

PROJETS DE LA COMMISSION EUROPEENNE
DE REGLEMENT CONCERNANT
L'APPLICATION DE L'ARTICLE 81-§3 DU TRAITE A DES CATEGORIES D'ACCORDS
VERTICAUX ET DE PRATIQUES CONCERTEES
ET DE LIGNES DIRECTRICES SUR LES RESTRICTIONS VERTICALES

La Commission européenne a lancé au cours de l'été une consultation destinée à réviser le Règlement (CE) n° 2790/1999 concernant l'application de l'article 81-§3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ainsi que les Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000.

Les textes en projet sont le résultat de consultations préalables menées au sein du réseau européen de concurrence (« REC ») par chaque Autorité nationale auprès des parties prenantes. Il est à noter cependant que ces échanges nationaux ont pu parfois se faire dans des délais très courts ne permettant pas d'analyser avec toute la rigueur nécessaire un projet aussi conséquent pour les entreprises.

Cette consultation s'inscrit, en outre, dans une réflexion menée depuis de longs mois par la Commission européenne au cours desquels certaines entreprises membres de l'AFEP ont pu dialoguer avec les institutions européennes, en intégrant également une réflexion prospective sur la directive « e-commerce » pour laquelle un rapport est annoncé pour la fin 2009. Ce document devrait analyser en particulier la nécessité de présenter des propositions relatives à la responsabilité des fournisseurs de liens hypertexte et de services de moteurs de recherche.

Les entreprises considèrent qu'une clarification louable a été apportée aux projets soumis à consultation. Elles sont néanmoins fort préoccupées par certaines dispositions qui nécessitent d'être supprimées pour l'une d'entre elles et réexaminées pour certaines autres. Elles estiment, en outre, que cette révision doit s'inscrire dans une réflexion plus vaste prenant en considération le rapport à venir sur le commerce électronique sans sous estimer les orientations envisagées dans la proposition de directive relative au droit des consommateurs.

En 2008, l'AFEP a regroupé 90 des plus grands groupes privés exerçant en France, dont les effectifs employés s'élevaient à un total d'environ 5,4 millions de personnes pour un chiffre d'affaires annuel de près de 1400 milliards d'euros¹. La capitalisation boursière des groupes français cotés adhérents de l'AFEP atteignait 760 milliards d'euros fin 2008.

¹ Données « Monde » pour les entreprises françaises et « France » pour les filiales d'entreprises étrangères

I/ DISPOSITIONS DEVANT ETRE REVISEES DANS LES TEXTES DE LA CE

Les entreprises saluent l'effort de rédaction proposé qui tend vers une clarification des textes. Elles prennent, en particulier, connaissance avec intérêt des dispositions relatives à la vente passive dans ce projet comme elles constatent avec satisfaction que la base légale des réseaux agréés de distribution prévus par le règlement de 1999 est préservée. Laisser au fournisseur la faculté de choisir les modalités de distribution de ses produits contribue à dynamiser la concurrence et favorise l'investissement et l'innovation.

Cependant, plusieurs points les inquiètent à des degrés divers. Le premier, qui les préoccupe *très fortement*, concerne la modification des seuils de parts de marché ; les autres portent sur des sujets qu'elles considèrent perfectibles.

A/ SUJET DE FORTE INQUIETUDE : LA MODIFICATION DES SEUILS DE PARTS DE MARCHE

Sous l'empire du Règlement de 1999, seule la part de marché pertinente du fournisseur était prise en compte (30%). Après révision, l'exemption se limiterait aux accords conclus par des opérateurs situés à un stade différent du processus de fabrication et de distribution dès lors que « la part de marché détenue par *chacune des entreprises* parties à l'accord ne dépasse pas 30% de tout marché affecté par l'accord » (article 3 du projet de règlement).

Les conséquences de cette disposition sont juridiquement et économiquement dangereuses.

