

# LE REGLEMENT D'EXEMPTION ET LE PROJET DE LIGNES DIRECTRICES DU 10 MAI 2022

*English version at the end of this column.*

Le règlement d'exemption du 10 Mai 2022 reprend la formule de 2010, y apportant des aménagements notables dans trois domaines : la distribution duale (I), les ventes sur Internet (II) et le statut d'agent (III).

## **I - LA DISTRIBUTION DUALE**

### **1) La distribution duale bénéficie de l'exemption**

La distribution duale (ou double distribution) correspond à la situation dans laquelle "(...) un fournisseur vend des biens ou des services non seulement en amont, mais aussi en aval, concurrençant ainsi ses distributeurs indépendants"<sup>1</sup>.

L'amont désigne les ventes aux distributeurs et l'aval, les ventes aux utilisateurs finals.

La Commission admet le fait que le constructeur et le distributeur se trouvent en situation de concurrence en aval, aussi longtemps qu'ils ne sont pas concurrents en amont.

Elle reste fidèle à une conception selon laquelle le déploiement de l'activité du constructeur sur l'aval, est accessoire et ne remet pas en cause le caractère vertical du contrat de distribution.

Pour la Commission, l'inconvénient d'un accord entre concurrents sur l'aval, ne suffit pas à effacer l'avantage retiré de la mise en œuvre d'un réseau de distribution (les gains d'efficacité).

---

<sup>1</sup> règlement, § 12.

Bref, la distribution duale bénéficie de l'exemption<sup>2</sup>.

Mais si le principe de la distribution duale est admis, sa mise en œuvre paraît beaucoup plus compliquée.

## **2) La distribution duale est étroitement encadrée**

### **a) L'appropriation des données des clients des distributeurs n'est pas exemptée**

La Commission a manifestement tenu compte du fait que, dans la mesure où le constructeur et le distributeur ont vocation à se faire concurrence sur l'aval, l'appropriation par le constructeur des données des clients du distributeur est difficile à admettre.

Les échanges d'informations ne bénéficient donc pas de l'exemption, lorsqu'ils "*(...) ne sont pas directement liés à la mise en œuvre de l'accord vertical [ou] ne sont pas nécessaires pour améliorer la production ou la distribution des biens ou services contractuels (...)*"<sup>3</sup>.

La Commission précise en particulier dans ses lignes directrices, que l'échange d'informations n'est généralement pas susceptible d'être exempté, lorsqu'il porte sur "*(...) des informations relatives à des utilisateurs finaux identifiés (...) à moins que l'échange de ces informations soit nécessaire (...)*"<sup>4</sup> à la satisfaction d'une demande particulière du client ou à la fourniture d'un service.

Trois conséquences :

1°- le transfert des données des clients est exempté lorsqu'il est nécessaire à l'adaptation du produit, à la fourniture d'un avantage ou à la fourniture d'un service, c'est-à-dire lorsque l'exécution du contrat commande que le client soit désigné au constructeur ;

2°- le transfert des données des clients opéré de façon systématique, dans le but de permettre au constructeur de proposer d'autres produits ou services (les fameuses activités de marketing), n'est pas exempté, pour la raison que le transfert n'est concevable qu'au service de la relation nouée avec le distributeur - son exécution ou son

---

<sup>2</sup> article 2.4 du règlement d'exemption.

<sup>3</sup> article 2.5 du règlement.

<sup>4</sup> projet de lignes directrices, § 100.

amélioration – sans pouvoir suivre d'autres desseins, ni servir les intérêts propres du constructeur ;

3°- le transfert au constructeur des données des prospects des distributeurs n'est pas exempté, puisque la relation commerciale n'est pas nouée et que la communication des données n'est pas requise pour son exécution.

La Commission rappelle que, si le défaut d'exemption ne suffit pas à établir le caractère anticoncurrentiel de l'échange d'informations<sup>5</sup>, le projet de lignes directrices sur les restrictions horizontales<sup>6</sup>, qui a vocation à régir les conventions conclues entre concurrents, n'envisage la légitimité de l'échange, que lorsqu'il porte sur des données agrégées.

Il faut sans doute ajouter que le transfert des données des clients des distributeurs peut être requis par des dispositions légales impératives, par exemple relatives à la traçabilité.

En définitive, il semble que les constructeurs devront substantiellement réduire le périmètre des finalités du traitement qu'ils opèrent à partir des données transmises par leurs distributeurs, ainsi que le nombre des personnes auxquelles ils entendent transférer les données recueillies par leurs distributeurs.

La Commission suggère également aux constructeurs dont le contrat ne remplit pas les conditions de son exemption, de prendre des mesures de nature à limiter l'échange à des données agrégées ou à garantir l'étanchéité entre les activités amont et aval du constructeur.

