

**POSITION DE LA FCA SUR LA REVISION  
DU REGLEMENT D'EXEMPTION COMMUNAUTAIRE  
DES ACCORDS VERTICAUX RESTRICTIFS DE CONCURRENCE**

**BESOIN DE SECURITE JURIDIQUE**

**Remarques générales sur l'ensemble des projets de règlement et de lignes directrices**

L'entrée en vigueur du règlement (CE) n° 1/2003, en mai 2004, a ouvert une nouvelle ère pour le droit de la concurrence puisqu'il impose à chaque entreprise d'évaluer la légalité de ses accords ou pratiques susceptibles, d'après le droit de la concurrence communautaire, d'entraver le commerce entre États membres.

Cette nouvelle approche implique pour le Commerce Associé et les PME qui le composent de trouver des solutions permettant de faire face aux difficultés liées à l'application, à leurs structures et activités, du règlement (CE) n° 2790/1999 sur les « accords verticaux » qui les concerne sans pour autant être parfaitement adapté. L'enjeu pour le Commerce Associé consiste en effet à pouvoir bénéficier de la sécurité juridique nécessaire aux entreprises et à laquelle contribue incontestablement ledit règlement. A ce jour, les groupements ont besoin de pouvoir adopter certains comportements acceptés et reconnus comme normaux et pro-compétitifs chez leurs concurrents, mais que le règlement actuel ne leur autorise pas.

Par conséquent, afin d'obtenir une meilleure prise en compte des besoins des groupements, la FCA a choisi de s'impliquer activement dans la démarche de révision du règlement (CE) n° 2790/1999 sur les « accords verticaux » dont la date d'expiration est fixée au 31 mai 2010.

La FCA accueille donc favorablement l'ampleur des modifications apportées au règlement (CE) n° 2790/1999 dans le cadre du projet de règlement qui l'améliore sur certains aspects et salue par ailleurs la recherche de précision témoignée au travers du projet de lignes directrices qui se veut complet et devrait donc être bien efficace pour accompagner les entreprises dans leur analyse.

-> Le choix d'un règlement au dispositif assez ramassé et de lignes directrices suffisamment développées et précises, bien qu'encore perfectibles, nous semble très approprié et emporte notre assentiment.

De plus, nous notons avec satisfaction au point (3) la possibilité rappelée d'adapter les lignes directrices autant que de besoin, ce qui permet de tenir compte de l'évolution de la situation et de l'état des connaissances et ainsi de s'assurer d'une interprétation, d'une part, homogène de la part des autorités nationales des États membres, chargées de leur application, et d'autre part, fidèle à la volonté des Autorités communautaires en cette matière.

Ces remarques préliminaires étant faites, la FCA souhaite formuler des requêtes et observations sur le projet de règlement devant succéder au règlement (CE) n° 2790/1999 (dénommé ci-après règlement), mais également sur le projet de lignes directrices y attenantes (dénommé ci-après les lignes directrices).

## **DENOMINATION : ASSOCIATION D'ENTREPRISES**

### **Article 2§2 du règlement et Points (29) des lignes directrices**

Le terme « association » ne nous paraît pas le plus adapté. Nous préférons largement le terme « groupement », tel qu'il est utilisé d'ailleurs à l'article L.124-15 du Code de commerce en France. Cet article précise les formes juridiques que doivent nécessairement adopter en droit français les « **groupements de commerçants de détaillants** » pour se constituer valablement. Certes, il ne correspond pas à une forme juridique en particulier, mais cette notion est largement plus différenciante et représentative que celle d'« association », qui est plus ambiguë car elle reste dans beaucoup d'Etats connotée à une organisation à but non lucratif, alors que nous parlons bien ici de structures commerciales.

-> La FCA souhaite que le règlement communautaire dans l'article 2§2 et ses lignes directrices puissent intégrer la notion de « groupements » telle qu'elle apparaît déjà dans le Code de commerce, en lieu et place du terme « association ». Si le terme « association » en anglais peut recouvrir en effet le Commerce Associé, la FCA souhaiterait qu'il puisse être traduit par « groupement » dans la version française.

