

Projets de règlement d'exemption par catégorie et de lignes directrices sur les restrictions verticales

Observations du MEDEF

La Commission européenne a présenté son projet de règlement communautaire d'exemption sur les restrictions verticales venant remplacer le règlement n°2790/1999 qui expire le 31 mai 2010. Il est accompagné d'un projet de lignes directrices.

A titre liminaire, le MEDEF souhaiterait rappeler que les grands principes régissant les accords verticaux consacrés par ce projet de règlement d'exemption conservent toute leur valeur et toute leur actualité. Les précédents règlements ont permis la mise en place de réseaux de distribution qui, par leur densité et la qualité des services offerts, n'ont cessé de répondre aux besoins toujours plus variés du consommateur. Ce dispositif a favorisé pleinement le jeu de la concurrence comme le souligne au demeurant la Commission européenne.

Ces dix dernières années ont vu le développement des ventes en ligne et l'apparition de nouveaux acteurs économiques. La nouvelle réglementation doit donc intégrer cette donnée tout en préservant les avantages de ces types de distribution

Le MEDEF note avec satisfaction que c'est l'approche retenue par la Commission européenne et souhaite faire part des observations suivantes¹.

¹ Dans les développements suivants, le terme « distribution sélective » couvre toutes les formes de distributions concernées par le règlement général : distribution sélective, exclusive et accords de franchise

I – Observations sur le projet de règlement d’exemption

1 - Définitions (article 1^{er}):

La définition du « savoir-faire » :

L’article 1^{er} du projet de règlement donne une série de définitions dont celle du « savoir-faire » au point 1(e). Ce terme est en effet expressément utilisé à l’article 5 (b), qui s’applique à tous les accords portant sur des restrictions verticales (distribution sélective, distribution exclusive et franchise), comme un élément permettant de justifier des clauses de non-concurrence post-contractuelle. La définition donnée doit donc être commune à l’intégralité des accords de distribution énumérés.

Or, la définition qui est donnée du « savoir-faire » au point 1(e) est incomplète en ce qui concerne les accords de franchise. Bien que les trois éléments caractéristiques du savoir-faire soient mentionnés, à savoir ses caractères « secret », « substantiel » et « identifié », aucune mention n’est faite sur l’avantage concurrentiel que doit procurer le « savoir-faire » transmis par le franchiseur au franchisé, sur son marché. Ce quatrième élément permet d’expliquer que le « savoir-faire » est, à la différence des autres réseaux de distribution, l’élément indispensable des contrats de franchise. Sans le « savoir-faire » qui permet au franchisé de bénéficier d’un avantage concurrentiel sur son marché au regard de son concurrent, la franchise ne peut exister.

Cette quatrième caractéristique du « savoir-faire » a été clairement affirmée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l’arrêt « *Pronuptia* » du 28 janvier 1986 (affaire 161/84), qui indique au point 15 :

« Dans un système de franchises de distribution tel que celui-là, une entreprise qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. [...] Ce système ouvre par ailleurs à des commerçants dépourvus de l'expérience nécessaire l'accès à des méthodes qu'ils n'auraient pu acquérir qu'après de longs efforts de recherche et les fait profiter de la réputation du signe. Les contrats de franchise de distribution se différencient en cela des contrats de concession de vente ou de ceux liant des revendeurs agréés dans un système de distribution sélective qui ne comporte ni utilisation d'une même enseigne, ni application de méthodes commerciales uniformes, ni paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis. Un tel système, qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence. [...] »

Par ailleurs, le règlement communautaire CE n°4087/88 du 30 novembre 1988 faisait également état de la nécessité de prendre en compte le « savoir-faire » dans les accords de franchise. Il est en effet précisé dans son article 1-3-g) : « *Le savoir faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position*

concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché ».

► Le MEDEF souhaiterait que la définition de l'article 1-e) soit modifiée en ce sens.