A ce stade, la charge de la preuve pèse en principe sur le constructeur.

En définitive, la sévérité des conditions posées par la Commission, justifiée par la gravité des comportements qu'elle entend prévenir, conduira peut-être à favoriser le déploiement de réseaux d'agents, en dehors du champ du règlement.

## **b) Les plateformes hybrides ne bénéficient pas de l'exemption**

Les constructeurs sont désormais souvent des fournisseurs et des prestataires de services, en ce qu'ils mettent à disposition de leurs distributeurs une

---

<sup>5</sup> projet de lignes directrices, § 102.

<sup>6</sup> lignes directrices sur les restrictions horizontales du 14 Janvier 2011, 2011/C 11/01, point n° 101 ; formule équivalente dans le projet de lignes directrices, § 103.

plateforme d'intermédiation, c'est-à-dire concrètement, des pages sur le site Internet de la marque.

La définition d'une plateforme d'intermédiation est assez large, puisqu'elle concerne aussi non seulement les places de marché de commerce électronique, mais aussi les magasins d'applications (*appstores*), les outils de comparaison des prix et les services de médias sociaux utilisés par les entreprises<sup>7</sup>.

Le nouveau règlement prévoit que l'exemption ne bénéficie pas "(...) *aux accords verticaux relatifs à la prestation de services d'intermédiation en ligne lorsque le prestataire des services d'intermédiation en ligne est une entreprise concurrente sur le marché en cause pour la vente des biens ou services objet de l'intermédiation*"<sup>8</sup>.

La Commission explique très clairement que "*ces fournisseurs peuvent être incités à favoriser leurs propres ventes et avoir la capacité d'influencer le résultat de la concurrence entre les entreprises qui utilisent leurs services d'intermédiation en ligne*"<sup>9</sup>.

L'exemption est refusée au constructeur lorsqu'il est effectivement concurrent du distributeur sur le marché de l'aval (lorsqu'il réalise des ventes directes), mais aussi dans le cas où il n'est encore qu'un concurrent potentiel, qui pourrait à bref délai engager les investissements nécessaires à la mise en œuvre de ventes directes en ligne.

Dans le collimateur, les clauses qui obligent le distributeur à disposer d'une page sur le site Internet du constructeur, ou lorsque le distributeur dispose de son propre site Internet, d'un lien renvoyant automatiquement son client vers le site Internet du constructeur.

La Commission rappelle sur ce point également, que le défaut d'exemption n'emporte pas nécessairement l'illégalité de la clause, qui doit être examinée dans le cadre d'une exemption à titre individuel<sup>10</sup>.

Dans cette perspective, la Commission annonce qu'elle ne sanctionnera vraisemblablement pas l'accord conclu au titre de la prestation de services d'intermédiations, lorsque le constructeur ne dispose pas d'un pouvoir de marché significatif.

---

<sup>7</sup> projet de lignes directrices, § 64 ; article 1.1.e) du règlement.

<sup>8</sup> article 2.6 du règlement.

<sup>9</sup> projet de lignes directrices, § 105.

<sup>10</sup> projet de lignes directrices, § 107.

Sans entrer dans le détail, retenons que les critères permettant de qualifier le pouvoir de marché sont multiples et d'autant plus complexes que l'influence du constructeur doit être mesurée à la fois au regard de ses ventes et au regard de la fréquentation de sa plateforme.

La Commission indique d'ores et déjà que sauf à constater une pratique anticoncurrentielle flagrante (restriction par objet), elle ne poursuivra vraisemblablement pas le constructeur dont la part de marché est inférieure à 10 %<sup>11</sup>

Il reste que ce dispositif contrarie à l'évidence l'ambition des principaux constructeurs de mettre leurs distributeurs au service de l'écosystème construit autour de plateformes en ligne.

## **II - LES VENTES SUR INTERNET**

### **1) Le droit d'accès à Internet est renforcé**

La clause qui compromet la possibilité effective pour le distributeur de vendre les produits contractuels sur Internet est regardée comme une restriction caractérisée, qui prive le contrat tout entier du bénéfice de l'exemption<sup>12</sup>.

La formule n'est pas nouvelle, mais elle est désormais explicitement exprimée dans le règlement.

La Commission vise non seulement le dispositif qui interdit au distributeur d'exploiter son site Internet, mais encore celui qui a pour effet, même indirectement, de diminuer significativement le volume des ventes en lignes<sup>13</sup>.

Elle fournit de nombreux exemples de pratiques de nature à emporter la déchéance de l'exemption, au nombre desquelles l'interdiction faite au distributeur d'exploiter plusieurs sites Internet, que le site soit hébergé par le distributeur lui-même ou par un tiers<sup>14</sup>.