## **DETAILLANTS DE BIENS (ET NON DE SERVICES)**

### **Article 2§2 du règlement et Points (2), (25,4<sup>ème</sup> tiret) des lignes directrices**

L'article 2 paragraphe 2 s'applique si tous ses membres sont « détaillants de biens ». Or le Commerce Associé s'exprime également dans le secteur des services ; la FCA rassemble ainsi des groupements très actifs d'hôteliers ou d'agences de voyages par exemple. Dès lors, **les services devraient être inclus dans la palette d'activités qui peuvent être faites par les membres d'un groupement et devraient être visés par le règlement au même titre que la vente au détail de biens.**

D'autant plus que nous avons noté au point (2) que les lignes directrices ont fait preuve de la plus grande largesse et ont pris la peine de préciser que « l'analyse est applicable **tant aux biens qu'aux services**, même si certaines restrictions verticales se pratiquent surtout dans la distribution des biens. En outre, les accords verticaux peuvent porter sur des biens et services **intermédiaires** comme sur des biens et services  **finals**. Sauf indication contraire, l'analyse et les arguments développés ici s'appliquent à **tous les types de biens et des services et à tous les stades du commerce.** » De même, au point (25, 4<sup>ème</sup> tiret), les lignes directrices précisent que « l'objet du règlement d'exemption par catégorie est en effet de couvrir **les accords d'achat et de distribution** ».

Or, la FCA relève au point (29) des lignes directrices que, pour compléter une restriction déjà décelable dans le règlement (article 2 §2), mais dont on pouvait penser qu'elle était issue d'un choix inopportun de termes trop restrictifs, les lignes directrices excluent précisément le bénéfice de l'exemption à certains groupements de commerçants. Le point (29) a en effet pris expressément le soin de **préciser entre parenthèses l'exclusion des services, pour les seuls groupements de détaillants.**

**Nous ne nous expliquons pas le décalage** entre autant de largesse pour l'ensemble des entreprises et une telle restriction pour les seuls groupements de commerçants. **Aucune justification** n'est apparente ni sous-entendue. Nous nous interrogeons donc légitimement

sur la raison de cette exclusion pour les seuls groupements. D'autant plus qu'il ressort des projets de textes que **cette exclusion n'est pas prévue ou non précisée pour le système de la franchise ou les autres formes de commerce indépendant organisé** (distribution sélective, distribution exclusive,...).

Alors que d'aucuns pourraient vouloir argumenter en plaidant le caractère simultanément et suspicieusement horizontal de l'entente dans les groupements pour justifier une telle exclusion, nous souhaitons rappeler que les lignes directrices n'ont pas omis de préciser qu'un examen - préalable - est nécessaire au regard des lignes directrices « accords horizontaux » avant que les ententes dites mixtes puissent bénéficier de l'exemption au titre des accords verticaux (point 30). Ainsi, puisque la « sanction » d'un double contrôle (horizontal puis vertical) pèse déjà sur les groupements, pourquoi prévoir en outre un nouveau critère qui fait office alors de « **double sanction** » pour un même état de fait, en excluant le bénéfice de l'exemption les groupements qui vendent exclusivement du service ?

D'ailleurs, nous retenons que **les services sont couverts pour la franchise** du fait que les droits de propriété intellectuelle le sont (points 31 et suivants). **Or, on ne peut contredire que les groupements sont à même de proposer les mêmes services** (assistance, développement, communication, assortiment, formation,...) et diffuser un même savoir-faire au sein de leurs réseaux que ceux présentés au point 185. Ainsi, tout concourt à donner au groupement un même droit à la sécurité juridique qu'à la franchise notamment, bien que la structure juridique soit différente, puisqu'on retrouve la même influence des accords verticaux sur le bénéfice ou le préjudice des consommateurs.

Nous avons par ailleurs noté, dans le cadre du calcul du **seuil maximum de 50 millions** d'euros de chiffre d'affaires pour chacun des membres du groupement, qui est une condition à respecter pour que l'accord puisse bénéficier de l'exemption catégorielle, que le chiffre d'affaires à prendre en compte est le « chiffre d'affaires annuel **total**, conjointement avec ses entreprises liées » (article 2§2). Un chiffre d'affaires lié à des services peut donc être pris en considération via la notion d'« entreprises liées ». D'ailleurs l'article 9 précise « le chiffre d'affaires (...) résulte de l'addition du chiffres d'affaires (...) réalisé par la partie à l'accord vertical concernée et du chiffre d'affaires réalisé par les entreprises qui y sont liées, en ce qui concerne **tous les biens et services** ». C'est donc une hypocrisie que d'exiger que les membres d'un groupement ne fassent que de la vente de biens au détail, mais d'admettre que leurs « filiales » fassent du service dont le chiffre d'affaires doit être intégré pour examiner si le seuil de 50 millions d'euros est dépassé.