La définition de la « franchise » :

Le projet de règlement général exempte certaines catégories d'accords de franchise. Or la définition de la franchise ne fait pas partie de la liste des termes définis à l'article 1^{er}, les seules références à la franchise figurant dans les lignes directrices. Pourtant, les lignes directrices n'ont qu'une portée réduite sur le plan légal et ne s'imposent pas aux juridictions.

Après dix années d'application du règlement « Franchise » n°4087/88, les éléments constitutifs de la franchise et ses caractéristiques étaient incontestables et incontestés. Or à ce jour, l'absence de texte définissant ces éléments est une source d'insécurité juridique. L'absence de référence à la franchise dans la définition du « savoir-faire » (article 1(e)) participe grandement au risque de dilution du concept de franchise. Les professionnels de la franchise considèrent qu'il est impératif de mentionner dans un texte réglementaire, qui s'impose à tous, que la franchise diffère de la distribution sélective.

L'effet pro-concurrentiel de la franchise n'est plus à démontrer, en témoigne l'absence de décision judiciaire sanctionnant des atteintes graves en matière de droit de la concurrence de la part de réseaux franchisés et le développement de cette forme de distribution dans les pays de l'Union européenne.

► C'est la raison pour laquelle le MEDEF souhaiterait que soit ajouté à l'issue de la définition du « savoir-faire », l'alinéa suivant :

« Dans un accord de franchise, ce savoir-faire doit également permettre au franchisé d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché ».

Par ailleurs, dans l'hypothèse où la Commission retiendrait cette approche, le MEDEF souhaiterait que la définition suivante de la franchise, reprise du règlement n°4087/88, soit introduite à l'article 1^{er} du règlement d'exemption :

« La franchise est un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou services déterminés. Il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

- l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat,*
- la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire,*
- et la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord »*

2 – Exemption (article 2) :

En complément des précédents développements sur la prise en compte des réseaux de franchise dans le règlement d'exemption, le MEDEF souhaiterait souligner que dans le projet soumis à consultation, la définition des « droits de propriété intellectuelle » a évolué pour intégrer le « savoir-faire » parmi la liste des droits de propriété intellectuelle reconnus par le règlement (article 1- (d)).

Or, les conséquences de ce changement sont extrêmement importantes car l'article 2.3 de ce projet est resté inchangé, cet article prévoyant que : *« l'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant ... l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de tels accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, la vente ou la revente des biens ou services par l'acheteur ou ses clients. »*

Dès lors que la franchise a pour « objet principal » le transfert de droits de propriété intellectuelle dont le « savoir-faire » constitue l'élément distinctif, tel que le précise le règlement n°4087/882 ainsi que l'arrêt « *Pronuptia* » du 28 janvier 1986, on pourrait en conclure que les accords de franchise ne seraient plus couverts par le règlement d'exemption sur les restrictions verticales, bien qu'à la lecture des lignes directrices, les points 36 – 45 – 189 – 190 et 191 continuent d'inclure la franchise dans le règlement d'exemption.

► En conséquence, et afin d'éviter toute erreur d'interprétation, le MEDEF propose que si le règlement général devait couvrir les accords de franchise, l'article 2.3 soit modifié comme suit :

*« l'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant [...] l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de tels accords **car ils sont** directement liés à l'utilisation, la vente ou la revente des biens ou services par l'acheteur ou ses clients. »*

3 - Seuil de part de marché (article 3) :

Le projet de règlement prévoit que pour bénéficier de l'exception, chacune des entreprises parties à l'accord détienne une part de marché inférieure ou égale à 30% de tout marché en cause affecté par l'accord. Le seuil de part de marché de 30% s'applique donc à la fois au fournisseur et au distributeur (ou acheteur) alors que dans le règlement 2790/1999, seule la part de marché du fournisseur était prise en compte. Ceci répond à une volonté de la Commission de prendre en considération le pouvoir de marché des distributeurs.

Cette nouvelle disposition soulève de multiples difficultés, l'introduction d'un double seuil de parts de marché étant source d'insécurité juridique.