1) Conséquences juridiques

Le double seuil de part de marché de 30% pour le fournisseur comme pour le distributeur conduit à une forte insécurité juridique se traduisant par :

a) une incertitude pour le calcul des parts de marché

Telle qu'envisagée, cette disposition est difficile à concilier avec les textes existants, en particulier le Règlement 1/2003 qui a quasiment supprimé le système de notification préalable des accords entre entreprises auprès de la Commission. En effet, s'il n'y a plus de notification – sauf dans des cas limités – les textes doivent être suffisamment clairs pour permettre aux entreprises d'« auto-évaluer » leurs accords au titre du règlement d'exemption.

Cependant, si les fournisseurs peuvent connaître leur propre part de marché, ils auront des difficultés importantes à évaluer celle du distributeur. Le risque d'ententes verticales ne doit alors pas être sous-estimé, le fournisseur devant réclamer des chiffres qu'il n'a normalement pas à connaître dans le détail.

La détermination de la part de marché pertinente du distributeur est difficile. D'expérience, les entreprises ne sont pas sans savoir combien les règles afférentes à la définition du marché sont délicates à interpréter. La part de marché d'un distributeur est appréciée localement, qu'il s'agisse du marché géographique ou du marché des produits sur lequel il opère. La part de marché du fournisseur est généralement appréciée sur des zones importantes au niveau européen, et bien souvent au niveau national. Comment, alors,

connaître la part du marché du distributeur au niveau local ? Quels sont les contours d'un marché local ? Selon quels paramètres préétablis est-il défini ?

b) la difficulté pour le fournisseur de contrôler la stabilité de la part de marché de son ou ses distributeurs et l'incertitude qui en résulte

Dans l'hypothèse où un fournisseur et un distributeur ont respectivement une part de marché inférieure à 30 %, leur contrat de distribution bénéficie de l'exemption par catégorie. Leur part de marché peut cependant évoluer à la hausse.

Dans l'hypothèse où la part de marché du fournisseur demeure stable et où celle du distributeur augmente, *leur contrat ne bénéficiera plus de l'exemption par catégorie et ne sera donc plus présumé valide* au regard des dispositions du droit de la concurrence.

Cette hypothèse peut se produire à tout moment, sans aucune maîtrise de la part du fournisseur, et ce du fait par exemple de la croissance interne ou externe du distributeur ou du groupe auquel il appartient, de sa décision ou de celle de son groupe de représenter d'autres marques, de la disparition de certains concurrents du distributeur ce qui redistribue les cartes de la concurrence.

On assistera à un renversement de la charge de la preuve dès lors que l'un des opérateurs dépasse le seuil de part de marché. Il reviendra au fournisseur et à son distributeur de démontrer, avec les aléas qu'une telle démarche comporte, l'efficacité économique de leur contrat pour tenter de justifier que ledit contrat est valide au regard de l'article 81 § 3 du Traité.

Cette disposition renforce l'idée trompeuse que les accords verticaux sont présumés illicites et que toute situation non couverte par le Règlement d'exemption est nécessairement restrictive de concurrence.

2) Conséquences économiques et commerciales

Alors même que la Commission européenne souhaite manifestement et à juste titre préserver certains types de restrictions verticales, certaines dispositions du projet de règlement conduiraient au paradoxe d'en réduire les effets concrets en désorganisant des réseaux de ventes.

a) Fin potentielle de l'exemption par catégorie pour certains contrats

Si la Commission devait persister dans son projet, *il pourrait apparaître dans un système de distribution un, ou des contrats, de distribution qui pourrai(en)t ne plus bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le Règlement Général.*

Dans cette hypothèse, au sein d'un même système ou réseau de distribution, les co-contractants seraient amenés à gérer des situations juridiques et donc commerciales différentes, en fonction de l'évolution de la part de marché de l'un ou de l'autre.