Enfin, la FCA formule une interrogation générale sur la raison de distinguer la notion de services de celle de biens et identifie une contradiction entre les différents degrés d'« effet néfaste à la concurrence » mis en avant selon la nature du cadre d'analyse. En effet, dans le cadre du contrôle des concentrations en France, la loi de Modernisation de l'économie du 5 août 2008 a abaissé les seuils de contrôle des opérations de concentration en en fixant un à 15 millions d'euros (contre anciennement 50 millions) en ce qui concerne le secteur du commerce de détail, l'objectif du législateur français étant de permettre à l'Autorité de la concurrence d'examiner plus systématiquement des opérations de concentration qui pouvaient échapper à son analyse précédemment. Or, les discussions parlementaires et plus particulièrement le projet de lignes directrices de l'Autorité de la concurrence, ouvert à consultation jusqu'à fin septembre 2009, mettent bien en avant que cela ne concerne que la vente de détail de biens. Ainsi, les activités de services ne requièrent pas le même degré de « surveillance » et restent soumises au seuil général de contrôle des concentrations à savoir : 50 millions d'euros. Ainsi, il y a une contradiction évidente entre, en matière de concentration, la non nécessité de surveiller de plus près les services, ce qui se concrétise par un seuil de contrôle fixé de manière plus élevée que pour la vente de biens, et le fait que, pour les accords verticaux, les services des groupements

de commerçants ne peuvent pas bénéficier aussi légitimement de la présomption de légalité que celle dont bénéficient les ventes de biens des groupements de commerçants. Est-il possible d'expliquer cette contradiction ?

-> La FCA estime que le règlement communautaire et ses lignes directrices devraient inclure les services dans la palette d'activités qui peuvent être exercées par les membres d'un groupement et donc bénéficier de l'exemption catégorielle au même titre que la vente au détail de biens.

## VENTE AU DETAIL - QUID DE LA PARTIE GROSSISTE ?

### Article 252 et Point (29)

L'article 2 paragraphe 2 ne s'applique aux accords conclus que si **tous ses membres sont « détaillants »**. Les lignes directrices précisent au point (29) que « les détaillants sont des distributeurs qui revendent les biens au consommateur final. »

Là aussi, la FCA note un net décalage entre la volonté des lignes directrices d'être le plus large possible pour l'ensemble des entreprises au point (2) en visant expressément les biens et services intermédiaires pour les inclure dans le champ de l'exemption, alors que les groupements ne pourraient avoir comme membres que 100% de détaillants.

Or, il n'y a **pas de raison apparente** justifiant le fait que le champ d'application du règlement (CE) n° 2790/1999 devrait **se limiter seulement à des groupements de « détaillants »**. Comme précédemment sur la notion de service, se pose alors la question de la justification de cette différence de traitement entre grossistes et détaillants.

Au-delà du manque de preuve de légitimité de cette distinction, ce point pourrait également souffrir des précisions complémentaires. Pour prendre une illustration, il n'existe pas en droit français de définition précise de ce qu'est le commerce de détail. Par conséquent, on estime en France qu'un commerçant est détaillant s'il réalise la majorité de son chiffre d'affaires avec des consommateurs finals.

En l'absence de précision dans les projets soumis à consultation, ce raisonnement peut-il être tenu dans le cadre du règlement ? Il est vrai que certains groupements adhérents de la FCA ont comme membres des commerçants qui vendent pour partie à des consommateurs finals, mais également à des professionnels, comme par exemple des artisans en ce qui concerne le secteur du bricolage ou encore des matériaux de construction. Dans ces conditions, peut-on raisonner sur la base de la majorité de leur chiffre d'affaires réalisé avec des consommateurs finals ? Néanmoins, en présence d'un texte devant prévoir les conditions d'exemption, ne doit-on pas estimer qu'en l'absence de précision, l'interprétation doit être restrictive ? Dans ces conditions, les autorités pourraient estimer que la phrase « les détaillants sont des distributeurs qui revendent les biens au consommateur final » signifie que le chiffre d'affaires doit être réalisé à 100 % avec les consommateurs finals. Dans le cas d'une telle interprétation, beaucoup trop restrictive à notre sens, bon nombre de groupements se verraient privés du bénéfice de l'exemption catégorielle et donc de la sécurité juridique y afférente au simple motif d'avoir des membres qui sont grossistes, même pour une partie infime de leur chiffres d'affaires.