Le point a son importance, si l'on considère que les groupes de distribution exploitent parfois une plateforme commune à leurs diverses concessions.

---

<sup>11</sup> projet de lignes directrices, § 107, qui vise la Communication sur les accords d'importance mineure du 30 Août 2014, § 8.

<sup>12</sup> article 4.e) du règlement ; également articles 1.1.(l) et 4.(c).iii) du règlement.

<sup>13</sup> projet de lignes directrices, § 203, 204.

<sup>14</sup> projet de lignes directrices, § 206, (f).

Bien entendu, et ce n'est pas nouveau, la Commission reconnaît la possibilité au constructeur d'exiger que la présentation des produits contractuels sur le site Internet du distributeur obéisse à certains critères de qualité qu'il définit<sup>15</sup>.

## **2) La différenciation tarifaire est encadrée**

La Commission admet que le constructeur puisse vendre les produits contractuels au distributeur à un prix différent, selon qu'ils sont destinés à être vendus en ligne ou dans un point de vente physique<sup>16</sup>.

Cet aménagement était réclamé par les constructeurs, dans l'intérêt des distributeurs, l'idée consistant à ménager une marge plus importante aux distributeurs, puisqu'ils supportent les coûts d'une représentation physique dans une mesure supérieure aux coûts de la vente en ligne.

Mais il est également possible que cet aménagement ait été recherché dans l'intérêt bien compris des constructeurs, dont certains poursuivent peut-être l'objectif de s'approprier purement et simplement les ventes en ligne.

Sous cet angle, la différenciation tarifaire permettrait de réduire la marge sur les ventes en ligne dans une mesure qui retirerait à ces opérations tout intérêt économique réel pour les distributeurs.

A cet égard, il faut cependant relever que le projet de lignes directrices organise un encadrement très étroit de cette différenciation tarifaire en considérant comme une restriction caractérisée les mesures qui tendent :

- à freiner les ventes en ligne du distributeur<sup>17</sup> ;
- à vendre plus cher au distributeur les produits destinés à être vendus en ligne<sup>18</sup> ;
- à imposer de réaliser au sein du point de vente physique une certaine proportion de ses ventes totales<sup>19</sup> ;

---

<sup>15</sup> projet de lignes directrices, § 207, 208.

<sup>16</sup> projet de lignes directrices, § 209.

<sup>17</sup> projet de lignes directrices, § 203.

<sup>18</sup> projet de lignes directrices, § 204, (f).

<sup>19</sup> projet de lignes directrices, § 208, (e).

- et d'une manière générale, mettre en œuvre une différenciation tarifaire qui rendrait les ventes en lignes non rentables ou non viables financièrement<sup>20</sup>.

### **III - LE CONTRAT D'AGENT**

Le statut de l'agent, qui était déjà évoqué dans les précédentes lignes directrices<sup>21</sup>, a été considérablement précisé dans le projet qui vient d'être publié.

#### **1) L'agent est intégralement déchargé des risques supportés par le commerçant indépendant**

Le règlement d'exemption ne concerne que les accords verticaux portant sur l'achat ou la vente de produits ou services<sup>22</sup> et n'a donc pas vocation à régir le contrat de représentation.

En outre, l'agent, qui n'est que le représentant de son mandant, n'est pas regardé comme un acteur économique indépendant, de sorte que le contrat d'agence pourrait demeurer totalement ou partiellement en dehors du champ de la prohibition des pratiques anticoncurrentielles<sup>23</sup>.

Raison pour laquelle la qualification du contrat d'agent doit être appréciée très strictement<sup>24</sup>.

La condition déterminante de la qualité d'agent, qui le distingue du commerçant indépendant, tient en ce qu'il ne supporte lui-même aucun des risques inhérents à l'acte de commerce, qui doivent être intégralement assumés par son mandant.

Dans cet esprit, la Commission a donc été portée à proposer des critères, de nature à garantir que l'agent est bien le simple représentant de son mandant et que le contrat conclu avec le constructeur ne lui confère pas le rôle d'un distributeur indépendant<sup>25</sup> :

---

<sup>20</sup> projet de lignes directrices, § 209.

<sup>21</sup> lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 Mai 2010, § 12 et s.

<sup>22</sup> règlement d'exemption, § 3.

<sup>23</sup> projet de lignes directrices, § 30.

<sup>24</sup> projet de lignes directrices, § 30.

<sup>25</sup> projet de lignes directrices, § 33.