² Règlement n° 4087/88 - Considérant 2) *"les accords de franchise consistent essentiellement en des licences de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, des signes distinctifs ou du savoir-faire ..."*

➤ **La définition du marché pertinent** du côté du distributeur

Bien que le MEDEF souhaite que le seuil de 30% ne soit pas modifié, il considère qu'il est essentiel que des éclaircissements soient apportés par la Commission européenne sur la définition du marché pertinent pris en compte dans le calcul de la part de marché du distributeur. Les contours de la définition du marché pertinent sont difficiles à délimiter.

En tout état de cause, le MEDEF souligne que le marché local et/ou régional ne pourrait être le marché pris en compte. En effet, si cela était le cas, il est probable qu'aucune entreprise ne pourrait bénéficier de l'exemption par catégorie (un grand nombre de distributeurs bénéficiant d'une part de marché supérieure à 30%), ce qui n'est pas souhaitable et voulu ni par la Commission européenne ni par les Etats membres.

Par ailleurs, le choix d'utiliser un système de distribution pour tel ou tel produit constitue un choix de politique commerciale du fabricant. Celle-ci étant généralement mise en place au niveau de la direction générale du groupe, souvent au niveau européen, il serait particulièrement difficile pour le fournisseur d'analyser le marché de chaque distributeur « local » pour déterminer s'il est possible ou non de mettre en place un tel réseau de distribution.

- Il sera particulièrement difficile pour le distributeur (ou franchiseur) **d'obtenir les informations permettant d'évaluer le poids des distributeurs** (ou franchisés) pour chacun d'eux.

Seul le distributeur concerné dispose des informations permettant de calculer la part de marché qu'il détient. Par ailleurs, lui-même ne pourra déterminer cette part qu'en ayant connaissance de la part de marché de ses concurrents aussi bien au niveau local qu'au niveau national.

A titre d'exemple, dans les secteurs de l'hôtellerie et de la restauration, le marché géographique pertinent peut être un micromarché local ou une petite zone de chalandise. Les professionnels de ces secteurs ne disposant d'aucune donnée statistique leur permettant de calculer leur part de marché, les distributeurs ne seront pas en mesure de savoir s'ils pourront bénéficier de l'exemption.

Si cette rédaction de l'article 3 devait être maintenue, le fournisseur devra, avant de conclure un contrat de distribution, connaître la part de marché de chacun des distributeurs ce qui est rarement le cas et paraît difficile à mettre en pratique.

- **Dans le cadre d'un même réseau**, certains contrats seraient exemptés et d'autres ne le seraient pas.

La proposition de la Commission européenne soulève également des problèmes de mise en œuvre lorsque des distributeurs appartenant aujourd'hui au même réseau seraient soit au dessus soit en dessous du seuil des 30%, certains étant éligibles à l'exemption et d'autres, non.

- Une telle contrainte aboutirait à terme à une véritable **remise en cause des exemptions préalablement accordées**.

Si la notion de marché pertinent pour le distributeur est définie sur la base d'un marché local, une grande majorité des accords aujourd'hui exemptés ne le seraient plus demain. Par ailleurs, très peu d'accords seraient exigibles à cette exemption.

A titre d'exemple, certains distributeurs de boissons peuvent être en situation de position dominante sur un micromarché régional ou local, notamment dans des zones montagneuses. La validité des contrats existants serait donc remise en cause et le règlement général ne pourrait plus s'appliquer, ce qui serait préjudiciable surtout pour le consommateur.

Cette situation conduirait à remettre en cause le principe même des accords de distribution alors que ce type de distribution est fortement sollicité par les consommateurs qui y trouvent un gage de qualité et de service, notamment pour les produits haut de gamme et de haute technicité. Enfin, ce choix détournerait le choix stratégique de la tête de réseau vers le succursalisme, ce qui n'assurerait pas du plein effet de la concurrence.

► Dans l'hypothèse où, malgré les problèmes que cela soulève, la Commission conserve la rédaction actuelle de l'article 3 du projet, le MEDEF souhaiterait que des éclairages soient apportés quant à l'appréciation du marché pertinent du côté du distributeur.