-> La FCA estime que les lignes directrices devraient être modifiées pour supprimer la référence à la notion de « détaillants » et parler d'« entreprises commerciales » membres de groupements. A tout le moins, la notion de détaillants devrait être précisée pour ne pas priver et donc permettre aux membres d'un groupement de vendre à des professionnels (pour partie minoritaire au moins), sans craindre de perdre le bénéfice de l'application du règlement.

Pour aller plus loin, on pourrait même estimer que rien ne justifie de réduire si restrictivement le champ d'application du règlement dans le cadre des groupements d'entreprises et, qu'au contraire, il faudra substituer à la notion « d'association de détaillants » celle de « **groupements d'entreprises commerciales, artisanales et libérales** » pour viser bien plus largement différentes activités économiques non limitées au commerce de détail.

-> La FCA souhaite de plus faire remarquer que le statut de la Société Coopérative Européenne est désormais en vigueur dans les différents Etats membres. Les groupements bénéficient donc d'une reconnaissance juridique communautaire sur la base de textes qui ne limitent pas les activités d'une telle structure à certains pans économiques particuliers.

## ACQUIESCEMENT TACITE DE L'ACCORD VERTICAL

### Point (25, 1<sup>er</sup> tiret) des lignes directrices

Le projet de lignes directrices, point (25), semble vouloir donner une nouvelle définition aux accords verticaux. Ainsi, un accord existe dès lors que les parties ont exprimé leur intention commune de se conduire d'une manière spécifique sur le marché. Mais peu importerait la forme que pourrait prendre l'expression de cette intention. Ainsi en l'absence d'un acquiescement explicite, la Commission pourrait se baser sur l'**acquiescement tacite** d'un comportement unilatéral d'un opérateur pour estimer qu'il y a existence d'un accord. Sur ce point, la Commission a indiqué n'avoir repris ici que la jurisprudence de la CJCE qui a été développée en l'absence de précisions des textes à ce sujet.

Néanmoins, la FCA souhaite vivement attirer l'attention sur la difficulté pour une entreprise en **position de dépendance économique** de s'opposer clairement à un comportement anticoncurrentiel qui serait de l'initiative unilatérale d'une autre entreprise.

En effet, alors que la législation applicable en France en matière de rupture abusive d'une relation commerciale est un **moyen de protéger une entreprise** susceptible, de par sa position de faiblesse, de subir les conséquences des agissements d'une entreprise dont elle est la merci, **la disposition du point (25) reviendrait tout simplement à punir au contraire la personne en état de dépendance** en l'associant expressément à l'accord qui reste néanmoins un acte unilatéral.

Au contraire, la FCA estime que l'existence d'une entente verticale entre fournisseur et distributeur suppose que chacune des parties y ait librement adhéré en toute connaissance de cause. Ainsi, alors que les lignes directrices mettent en exergue la possibilité d'un acquiescement tacite lié à un acte unilatéral, les projets de textes méconnaissent les cas où le fournisseur pourrait exercer des pressions sur les distributeurs concernant l'application d'accords verticaux. L'agissement des distributeurs ne serait non pas volontaire mais sous la contrainte, et impropre à établir l'adhésion consciente et volontaire à un accord qui n'en mérite donc pas le nom.

-> La FCA estime que la définition de l'accord ne peut valablement reposer sur la notion d'acquiescement tacite.

## SEUIL MAXIMUM DE CHIFFRES D'AFFAIRES DE 50 MILLIONS D'EUROS

### Article 2 § 2 et points (29) des lignes directrices

C'est avec satisfaction que la FCA note que les lignes directrices ont prévu des périodes de transition pour les cas de franchissement du seuil de 50 millions d'euros (article 9 § 2) et salue donc le degré de précision que la Commission a pu atteindre sur certaines dispositions à la fois du règlement et de ses lignes directrices.

Néanmoins, le seuil de 50 millions d'euros pose un problème évident aux entreprises du Commerce Associé en France, du fait qu'il correspond à un **seuil bas**, qui exclut et exclura encore plus à l'avenir bon nombre de nos groupements du bénéfice de l'exemption catégorielle, alors que rappelons-le par ailleurs, **les autres formes de commerce indépendant organisé sont dédouanées de l'application de cette condition.**

En effet, si pour la notion de services -encore exclue à ce jour - le seuil ne s'avère pas restrictif, il l'est pour le commerce de détail pour lequel le dépassement d'un chiffre d'affaires de 50 millions d'euros n'est pas rare, même dans des groupements somme toute de taille modeste au niveau communautaire. Nous rappellerons d'ailleurs que ce seuil a été repris du règlement datant de 1999 et qu'il a donc été **fixé il y a donc plus de 10 ans** maintenant (en tenant compte les travaux préparatoires).