- l'agent n'est pas en charge d'opérations d'achat/revente et ne porte lui-même aucun stock ;
- il ne supporte pas les coûts relatifs à la livraison des produits par le constructeur ;
- il ne supporte pas les conséquences de l'inexécution des engagements du client ;
- il n'assume pas lui-même de responsabilité à l'égard du client, au titre de la garantie légale qui pèse sur le vendeur, par exemple ;
- il n'est pas tenu, directement, ni indirectement, de contribuer aux dépenses publicitaires ;
- enfin et surtout, l'agent n'est pas tenu d'engager lui-même les investissements spécifiques à la représentation de la marque, y compris le site Internet<sup>26</sup>, étant observé qu'il doit être indemnisé de la valeur nette comptable des investissements déjà engagés<sup>27</sup> ; cette limite à l'indemnisation paraît d'ailleurs contestable en ce qu'elle ne tient pas compte de la valeur réelle des structures mises à disposition ; elle entre d'ailleurs en contradiction avec la précision selon laquelle, lorsque l'investissement a déjà été engagé par le distributeur, "(...) le mandant doit considérer la situation hypothétique d'un agent qui n'est pas encore actif sur le marché"<sup>28</sup>.

Lorsque l'activité de l'agent est combinée avec une activité de distributeur, la part des investissements consacrés à l'une et à l'autre activité doit être précisément délimitée<sup>29</sup>.

A défaut de remplir l'une quelconque de ces conditions, l'agent ne peut pas être considéré comme le représentant du constructeur, mais doit être traité comme un distributeur, de sorte que la relation nouée avec le mandant entre dans le champ de la prohibition des accords restrictifs de la concurrence, sous réserve du bénéfice de l'exemption.

---

<sup>26</sup> projet de lignes directrices, § 40.

<sup>27</sup> projet de lignes directrices, § 39.

<sup>28</sup> projet de lignes directrices, § 39.

<sup>29</sup> projet de lignes directrices, § 36.



## 2) L'adhésion au contrat d'agent doit être libre

La Commission expose que "(...) le distributeur indépendant doit être réellement libre de conclure le contrat d'agence", précisant encore que "(...) la relation d'agence ne doit pas être imposée de facto par le commettant par une menace de résiliation ou d'aggravation des conditions de la relation de distribution"<sup>30</sup>.

Il faudrait probablement en déduire qu'à défaut d'une adhésion authentiquement libre, la substitution des contrats pourrait constituer en soi un comportement répréhensible.

La Commission n'expose pas les motifs de cette exigence, qui suscite d'autant plus d'interrogations qu'elle met le doigt sur un point très sensible.

Force est de constater en effet que dans le cas de Stellantis, la liberté de l'adhésion du distributeur a été compromise par la résiliation des contrats de distributeur, le constructeur prévoyant de proposer des contrats d'agent à quelques semaines ou quelques mois de l'expiration du préavis, dans des conditions qui ne laisseront aucun choix véritable (d'autant que les distributeurs se voient interdire de réduire leurs structures en prévision de cette échéance).

A cet égard, il faut évidemment considérer que la liberté d'adhérer ou non au contrat d'agent ne se conçoit qu'en fonction de l'existence d'une alternative, qui n'est jamais proposée à ce stade.

Pour la raison que le distributeur n'est manifestement pas "*réellement libre*" de conclure ou non le contrat d'agence, les motifs qui gouvernent l'exigence de la Commission sont importants.

A ce stade, on ne peut que se livrer à des conjectures.

Alors que le distributeur est un commerçant indépendant, titulaire d'une clientèle qui constitue l'un des principaux actifs incorporels de son fonds, l'agent n'est pas un commerçant et ne dispose pas d'une clientèle propre.

Dans ces conditions, le passage d'un statut à l'autre emporte des conséquences importantes, en particulier du fait qu'en devenant agent, le distributeur n'est plus un acteur indépendant sur le marché.

Cette conséquence est aggravée par le fait qu'au prétexte de la mise en conformité des contrats de distribution aux exigences du RGPD, les

---

<sup>30</sup> projet de lignes directrices, § 36, 40.

principaux constructeurs ont d'ores et déjà entrepris de s'approprier les fichiers clients de leurs distributeurs.

Ce mouvement emporte une concentration et une répartition du marché absolument sans précédent, et dont chacun peut comprendre qu'elle ne doit rien au libre jeu de la concurrence.

### **3) Le privilège de la fixation du prix de vente**

La Commission admet que le mandant soit en mesure de fixer lui-même le prix auquel son agent doit vendre les produits contractuels<sup>31</sup>.

Sur ce point, la Commission met clairement en garde le constructeur qui ne prendrait pas complètement en charge les investissements de son agent, du fait qu'une mise en œuvre laxiste de ce modèle, dans la perspective principale d'imposer le prix de vente, pourrait constituer une restriction caractérisée de nature à emporter la nullité pure et simple du contrat, désormais considéré comme un accord vertical<sup>32</sup>.