A cet effet, des lignes directrices pourraient être proposées par la Commission européenne. Par ailleurs, les professionnels souhaiteraient qu'une période de transition soit mise en place afin que les entreprises concernées se mettent en conformité avec ces nouvelles règles.

A titre subsidiaire et dans un souci de cohérence, le MEDEF recommande que les articles 3 et 8 du projet de règlement relatifs au seuil de part de marché et à son application soient regroupés en un seul article.

4 - Les restrictions caractérisées (article 4) :

Sur les prix imposés – article 4 – a) :

Le projet de règlement d'exemption interdit au fournisseur de restreindre la capacité de l'acheteur/distributeur à déterminer son prix de vente. Cependant, il l'autorise à imposer au distributeur un prix de vente maximal ou à recommander un prix de vente à condition que ces derniers n'équivalent pas à un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle.

Lorsqu'un fabricant conçoit un nouveau produit il doit déterminer le positionnement qu'il souhaite lui donner sur le marché. Dans cette perspective, certains fabricants font le choix de diffuser aux distributeurs une liste de prix recommandés. Ces derniers sont du reste très demandeurs de telles recommandations qui leur permettent de positionner les produits des différentes marques les uns par rapport aux autres.

Il est aujourd'hui regrettable que les juridictions française et européenne retiennent aujourd'hui la diffusion de ces listes de prix recommandés comme élément de présomption d'entente. Une telle pratique a au contraire un effet positif car elle permet aux distributeurs revendeurs de mettre en concurrence les différentes marques, au bénéfice du consommateur. Aussi paraît-il nécessaire de sécuriser juridiquement cette pratique afin qu'elle ne constitue pas en tant que telle un élément de présomption d'entente.

► Le MEDEF souhaite que la rédaction de l'article 4 – a) soit maintenue, la diffusion de prix de vente recommandés ayant un effet concurrentiel positif pour le consommateur. Cependant, il souhaiterait que cette diffusion puisse se faire en toute sécurité afin que cette pratique ne soit pas considérée comme un élément de présomption d'entente.

Sur la restriction des ventes aux distributeurs non agréés – article 4 – b) :

Le projet de règlement prévoit que l'accord ne peut bénéficier de l'exemption s'il a pour objet de restreindre le territoire sur lequel un acheteur partie à l'accord peut vendre les biens ou les services contractuels. Cependant il est possible de « *restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés sur les marchés où ce système est appliqué* ».

La rédaction proposée par la Commission diffère sensiblement de la version du REC actuellement en vigueur précisant qu'il est possible de "*restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés*".

L'ajout proposé par la Commission revient à permettre uniquement la restriction des ventes aux distributeurs non agréés par les membres du système de distribution sélective sur les marchés où ce système est mis en œuvre, c'est-à-dire cela revient à autoriser la vente à des distributeurs qui ne sont pas dans le réseau dès lors qu'ils ne sont pas établis sur ledit territoire.

Ce système va nécessairement désavantager :

- les fournisseurs, qui pour continuer à contrôler leurs réseaux de distribution, vont se trouver obligés de couvrir l'intégralité du territoire communautaire ;
- les plus petits d'entre eux qui vendent rarement l'ensemble de leurs produits sur le territoire européen et créer ainsi une discrimination entre eux et les fournisseurs plus importants.

De la même manière, un fournisseur peut souhaiter s'implanter sur le territoire en plusieurs étapes et ne pas nécessairement « *in fine* » souhaiter couvrir la totalité du territoire européen.

Enfin, cette modification risque d'entraîner une augmentation des distributeurs parallèles non autorisés dans les Etats encore non couverts par le réseau de distribution, ce qui pourrait porter sérieusement atteinte à l'efficacité du système.

► Le MEDEF souhaiterait que la rédaction actuelle soit reprise en l'état dans le nouveau règlement d'exemption à savoir : « *restreindre les ventes par les membres d'un système de distribution sélective aux distributeurs non agréés ~~sur les marchés où ce système est appliqué~~* ».