Il conviendrait donc à tout le moins de **réviser ce seuil de 50 millions à la hausse**, voire de permettre aux groupements de ne pas perdre systématiquement le bénéfice de l'exemption catégorielle dès lors qu'un certain nombre de leurs membres, dont le développement est souhaitable et souhaité, franchissent le seuil de 50 millions d'euros.

Ainsi, la phrase au point (29) précisant qu'« un léger dépassement du seuil de chiffre d'affaires de 50 millions d'euros par un **petit nombre** de membres de l'association ne change normalement pas l'appréciation au regard de l'article 81 » n'est pas suffisante. Les lignes directrices devraient prévoir que la possibilité de bénéficier de l'application du règlement existe tant qu'« une **faible part** » des membres seulement réalise individuellement un chiffre d'affaires excédant légèrement le seuil de 50 millions d'euros.

Quant à l'argument consistant à craindre de faire bénéficier des grands groupes de cette possibilité élargie, la FCA oppose que sa demande a trait exclusivement au cas de groupements d'entreprises et donc des indépendants et qu'elle ne peut en aucun cas concerner des commerces intégrés.

Bien entendu, la FCA aurait préféré encore que la condition complémentaire et exclusivement applicable aux groupements de commerçants soit supprimée, au motif que, n'étant pas appliquée aux réseaux de franchise, à la distributions élective, à la distribution exclusive, bref aux autres formes de commerce indépendant organisé (point 186), rien ne justifie une condition supplémentaire pour le seul Commerce Associé, sauf à raisonner inexactement sur le possible effet négatif de l'entente horizontale qui, pourtant, comme nous l'avons rappelé précédemment, est réglé dans le cadre d'un autre examen sur les ententes horizontales.

En effet, du point (185) il ne ressort pas d'élément qui serait à même de justifier valablement cette différence de traitement. Comme « les accords de franchise qui comportent une licence de propriété intellectuelle relatifs à des marques ou à des signes distinctifs et à savoir faire pour l'utilisation et la distribution de biens ou de services », les groupements de commerce ont recours à la bannière d'une enseigne, fournisse une assistance commerciale et technique ainsi qu'une méthode commerciale qui font de même partie intégrante de la méthode commerciale du groupement. Ainsi, sur ces points en particulier, la différenciation des groupements avec la franchise n'apparaît pas justifiée. Enfin, alors que le point (43) estime que « les accords de franchise (...) sont le meilleur

exemple de communication de savoir-faire à l'acheteur à des fins commerciales », la FCA souhaiterait que mention soit faite, au même titre que la franchise, des autres systèmes de distribution similaire », parmi lesquels on compte le Commerce Associé pour leur reconnaître également leur exemplarité dans le cadre de transfert de savoir faire qui n'est pas l'apanage de la franchise.

-> La FCA demande que le seuil de 50 millions d'euros de chiffres d'affaires, fixé il y a plus de 10 ans, soit révisé à la hausse, voire que le nombre de dépassement autorisé soit revu à la hausse en prévoyant à tout le moins qu'une « faible part » des membres d'un groupement puisse dépasser légèrement le seuil.

-> Parallèlement, la FCA demande à ce que les lignes directrices reconnaissent que le transfert de savoir-faire, l'assistance commerciale et technique ne sont pas l'apanage de la franchise alors que ces éléments constituent également l'essence même des groupements d'indépendants. Ainsi, les nuances apportées par les lignes directrices dans l'application du règlement sont le plus souvent à formuler également pour d'autres formes de commerce indépendant organisé, dont les groupements, en précisant par exemple aux points (43), (185) « et autres systèmes de distribution similaire », comme cela est le cas au point (221).

## **SEUIL DE PART DE MARCHÉ DE 30 %**

### **Article 3 et points (83 et suivants) des lignes directrices**

Le projet de règlement dispose d'une nouvelle condition en matière de part de marché, à savoir le respect du seuil de 30 % de part de marché à la fois sur le marché de l'amont (comme précédemment), mais également à l'aval.

Or, il nous paraît impossible de pouvoir exiger une telle condition du fait que si le calcul de la part de marché du fournisseur est déjà difficile et sujette à discussion, celui de la part de marché de l'acheteur-distributeur est encore plus complexe et pratiquement indéfinissable.