### **4) L'exclusivité en question**

La Commission admet que le contrat d'agent intègre une exclusivité de représentation.

Pour autant, elle prend le soin de rappeler que les clauses de non-concurrence peuvent affecter la concurrence inter-marques, en particulier lorsque, par l'effet cumulatif de conventions similaires, elles contribuent au verrouillage du marché<sup>33</sup>.

Ce risque doit être considéré, dans la mesure où les constructeurs qui ont annoncé la mise en œuvre de contrats d'agent représentent à ce stade plus de 55 % du marché en France<sup>34</sup>.

Il faut encore considérer le fait que les contrats de distribution intègrent généralement des dispositifs relatifs à la collecte et au transfert des données des clients et des prospects, qui instaurent *de facto* un mandat exclusif.

---

<sup>31</sup> projet de lignes directrices, § 41,(c).

<sup>32</sup> projet de lignes directrices, § 45.

<sup>33</sup> projet de lignes directrices, § 43.

<sup>34</sup> 61 % si Hyundai opte finalement pour ce modèle.

L'effet cumulatif pourrait donc être observé par la mise en œuvre de dispositifs qui tendent à organiser l'indisponibilité des données, d'une manière commune aux contrats d'agent et aux contrats de distributeur.

Etant encore observé que certains constructeurs exigent désormais de leurs distributeurs qu'ils poursuivent l'exécution d'activités concurrentes, quand ils en ont, dans des structures sociales distinctes.

Ces pratiques contribuent au verrouillage du marché, dans une mesure qui peut évidemment contrarier l'entrée sur le marché de nouveaux constructeurs, mais aussi bien de nouveaux prestataires de services de mobilité, pénalisant ainsi tout à la fois la concurrence et l'innovation.

A cet égard, il faut remarquer que la Commission a estimé utile d'intégrer au règlement d'exemption<sup>35</sup> un rappel des dispositions du règlement n° 1/2003, qui l'autorisent à retirer le bénéfice de l'exemption au constructeur dont le contrat ne remplit pas les conditions de son exemption au regard des exigences du Traité.

La même démarche peut conduire à sanctionner les contrats d'agent, sur le fondement non plus du règlement d'exemption mais sur celui de l'article 101 du Traité, dès lors qu'en organisant de manière similaire l'indisponibilité des données, les constructeurs contribuent à l'effet cumulatif et au verrouillage du marché.

En définitive, sans évoquer de manière explicite le changement du modèle économique des constructeurs et leur prédilection nouvelle pour le commerce digital, la Commission a manifestement pris le soin de poser des limites au déploiement de leur stratégie.

A Paris, le 16 Mai 2022.

---

<sup>35</sup> article 6 du règlement d'exemption.

# THE EXEMPTION REGULATION AND THE DRAFT GUIDELINES OF MAY 10, 2022

The exemption regulation of May 10, 2022 takes up the 2010 formula, making significant adjustments in three areas: dual distribution (I), Internet sales (II) and agent status (III).

## **I - DUAL DISTRIBUTION**

### **1) Dual distribution benefits from the exemption**

Dual distribution corresponds to the situation in which *"(...) a supplier sells goods or services not only at the upstream level but also at the downstream level, thereby competing with its independent distributors"*<sup>36</sup>.

Upstream refers to sales to distributors and downstream refers to sales to end-users.

The Commission accepts that the manufacturer and the distributor are in a situation of competition downstream, as long as they are not competitors upstream.

It remains faithful to a conception according to which the deployment of the manufacturer's activity downstream is incidental and does not call into question the vertical nature of the distribution contract.

For the Commission, the disadvantage of an agreement between competitors downstream is not sufficient to erase the advantage gained from the implementation of a distribution network (the efficiency gains).

---

<sup>36</sup> regulation, §12.

In short, dual distribution benefits from the exemption<sup>37</sup>.

But if the principle of dual distribution is accepted, its implementation seems much more complicated.

## **2) Dual distribution is closely supervised**

### **a) The appropriation of distributors' customer data is not exempted**

The Commission has obviously taken into account the fact that, insofar as the manufacturer and the distributor are intended to compete with each other downstream, the appropriation by the manufacturer of the distributor's customer data is difficult to accept.

Exchanges of information are therefore not exempted when they are "*(...) not directly related to the implementation of the vertical agreement or (...) not necessary to improve the production or distribution of the contract goods or services (...)*"<sup>38</sup>.

In particular, the Commission states in its guidelines that the exchange of information is generally not exemptable when it concerns "*(...) information relating to identified end users (...), unless the exchange of such information is necessary (...)*"<sup>39</sup> for the satisfaction of a particular customer request or the provision of a service.