De telles différences de traitement sont difficilement gérables sur le plan juridique et commercial. Elles génèrent des discriminations importantes au sein d'un même réseau et impliquent des sources de contentieux tant dans les relations entre fournisseur et distributeur que dans leurs relations avec des opérateurs indépendants (ex : perte de l'exclusivité territoriale, suppression de la distribution sélective quantitative sur une zone donnée, refus de vente non justifié).

b) La remise en cause des systèmes de distribution

Les contentieux évoqués ci-dessus pourraient avoir pour objet et/ou pour effet la remise en cause de l'ensemble d'un système ou d'un réseau de distribution donné, et ce simplement à partir d'une zone où un distributeur a dépassé le seuil de 30 %.

L'opérateur indépendant qui, aux termes d'une procédure de mise en cause d'un contrat de distribution donné, obtiendrait le droit d'acquérir des produits pour les revendre, *agirait alors sans les contraintes*, notamment celles prévues par la distribution exclusive, sélective (quantitative ou qualitative) ou bien encore la franchise, *auxquelles seraient soumis les autres distributeurs*. Sur quel fondement juridique un tribunal pourrait-il, en effet, lui imposer de telles contraintes dès lors qu'il est indépendant?

Demande de l'AFEP

L'introduction du double seuil de 30 % dans les critères à réunir pour bénéficier de l'exemption par catégorie générerait de l'insécurité juridique et des contentieux.

*Sauf à vouloir ébranler l'équilibre général des relations fournisseurs/ distributeurs, les entreprises demandent instamment que soient **conservées les dispositions relatives au seuil de parts de marché telles qu'elles étaient rédigées en 1999.***

Elles sont donc opposées à l'instauration de ce double seuil.

B/ AUTRES SUJETS PERFECTIBLES

Des améliorations ou précisions pourraient être apportées utilement tant dans le projet de règlement (période de transition) que dans celui de Lignes directrices (risques liés "à d'autres activités" ou investissements substantiels).

1) L'absence de dispositions transitoires

La période de transition a été supprimée du projet de règlement alors même que son existence sécurise toujours les contrats en cours, notamment lorsque le projet de règlement comporte de nouvelles dispositions impliquant la validité des contrats, ce qui est en tout état de cause le cas avec l'introduction du double seuil.

Ainsi, si la Commission devait introduire un double seuil pour les parts de marché, des contrats qui bénéficiaient aujourd'hui de l'exemption, pourraient ne plus en bénéficier après le 1^{er} juin 2010. Or, au regard de la multitude de contrats - de distribution ou de vente - pour

lesquels le distributeur achète plus de 30% de ses besoins chez le fournisseur, une application au 1^{er} juin 2010 sans période de transition ne permettrait pas d'étudier ces contrats, de déterminer les parts de marché des acheteurs et/ou distributeurs et de faire les modifications éventuellement nécessaires, plaçant ainsi les sociétés en risque en matière de sanctions.

Le maintien d'une période de transition serait bienvenu même en l'absence de double seuil de parts de marché, auquel les entreprises sont opposées

2) L'introduction d'un nouveau type de risque

Il semble qu'un critère de risque nouveau ait été ajouté à la jurisprudence existante par la Commission dans le projet de Lignes directrices § 14-17.

En effet les nouvelles lignes directrices introduisent un nouveau type de risques liés "à d'autres activités" demandées par le commettant et qui sont "indispensables pour vendre ou acheter les biens ou services contractuels pour le compte du commettant".

La question est de déterminer la manière dont doit s'entendre "indispensable"? A cette fin, il serait bon que la Commission précise que le bien intrinsèquement ne peut pas être vendu sans ces autres activités.

3) Les investissements substantiels

Le § 56 du projet de Lignes directrices évoque les investissements substantiels parfois nécessaires qu'un distributeur devrait réaliser sur de nouveaux marchés ou produits pour leurs développements. Le projet restreint cependant les conditions requises pour envisager ces investissements en spécifiant qu'« il n'existait auparavant aucune demande pour ce type de produit en général ou pour ce type de produit lorsqu'il émane d'un certain fabricant. »

Il est dommage de restreindre ainsi les capacités des nouveaux distributeurs entrants qui ne pourront pas bénéficier des structures déjà mises en place par leurs fournisseurs.