De plus, la Commission n'a pas donné de justification concernant cette nouvelle exigence et n'a pas donné de clé précise de calcul sur ce point. Dans ces conditions et alors que la motivation première de ces textes est d'offrir une certaine sécurité juridique aux entreprises, atteindre cet objectif en exigeant le respect de 30 % de part de marché à de l'acheteur est une gageure du fait de la difficulté de définir le marché pertinent.

D'ailleurs, la FCA souhaiterait être éclairée pour comprendre s'il y a lieu, et si oui, comment segmenter les différents marchés selon les produits, puisqu'il semblerait que les marchés soient définis selon la substituabilité des produits. De plus, faut-il estimer que le marché pertinent est local et/ou régional ? Dans ces conditions, il est plus que probable qu'aucune entreprise ne puisse bénéficier de l'exemption par catégorie. En tout état de cause, en l'absence de précision sur ces points, les divergences d'interprétation entre les Etats membres risquent d'être nombreuses et importantes.

Enfin, il n'est pas certain que sur ce point, il n'y ait pas une confusion avec l'application de l'article 82 du Traité CE, qui n'est donc pas concerné par ce règlement et ces lignes directrices.

-> La FCA estime que le seuil de 30 % de part de marché du distributeur est une condition très difficilement applicable qu'il conviendrait de supprimer, sous peine de faire perdre toute sécurité juridique aux entreprises qui ne sauraient pas appliquer correctement cette condition.

## **RESTRICTIONS CONCERNANT LE PRIX DE VENTE**

### **Article 4-a et points (219 à 225) des lignes directrices**

#### **Prix de vente imposés, en général**

L'affaire "Leegin", jugée outre-Atlantique, a apporté des novations dans la réflexion autour de la révision du Règlement. En effet, la Cour suprême des États-Unis a rendu le 28 juin 2007 un jugement dans l'affaire "Leegin Creative Leather" par lequel elle supprime le principe de l'interdiction automatique des prix de vente imposés minimum au profit d'une règle de raison. Cet arrêt ouvre dorénavant la voie à des prix fixes - s'ils sont pro-compétitifs - dans le cadre d'accords verticaux. Il modifie une jurisprudence américaine vieille de près de cent ans qui interdisait d'office de tels prix.

Même si la situation en Europe dans le cadre des accords verticaux est relativement différente, c'est tout naturellement que ce jugement a fait partie des éléments qui ont été pris en compte lors de la révision du règlement.

Alors que les prix de vente imposés et fixes n'ont jamais été interdits *per se* par le droit européen, il n'en demeurait pas moins que le règlement d'exemption (CE) n° 2790/1999 considérait que *per se* ils faisaient obstacle au bénéfice d'une exemption catégorielle. Or désormais, il ressort clairement des projets soumis à notre consultation que **ces prix de vente imposés et fixes peuvent théoriquement toujours être justifiables** au regard des conditions de l'article 81 paragraphe 3 du Traité (CE).

Certes, le fait qu'ils soient repris dans la liste des restrictions caractérisées du règlement (article 4), outre l'échec à la présomption de conformité à l'article 81 §3, appelle même au contraire la présomption que l'accord comportant des prix imposés ne remplit pas les conditions de l'article 81 paragraphe 3. Cependant, ceci est seulement une **présomption réfragable**. Cela laisse aux entreprises la possibilité de justifier tout de même l'applicabilité de l'article 81 §3 et de demander à la Commission de la constater.

-> La FCA se réjouit et souhaite saluer cette avancée notable pour laquelle elle milite depuis un certain nombre d'années en faisant valoir l'effet pro-compétitif des pratiques des groupements de commerçants détaillants.

#### **Prix de vente imposés sur une courte durée**

Mais l'avancée la plus notable dans les projets soumis à consultation est l'ouverture de la Commission pour admettre la possibilité de pratiquer, dans certains cas, des prix de vente imposés en leur reconnaissant le fait qu'ils peuvent ne pas avoir pour seul effet de restreindre la concurrence et qu'ils peuvent parfois entraîner des gains d'efficience.