Three consequences:

1°- the transfer of customer data is exempted when it is necessary for the adaptation of the product, the provision of a benefit or the supply of a service, i.e. when the performance of the contract requires that the customer be named to the manufacturer ;

2°- the transfer of customer data carried out in a systematic way, with the aim of allowing the manufacturer to offer other products or services (the famous marketing activities), is not exempted, for the reason that the transfer is conceivable only in the service of the relationship established with the distributor - its execution or its improvement - without being able to follow other aims, nor to serve the own interests of the manufacturer;

---

<sup>37</sup> Article 2.4 of the exemption regulation.

<sup>38</sup> Article 2.5 of the exemption regulation.

<sup>39</sup> draft guidelines, § 100, (b).

3°- the transfer to the manufacturer of the data of the distributors' prospects is not exempted, since the commercial relationship is not established and the communication of the data is not required for its execution.

The Commission recalls that, if the lack of exemption is not sufficient to establish the anti-competitive nature of the exchange of information<sup>40</sup>, the draft guidelines on horizontal restraints<sup>41</sup>, which is intended to govern the agreements concluded between competitors, considers the legitimacy of the exchange only when it concerns aggregated data.

It should probably be added that the transfer of distributors' customer data may be required by mandatory legal provisions, for example relating to traceability.

All in all, it seems that manufacturers will have to substantially reduce the scope of the purposes for which they process the data provided by their dealers, as well as the number of persons to whom they intend to transfer the data collected by their dealers.

The Commission also suggests that manufacturers whose contracts do not meet the conditions for exemption should take measures to limit the exchange to aggregate data or to ensure that the manufacturer's upstream and downstream activities are kept separate.

At this stage, the burden of proof is in principle on the manufacturer.

Ultimately, the severity of the conditions imposed by the Commission, justified by the seriousness of the behavior it intends to prevent, may lead to the deployment of networks of agents outside the scope of the regulation.

## **b) Hybrid platforms do not benefit from the exemption**

Manufacturers are now often suppliers and service providers, in that they provide their distributors with an intermediation platform, i.e., in concrete terms, pages on the brand's website.

---

<sup>40</sup> draft guidelines, § 102.

<sup>41</sup> Guidelines on Horizontal Restraints of 14 January 2011, 2011/C 11/01, point n° 101; equivalent formula in the draft guidelines, § 103.

The definition of an intermediation platform is quite broad, as it also includes not only e-commerce marketplaces, but also app stores, price comparison tools and social media services used by businesses<sup>42</sup>.

The new regulation provides that the exemption does not apply to "(...) *vertical agreements relating to the provision of online intermediation services where the provider of the online intermediation services is an undertaking competing on the relevant market for the sale of the intermediated goods or services*"<sup>43</sup>.

The Commission makes it clear that "*such providers may have an incentive to favour their own sales and the ability to influence the outcome of competition between the undertakings that use their online intermediation services*"<sup>44</sup>.

The exemption is denied to the manufacturer when it is actually a competitor of the distributor on the downstream market (when it carries out direct sales), but also in the case where it is still only a potential competitor, which could in a short time commit the necessary investments to the implementation of direct online sales.

In the collimator, the clauses which oblige the distributor to have a page on the manufacturer's website, or when the distributor has its own website, a link automatically referring its customer to the manufacturer's website.

The Commission also recalls on this point that the lack of exemption does not necessarily imply the illegality of the clause, which must be examined in the context of an individual exemption<sup>45</sup>.

In this perspective, the Commission announces that it will probably not sanction the agreement concluded in the context of the provision of intermediation services, when the manufacturer does not have significant market power.

Without going into detail, it should be noted that the criteria for qualifying market power are multiple and all the more complex as the manufacturer's influence must be measured both in terms of its sales and in terms of the number of users of its platform.

---

<sup>42</sup> draft guidelines, § 64; section 1.1(e) of the regulation.

<sup>43</sup> Article 2.6 of the exemption regulation.

<sup>44</sup> draft guidelines, § 105.

<sup>45</sup> draft guidelines, § 107.

The Commission has already indicated that unless it finds a blatant anti-competitive practice (restriction by object), it will probably not pursue a manufacturer whose market share is less than 10%<sup>46</sup>.

The fact remains that this system clearly counters the ambition of the main manufacturers to put their distributors at the service of the ecosystem built around online platforms.

## **II - INTERNET SALES**

### **1) The right of access to the Internet is reinforced**

A clause that compromises the effective possibility for the distributor to sell the contractual products on the Internet is considered as a hardcore restriction, which deprives the entire contract of the benefit of the exemption<sup>47</sup>.