Parce que soit le produit soit le marché préexistant, il serait plus efficace de prôner une plus grande concurrence en supprimant cette précision.

II/ LES ENTREPRISES ATTIRENT L'ATTENTION DE LA COMMISSION SUR LES TEXTES EN COURS DE REFLEXION

Si la réflexion sur la directive « e-commerce » ne paraît a priori pas directement liée à la révision du Règlement général d'exemption, les conclusions du futur rapport qui seront retenues pour encadrer –ou non- les ventes par Internet consolideront –ou pas- les dispositions relatives aux ventes actives et passives telles qu'envisagées dans les projets de Règlement et de Lignes directrices. De même, la proposition relative aux droits des consommateurs devrait-elle tendre à mieux protéger le consommateur dans son acte d'achat électronique.

A- LA REVISION DE LA DIRECTIVE RELATIVE AU COMMERCE ELECTRONIQUE

A l'occasion de l'élaboration de ce rapport, le bilan sur le marché unique réalisé par la Commission devrait constituer la base de changements progressifs de la législation communautaire concernant les droits et responsabilités des prestataires de service.

Puissant outil² ayant atteint une véritable maturité technologique et économique bénéfique pour le consommateur, Internet doit être encouragé tout en assurant à ce dernier des droits à acheter identiques avec des niveaux de protection comparables à ceux proposés dans des lieux de vente physiques. Cette similitude de droit applicable aux structures électroniques est en effet majeure pour instaurer la confiance du consommateur sauf à réduire indûment sa capacité d'achat³.

Ainsi les entreprises considèrent-elles que des modifications techniques devraient être envisagées lors de la rédaction de ce rapport.

1. Modifications techniques prônées par les entreprises

Il est essentiel de *clarifier les définitions d' « intermédiaires » et d' « hébergeurs » dans cette directive afin de responsabiliser l'ensemble des acteurs sur ce secteur*. Les récentes et divergentes interprétations jurisprudentielles induites par ce texte, en particulier pour la notion d'hébergeur sont en effet source d'insécurité juridique dommageable pour les entreprises⁴.

De même, il est nécessaire d'assurer la *fin de l'anonymat pour les vendeurs* sur les plateformes électroniques. Dans tous systèmes juridiques, la vente ou l'offre de vente est un contrat ou un appel à contracter qui suppose que les parties soient identifiées.

Valable pour les particuliers comme pour les professionnels, la fin de l'anonymat respecte un principe majeur de la relation commerciale. Elle peut, en outre, permettre aux vendeurs de fournir des garanties de transparence à l'égard de leurs acheteurs s'ils vendent des biens émanant de la distribution sélective sans être eux mêmes distributeurs agréés.

La possibilité pour les fabricants de *notifier aux hébergeurs leurs propres réseaux* de distributeurs numériques agréés devrait également être prônée.

Le fait de notifier le caractère sélectif de certains types de distribution de produits ou services permettra à l'ensemble des acteurs d'avoir une meilleure connaissance du marché. Chacun assumera ainsi ses responsabilités en toute connaissance de cause.

² Selon la Fédération des entreprises de vente à distance (FEVAD), 22 millions de français ont acheté ou vendu en lignes en 2008, pour un montant de transactions de 20 milliards € (+ 29% par rapport à 2007) ; 11 600 sites ont été créés en 2008 sur un total de 48 500 sites.

³ Voir, en ce sens, la Décision 08-D-25 du 29 octobre 2008 du Conseil de la concurrence français relative aux produits pharmaceutique P. Fabre, qui renforce la nécessité d'autoriser les membres d'un réseau de distribution sélective à vendre des produits par voie électronique.

⁴ Voir, dans ce cadre, le jugement du Tribunal de Commerce de Paris (1^{ère} Ch) du 30 juin 2008 et la position inverse émanant d'un jugement du Tribunal de commerce de Bruxelles (7^e Ch) en date du 31 juillet 2008.