Cette avancée est ainsi la reconnaissance d'un argument porté de longue date, notamment en France par la FCA, à savoir la nécessité pour les groupements de commerçants indépendants d'utiliser les mêmes stratégies marketing que leurs concurrents intégrés et donc d'avoir légalement recours à des prix de vente uniformes dans le cadre de campagnes promotionnelles ou publicitaires agressives, pour ne pas remettre en cause leur image envers des consommateurs auxquels peu importe l'organisation du réseau de distribution. Cette faculté est, de plus, devenue indispensable avec l'avènement du commerce en ligne et la nécessité de pouvoir construire une offre adaptée.

En effet, sans possible recours à des prix minimum, les groupements seront amenés à perdre des parts de marché, voire à disparaître au gré des fermetures des points de vente des indépendants. Par là même, le phénomène de concentration de l'offre entre des

intégrés s'en trouvera accéléré. Ainsi, la concurrence amoindrie entre marques conduira tout logiquement à des effets négatifs pour le consommateur.

A l'inverse, la FCA estime que, dans certains cas, les prix imposés comportent des effets bénéfiques pour le consommateur, qui prennent la forme de :

- une meilleure protection de l'identité commune et de la réputation du réseau, permettant ainsi aux PME du Commerce Associé de rester compétitives
- une garantie offerte aux consommateurs de pouvoir continuer à disposer de points de vente dans leur région avec une proximité importante, même dans des contrées délaissées par des concurrents
- le maintien d'entreprises qui offrent du service et du conseil aux consommateurs
- le maintien à long terme d'une offre importante de biens diversifiés grâce à une concurrence présente qui dicte, au demeurant, les prix les plus justes.

Par conséquent, la FCA est largement satisfaite que le projet de règlement d'exemption prévoie la **possibilité que des prix minimum soient possibles et exemptés lors de campagnes promotionnelles limitées dans le temps** et dont la durée paraît tout à fait adaptée (entre 2 et 6 semaines en général, point 221).

-> La FCA souhaite que le texte du règlement reprenne celui du projet en l'état sans modifications sur ce point puisqu'il est entièrement satisfaisant.

### Prix maximum et application par les Autorités Nationales de la concurrence

La FCA a noté que certaines autorités nationales de la concurrence tendent à exiger la preuve qu'un pourcentage important de détaillants vendent effectivement à des prix plus bas que le prix maximum imposé pour admettre cette pratique.

Il nous semble cependant que ce comportement ne reflète pas la conception de la Commission des conditions qu'il convient d'imposer au fonctionnement des prix maximum. En effet, selon celle-ci, ce serait aux autorités nationales qu'il reviendrait de prouver qu'un opérateur empêche ses distributeurs de vendre à des prix plus bas que le prix indiqué.

-> Dès lors, la FCA salue les précisions apportées notamment au point (223) des lignes directrices et qui devraient permettre d'assurer la bonne harmonisation de l'application des règles de concurrence dans l'ensemble de l'Union européenne. Néanmoins, les lignes directrices pourraient de plus préciser qu'il n'existe pas de condition ayant trait à un nombre minimal de parties à l'accord qui n'appliquent pas le prix maximum pour qu'il puisse être qualifié ainsi.

### RESTRICTIONS RELATIVES A LA VENTE EN LIGNE

#### Article 4 b du règlement et points (52 et suivants) des lignes directrices

Le projet de lignes directrices introduit des nouveautés en ce qui concerne des restrictions dites caractérisées relatives aux ventes en ligne.

Ainsi, plus particulièrement, le point (52) introduit une nouvelle analyse qui qualifie de restrictions caractérisées la vente passive sur Internet, telles que le fait :

- notamment d'exiger d'un distributeur qu'il renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d'autres distributeurs ;
- d'exiger d'un distributeur qu'il 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 ;

- d'exiger d'un distributeur qu'il limite la part de ses ventes globales réalisées par internet.

La FCA ne partage pas l'analyse de la Commission et ne peut accepter ces nouveaux développements au sein des lignes directrices.

En effet, parfois, les ventes en ligne doivent être nécessairement réglementées au sein d'un réseau de commerçants indépendants, pour respecter justement le droit de la concurrence. Ces règles du jeu internes ne peuvent donc souffrir une qualification de clause caractérisée et faire ainsi échec à l'ensemble de la validité de l'accord vertical.

Pour illustrer ses propos, la FCA rappelle que dans les groupements, les détaillants sont libres de participer ou non à certaines activités commerciales. Or, si la centrale propose via Internet un produit disponible seulement chez certains détaillants, elle devra indiquer la mention « offre valable pour les points de vente participant ».

A présent, si un client habitant une certaine région veut profiter d'une offre, il est automatiquement orienté vers le point de vente le plus proche de sa région. Si ce point de vente ne participe pas à l'offre, il sera logique que le client ne puisse y accéder.