The formula is not new, but it is now explicitly expressed in the regulation.

The Commission is not only targeting the system that prohibits the distributor from operating its website, but also the system that has the effect, even indirectly, of significantly reducing the volume of online sales<sup>48</sup>.

It provides numerous examples of practices that could lead to the loss of the exemption, including the prohibition on the distributor operating several websites, whether the website is hosted by the distributor itself or by a third party<sup>49</sup>.

This point is important, considering that distribution groups sometimes operate a common platform for their various concessions.

Of course, and this is not new, the Commission recognizes the possibility for the manufacturer to require that the presentation of the contractual products on the Internet site of the distributor obeys certain quality criteria that it defines<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> draft guidelines, § 107, which refers to the August 30, 2014 Notice on Minor Agreements, § 8.

<sup>47</sup> Regulation 4(e); also Regulation 1.1.(l) and 4.(c).iii).

<sup>48</sup> draft guidelines, § 203, 204.

<sup>49</sup> draft guidelines, § 206, (f).

<sup>50</sup> draft guidelines, § 207, 208.



## 2) Price differentiation is regulated

The Commission accepts that the manufacturer can sell the contractual products to the distributor at a different price, depending on whether they are intended to be sold online or in a physical sales outlet<sup>51</sup>.

This arrangement was requested by the manufacturers in the interest of the distributors, the idea being to provide a higher margin to the distributors, since they bear the costs of a physical representation to a greater extent than the costs of online sales.

But it is also possible that this arrangement has been sought in the best interests of manufacturers, some of whom may be pursuing the goal of simply taking over online sales.

From this point of view, price differentiation would reduce the margin on online sales to an extent that would remove from these operations any real economic interest for the distributors.

In this respect, it should be noted that the draft guidelines provide a very narrow framework for this price differentiation by considering as a hardcore restriction measures that tend to:

- to slow down the distributor's online sales<sup>52</sup> ;
- to sell products intended to be sold online at a higher price to the distributor,<sup>53</sup>
- to impose a certain proportion of the distributor's total sales to the physical outlet<sup>54</sup>;
- and in general, to implement a price differentiation that would make online sales unprofitable or financially unviable<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> draft guidelines, § 209.

<sup>52</sup> draft guidelines, § 203.

<sup>53</sup> draft guidelines, § 204, (f).

<sup>54</sup> draft guidelines, § 208, (e).

<sup>55</sup> draft guidelines, § 209.

### **III - THE AGENT'S CONTRACT**

The status of the agent, which was already mentioned in the previous guidelines<sup>56</sup>, has been considerably clarified in the draft that has just been published.

#### **1) The agent is fully relieved of the risks borne by the independent trader**

The exemption regulation only concerns vertical agreements relating to the purchase or sale of products or services<sup>57</sup> and is therefore not intended to govern the agency contract.

Moreover, the agent, who is only the representative of his principal, is not considered as an independent economic actor, so that the agency contract could remain totally or partially outside the scope of the prohibition of anti-competitive practices<sup>58</sup>.

For this reason, the qualification of an agency contract must be assessed very strictly<sup>59</sup>.

The decisive condition of the agent's status, which distinguishes him from the independent trader, is that he does not bear any of the risks inherent in the act of trading, which must be fully assumed by his principal.

In this spirit, the Commission has therefore proposed criteria to ensure that the agent is indeed the simple representative of his principal and that the contract concluded with the manufacturer does not give him the role of an independent distributor<sup>60</sup>:

- the agent is not in charge of purchase/resale operations and does not carry any stock himself;
- he does not bear the costs related to the delivery of the products by the manufacturer;
- he does not bear the consequences of the non-fulfilment of the customer's commitments;

---

<sup>56</sup> Guidelines on Vertical Restraints of 10 May 2010, § 12 et seq.

<sup>57</sup> Exemption regulation, § 3.

<sup>58</sup> draft guidelines, § 30.

<sup>59</sup> draft guidelines, § 30.

<sup>60</sup> draft guidelines, § 33.

- he does not assume any responsibility towards the customer, for example, under the legal guarantee which is incumbent on the seller;
- he is not obliged, either directly or indirectly, to contribute to the advertising expenses;
- lastly and most importantly, the agent is not required to make the specific investments for the representation of the brand, including the Internet site<sup>61</sup>, it being noted that he must be compensated for the net book value of the investments already made<sup>62</sup>; this limit on compensation seems questionable in that it does not take into account the real value of the structures made available; moreover, it contradicts the stipulation that, when the investment has already been made by the distributor, "(...) *the principal should consider the hypothetical situation of an agent that is not yet active in the relevant market (...)*"<sup>63</sup>.