II – Observations sur le projet de lignes directrices

1 – Distinction ventes actives et passives (point 51)

Les accords verticaux sont organisés sur la base d'une distinction entre les ventes « actives » et « passives ». Le MEDEF est satisfait que la Commission ait conservé cette distinction dans son projet de lignes directrices et que ces deux notions aient été mieux définies prenant ainsi en compte la jurisprudence existante.

Il note en effet une prise en compte de la dimension « internet » dans la nouvelle définition de la vente « active ». Ainsi le projet de lignes directrices indique que « *l'envoi de courriels non sollicités* » est considéré comme une vente active mais qu'au contraire « *toute publicité ou action de promotion générale soit dans les médias soit sur internet* » est considérée comme une vente passive. Cette clarification permet de confirmer la jurisprudence existante qui avait qualifié la pratique des « *spams* » comme vente active.

Cependant, dans un souci de sécurité juridique, le MEDEF appelle l'attention de la Commission sur la nécessité de proposer des définitions suffisamment intemporelles pour s'adapter aux nouvelles techniques de démarchages des 10 prochaines années qui nous séparent de la prochaine réforme du règlement et des lignes directrices. Aussi propose-t-il d'intégrer dans la définition de la vente active le critère de « l'investissement financier mis par le distributeur dans la réalisation de sa vente ».

► Le MEDEF souhaiterait que la rédaction actuelle du projet de lignes directrices en ce qui concerne la distinction entre « vente active » et « vente passive » et les définitions qui leur sont données ne soit pas modifiées. Néanmoins, la définition de la « vente active » pourrait être complétée afin que « l'investissement financier mis par le distributeur dans la réalisation de la vente du produit ou du service » soit pris en compte.

2 – Les ventes en ligne (point 52 et suivants)

Depuis le développement du commerce électronique, la vente par internet constitue un véritable enjeu économique pour les fabricants, les revendeurs et les consommateurs. Aujourd'hui, plus de ¾ des internautes préparent leurs achats sur Internet et le chiffre d'affaire de la vente à distance et du *e-commerce* atteignent plus de 20 milliards d'euros. Il convient donc d'accompagner ce mouvement en garantissant les mêmes exigences de qualité, de loyauté des échanges, de libre concurrence et de protection du consommateur que celles attendues dans le commerce traditionnel.

A la lecture du projet de lignes directrices, chaque distributeur doit être libre de recourir à internet pour faire de la publicité ou pour vendre ses produits. Dans le cadre de son réseau de distribution, il peut exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un point de vente physique ou d'une salle d'exposition avant d'être autorisés à vendre sur internet. Il est également autorisé, dans le cadre de la vente sur internet, à exiger de ses distributeurs qu'ils vendent au moins une

certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) de produits hors ligne pour assurer le bon fonctionnement de leurs magasins traditionnels (note de bas de page 29). Cette quantité absolue de vente hors ligne pourra être la même pour tous les distributeurs ou être arrêtée de manière individuelle pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille dans le réseau ou la localisation géographique.

Le MEDEF est satisfait de ces ajouts. Il appelle cependant l'attention de la Commission sur l'importance que la qualité du produit et/ou du service vendu en ligne soit strictement équivalente à celle du produit et/ou service commercialisé dans un point de vente physique de telle sorte que le consommateur ait la sécurité d'effectuer un achat équivalent.

Ainsi, le distributeur qui souhaite vendre en ligne doit être en mesure de proposer des prestations de livraison, d'intervention SAV et de retour dans les mêmes délais et aux mêmes coûts qu'un point de vente physique. Il est indispensable que la vente en ligne se fasse dans le respect du réseau de distribution exclusive, sélective ou de franchise et en parfaite cohérence avec celui-ci. Les sites doivent être labélisés et remplir les conditions imposées par le réseau de distribution.

► Le MEDEF est satisfait de la rédaction des points 52 et suivants du projet de lignes directrices relatifs à la vente par internet et rappelle qu'il est indispensable que la vente en ligne se fasse dans le respect du réseau de distribution exclusive, sélective ou de franchise et en parfaite cohérence avec celui-ci.