cassation, chambre commerciale, 6 octobre 2015, n° 13-28212.Cour d'appel de Paris, 28 mars 2017, n° 15/17742.
- Cour d'appel de Paris, 23 mai 2018, n° 16/04485.
- Cour d'appel de Paris, 17 octobre 2019, n° 18/24456.

Décisions de l'ANC:

- Décision du 25 mars 1987, Seda : BOOC 2 avr. 1987.
- Décision du 8 juin 1993, Cora : BOCC 25 juillet 1993.
- Décision du 13 décembre 1994, n° 94-D-60.
- Décision du 18 juin 1999, n° 96-D-446.
- Décision du 1er décembre 2004, n° 04-D-67.
- Décision du 22 juin 2005, n° 05-D-32.
- Décision du 25 juillet 2007, n° 07-D-25.
- Décision du 3 mars 2010, n° 10-D-08.
- Décision du 21 juillet 2016, n° 16-D-17.
- Décision du 24 novembre 2016, n° 16-D-26.
- Décision du 20 février 2018, n° 18-D-03.
- Décision du 24 octobre 2018, n° 18-D-23.
- Décision du 20 décembre 2018, n° 18-D-26.

iii. *Doctrine*

- P. BORRA, Rapp. AFEC 8 janvier 1993 – L. VOGEL, "Droit de la concurrence et puissance d'achat", JCP E 1997, II, 713.

d) Pays-Bas

i. *Textes juridiques*

- Mededingingswet
- Burgerlijk wetboek (Code civil)

ii. *Jurisprudence*

- Arrêt ECLI :NL :RBROT :2004 :AO3912
- Arrêt ECLI:NL:CBB:2005 :AU8309
- ECLI:NL:HR:2006:AX3069
- Arrêt ECLI:NL:RBARN:2007:BB6865
- ECLI:NL:RBUTR:2010:BN5770
- ECLI:NL:HR:2010:BJ9352
- Arrêt ECLI: NL: HR: 2012: BX0345
- Arrêt ECLI:NL :GHARL :2016 :7947

iii. *Doctrine*

- K. GOTTS, *Private Competition Enforcement Review*, The Law Reviews, 2019.

e) Luxembourg

i. *Textes juridiques*

- Code civil.
- Code de la consommation.
- Loi du 2 juillet 1987 portant création d'un article 6-1 et modification de l'article 544 du code civil et -exposé des motifs de la loi du 2 juillet 1987 portant création d'un article 6-1 et modification de l'article 544 du code civil, Doc. Parl. 2878, p. 4.
- Loi modifiée du 30 juillet 2002 sanctionnant la concurrence déloyale.
- Loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.

- Loi du 5 décembre 2016 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts pour les violations du droit de la concurrence et modifiant la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence.
- Loi du 23 décembre 2016 sur les ventes en solde et sur trottoir et la publicité trompeuse et comparative.
- Projet de loi N° 7479/00 portant organisation de l'Autorité nationale de concurrence.

ii. *Jurisprudence*

- Arrêt du 22 octobre 1997, Auchan Luxembourg-Textiles S.A.-Parfums Christian Dior S.A. et consorts, Pas., 30, p.273 confirmé par arrêt de la Cour de Cassation du 29 octobre 1998. Pas., 31, p. 7.
- Arrêt commercial, Van Valen – Karlsberg Brauerei KG Weber, 17 décembre 1997, CA 9ième ch, Pas., 30, 1996-1998, p. 305.
- Arrêt commercial du 10 juillet 2013, n° 38314 du rôle, CA 4e ch., DAOR 2014, liv. 111, 49.

iii. *Doctrine*

- *Droit du Luxembourg*, Association Henri Capitant, LGDJ, 2016.
- G. RAVARANI, *La responsabilité civile des personnes privées et publiques*, 3e édition, Pas., 2014.
- P. ANCEL et A. PRÜM, *Réformer le droit des contrats* ?, Analyse comparé autour du droit luxembourgeois, Editions Larcier, 2020, p.306.
- O. POELMANS, *Droit des obligations au Luxembourg, Principes généraux et examen de jurisprudence*, édition 2013, p.135.
- *L. THIERRY,* L'abus de la liberté de ne pas contracter : une application excessive de la théorie de l'abus de droit*, Revue critique de la jurisprudence belge,* n°2013/4, p.558.

iv. *Autres sources*

- "Des restrictions territoriales de l'offre dans le commerce de détail en Belgique, Pays-Bas et Luxembourg – Des conséquences pour le marché intérieur Benelux", Secrétariat général de l'Union Benelux, février 2018.
- "Restrictions territoriales de l'offre au sein du Benelux: analyse de données issues de l'enquête menée au Luxembourg », Ministère de l'Economie, 2018, p. 4 et p. 18.
- Rapport d'enquête dans le secteur de la grande distribution au Grand-Duché de Luxembourg, Conseil de la concurrence, 18 janvier 2019.

ANNEXE 3 : CONTRIBUTEURS

- Luxembourg : Elvinger Hoss Prussen

  - Léon Gloden, Partner ;
  - Myriam Pierrat, Partner ;
  - Katrien Veranneman, Counsel ;
  - Dariusz Ceran, Associate ;
  - Sandy Sedja, Associate

- Allemagne : Hengeler Mueller

  - Hans-Jörg Niemeyer, Partner;
  - Christoph Wilken, Senior Associate

- Belgique: Eubelius

  - Ignace Claeys, Partner;
  - Thijs Tanghe, Senior Attorney;
  - Julie Mattheeuws, Attorney

- France: Bredin Prat

  - Pierre Honoré, Partner ;
  - Yoann Boubacir, Associate

- Pays-Bas: Maverick Advocaten

  - Martijn van de Hel, Partner ;
  - Annabel Kingma, Junior Associate

Contact us to discuss how we can support
your business in Luxembourg.
Luxembourg office
2, Place Winston Churchill
L-1340 Luxembourg
Tel: +352 44 66 440
Fax: +352 44 22 55
www.elvingerhoss.lu
Hong Kong office
Suite 503, 5/F ICBC Tower
Three Garden Road, Central
Hong Kong
Tel: +852 2287 1900
Fax: +852 2287 1988
ELVINGER HOSS PRUSSEN