En particulier, les professionnels disposeront de meilleures conditions pour effectuer la traçabilité d'un produit au bénéfice du consommateur.

2. Approche sous-tendant ces modifications

La Commission devrait être ainsi conduite à inventorier des services qui se sont développés autour de l'activité d'hébergement purement technique, inexistants lors de l'élaboration de ce texte. Ils sont le plus souvent le reflet de pratiques commerciales issues du marché réel, soumises pour ce dernier aux exigences du droit mais couvertes par une présomption d'irresponsabilité, pour ces nouvelles activités.

L'appréciation du régime juridique de ces pratiques révèle de réelles divergences entre les Etats Membres et vis à vis des pays tiers alors même que le vecteur numérique ne connaît pas les frontières. Cette situation est délicate tant pour le respect des droits de propriété intellectuelle que pour les fournisseurs d'accès Internet et l'ensemble des acteurs de la distribution liés par des accords verticaux de distribution. Elle est, en outre, potentiellement source de déconvenues pour le consommateur (fraude, absence de service après-vente...) et porte en germe le risque que ce dernier se détourne de ce vecteur. Elle contribue, enfin, à freiner des initiatives visant à normaliser les relations commerciales toujours plus interdépendantes sur la toile et à permettre ainsi à ce vecteur d'accéder à plus grande maturité.

Plus généralement, **l'évaluation de cette directive devrait poser la question de l'applicabilité pérenne d'un statut dérogatoire**, résumé par la présomption d'irresponsabilité qu'il institue – sauf exception. Si l'on peut en comprendre la logique dans le cadre du développement d'une nouvelle technologie de communication et de circulation des échanges commerciaux, il apparaît opportun, une fois cet essor réalisé, de s'interroger sur les multiples nuisances constatées et révélées dans des domaines aussi divers que le respect de la vie privée, la sécurité du territoire, la dignité humaine et enfin le développement de fraudes diverses, nombreuses et sophistiquées dont la cybercontrefaçon n'est qu'un exemple .

Compte tenu du niveau de développement de l'Internet dans l'Union européenne, une meilleure responsabilisation des intermédiaires Internet dont les activités dépassent le simple transfert d'information ou le simple hébergement technique (en particulier les sites d'enchères en ligne) semble indispensable pour assurer au consommateur un niveau de protection suffisant.

Recommandations de l'AFEP en matière de e-commerce à l'adresse de la Commission :

- ***Clarifier à cette occasion les termes d' « intermédiaires » et d' « hébergeurs » afin de promouvoir une responsabilité proportionnelle aux enjeux économiques et juridiques,***
- ***A cette fin, encourager également la fin de l'anonymat pour les vendeurs,***
- ***Promouvoir l'identification du professionnel vendeur afin de sécuriser le consommateur acheteur,***
- ***Favoriser la notification par les fabricants de leurs réseaux de distributeurs agréés auprès des hébergeurs,***

- *Considérer le e-commerce comme une modalité d'achat/ vente supplémentaire ne devant conduire à aucune exclusion de distribution.*

B- LA PROPOSITION DE DIRECTIVE RELATIVE AUX DROITS DES CONSOMMATEURS

En l'état actuel de ce texte, ce projet est une excellente opportunité de garantir aux consommateurs européens un niveau de protection identique pour le commerce traditionnel et la vente en ligne.

Les entreprises déplorent cependant qu'à ce stade, le texte envisage des dispositions relatives aux plates-formes Internet *protégeant uniquement les vendeurs professionnels*, les accords de vente entre deux consommateurs n'entrant pas dans le périmètre de cette proposition de directive (sans compter les professionnels qui se cachent sous des particuliers pour échapper à la législation). Celle-ci ne s'applique pas plus – ou très peu – aux opérateurs de plates-formes Internet.

Ainsi et à ce stade, ce projet de texte n'offre aucune protection aux consommateurs qui achètent à un autre consommateur via une plate-forme Internet telle qu'il s'en développe actuellement.

* * *