On pourrait envisager alors qu'il soit orienté alors automatiquement vers le point de vente le plus proche qui participe à l'opération ; mais la livraison du client à partir de cet autre point de vente, de par un éloignement plus grand, peut aboutir à des frais de transports plus importants qui ne permettront peut être pas de facturer le prix annoncé dans l'offre. D'où l'insatisfaction du client. Or nous ne pouvons pas imposer à tous les détaillants indépendants de participer à toutes les actions promotionnelles !

Néanmoins, une piste de réflexion s'ouvre autour de la notion « exiger » qui est utilisée dans les développements des lignes directrices. Faut-il comprendre que si la pratique repose sur un accord et non une décision unilatérale du groupement l'analyse est différente et que la restriction n'est pas caractérisée ?

Si tel était le cas, ce qui nous mènerait à nuancer nos précédents propos, il serait de bonne augure que les lignes directrices le précisent au sein de nouveaux développements qui mettraient bien en exergue la signification du terme « exiger » et sa distinction avec la notion de demande que le cocontractant distributeur aurait agréée.

<p>-&gt; La FCA souhaite que les lignes directrices apportent des précisions complémentaires sur ce point qui, tel quel, et à défaut de définition restrictive du terme « exiger » qui ne viserait pas les pratiques reposant sur un accord et non une décision unilatérale, ne recueille pas notre assentiment.</p>
--

## **OBLIGATION DE NON CONCURRENCE**

### **Article 5 du règlement et points (142 et suivants) des lignes directrices**

De manière générale, l'article 5 du règlement (CE) n° 2790/1999 limite aujourd'hui à 5 ans maximum les obligations d'achat supérieures à 80% appelées obligations de non concurrence.

Or, même si le règlement n'apporte pas de précision sur ce point, il ressort des lignes directrices au point (144) que la franchise n'est pas soumise à une telle restriction, puisque les obligations de non concurrence pour la franchise peuvent dépasser la durée de 5 ans au motif qu' « un transfert de savoir-faire substantiel justifie habituellement une obligation de non concurrence pour toute la durée de l'accord de fourniture ». Il se trouve que ce point mentionne expressément « comme par exemple dans le contexte de la franchise ».

Mais cette forme d'organisation du commerce indépendant organisé n'a pas l'exclusivité du transfert d'un savoir-faire substantiel (cf remarques précédentes dans la partie seuil de 50 millions d'euros).

Les lignes directrices n'apportent pas la justification d'une différence de traitement entre la franchise et les autres formes similaires de distribution, dont les groupements de commerçants qui composent le Commerce Associé. Et selon la FCA cette justification n'existe pas.

-> La FCA souhaite que les lignes directrices point (144) mentionne « les autres systèmes similaires de distribution » comme au point (221) et que la limitation dans le temps des obligations d'achats pour les groupements de détaillants indépendants soient remise en cause, aussi légitimement qu'elle l'est pour la franchise.

Au demeurant, la FCA souhaite attirer l'attention de la Commissions sur le fait que les relations existantes entre le groupement et ses membres sont, à la base, à durée indéterminée et permet, contrairement aux contrats à durée déterminée, de faire valoir à tout moment la décision du membre de sortir de la relation qui le lie à son groupement. Ainsi, le distributeur peut par principe à tout moment se dégager de son obligation de non concurrence qui fait partie des droits et devoirs des parties, mentionnés à l'accord convenu pour une durée indéterminée.

#### **DEFINITION DU TRANSFERT DE SAVOIR FAIRE ET DPI**

##### **Article 1 - 1 e du règlement et point (43) des lignes directrices**

Dans le prolongement des développements rédigés sous la partie seuil de chiffres d'affaires de 50 millions d'euros, la FCA souhaite indiquer qu'une modification de la définition du savoir-faire en n'exigeant pas que le concept ait été testé « par le fournisseur ». En effet, un concept peut être testé par un commerçant et proposé ensuite à la structure commune du groupement qui se chargera du transfert de savoir-faire au sein du réseau d'indépendants.

-> Les autres remarques formulées plus haut restent valables et la FCA réitère sa demande de modifier le point (43), mais également les points (45) et suivants pour que les développements des lignes directrices sur les droits de propriété intellectuelle, le plus souvent rapprochés de la franchise, restent applicables aux groupements de commerçants indépendants.

\*\*\*\*\*