When the agent's activity is combined with a distributor's activity, the share of investments devoted to each activity must be precisely delimited<sup>64</sup>.

If any of these conditions are not met, the agent cannot be considered as the manufacturer's representative, but must be treated as a distributor, so that the relationship established with the principal falls within the scope of the prohibition of agreements restricting competition, subject to the benefit of the exemption.

## **2) Adherence to the agency agreement must be free**

The Commission states that "(...) *the independent distributor must be genuinely free to enter into the agency agreement*", further specifying that "(...) *the agency relationship must not be imposed de facto imposed by the principal through a threat to terminate or worsen the terms of the distribution relationship*"<sup>65</sup>.

It should probably be inferred from this that, in the absence of a genuinely free adherence, the substitution of contracts could in itself constitute reprehensible conduct.

---

<sup>61</sup> draft guidelines, § 40.

<sup>62</sup> draft guidelines, § 39.

<sup>63</sup> draft guidelines, § 39.

<sup>64</sup> draft guidelines, § 36.

<sup>65</sup> draft guidelines, § 36, 40.

The Commission does not explain the reasons for this requirement, which raises all the more questions as it puts its finger on a very sensitive point.

It must be noted that in the case of Stellantis, the distributor's freedom to join was compromised by the termination of the distributor contracts, as the manufacturer plans to offer agent contracts a few weeks or months before the expiry of the notice period, under conditions that will leave no real choice (especially since distributors are prohibited from reducing their structures in anticipation of this deadline).

In this respect, it must obviously be considered that the freedom to adhere or not to adhere to the agent's contract can only be conceived in function of the existence of an alternative, which is never proposed at this stage.

For the reason that the distributor is clearly not "*genuinly free*" to enter into the agency agreement or not, the reasons governing the Commission's requirement are important.

At this point, one can only speculate.

While the distributor is an independent trader, with a customer base that constitutes one of the main intangible assets of his business, the agent is not a trader and does not have his own customer base.

Under these conditions, the transition from one status to the other has important consequences, in particular the fact that by becoming an agent, the distributor is no longer an independent player on the market.

This consequence is aggravated by the fact that, under the pretext of bringing distribution contracts into compliance with the requirements of the RGPD, the main manufacturers have already undertaken to appropriate the customer files of their distributors.

This movement leads to an unprecedented concentration and distribution of the market, which everyone can understand does not owe anything to the free play of competition.

### **3) The privilege of fixing the selling price**

The Commission accepts that the principal is able to set the price at which his agent must sell the contractual products<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> draft guidelines, § 41, (c).

On this point, the Commission clearly warns the manufacturer who does not fully cover the investments of his agent that a lax implementation of this model, with the main purpose of imposing the selling price, could constitute a hardcore restriction likely to lead to the pure and simple nullity of the contract, which is now considered a vertical agreement<sup>67</sup>.

#### **4) The exclusivity in question**

The Commission accepts that the agent's contract includes an exclusive right of representation.

However, it is careful to point out that non-competition clauses may affect inter-brand competition, in particular when, through the cumulative effect of similar agreements, they contribute to the foreclosure of the market<sup>68</sup>.

This risk must be considered, insofar as the manufacturers who have announced the implementation of agent agreements represent at this stage more than 55% of the market in France<sup>69</sup>.

It is also important to consider the fact that distribution contracts generally include provisions relating to the collection and transfer of customer and prospect data, which *de facto* establish an exclusive mandate.

The cumulative effect could therefore be observed through the implementation of provisions that tend to organize the unavailability of data, in a manner common to both agent and distributor contracts.

It should also be noted that some manufacturers now require their distributors to carry out competing activities, when they have them, in separate corporate structures.

These practices contribute to the foreclosure of the market, to an extent that can obviously thwart the entry of new manufacturers, but also of new mobility service providers, thus penalizing both competition and innovation.

In this respect, it should be noted that the Commission has considered it useful to include in the exemption regulation a reminder of the provisions of regulation 1/2003, which authorize it to withdraw the benefit of the exemption from a manufacturer whose contract does not meet the conditions for its exemption with regard to the requirements of the Treaty.

---

<sup>67</sup> draft guidelines, § 45.

<sup>68</sup> draft guidelines, § 43.

<sup>69</sup> 61% if Hyundai finally opts for this model.

The same approach may lead to sanctioning agent contracts, no longer on the basis of the exemption regulation but on the basis of Article 101 of the Treaty, since by organizing the unavailability of data in a similar way, manufacturers contribute to the cumulative effect and foreclosure of the market.

In short, without explicitly mentioning the change in the manufacturers' business model and their new predilection for digital commerce, the Commission has clearly taken care to set limits on the deployment of their strategy.

In Paris, on May 16, 2022.