Mouvement des Entreprises de France

Consultation publique de la Commission européenne sur les projets de règlement d'exemption et de lignes directrices révisés sur les restrictions verticales

Réponse du MEDEF

ID# 43763731235-75

Le Règlement d'exemption n° 330/2010 (et les Lignes directrices) sur les restrictions verticales expirant le 31 mai 2022, la Commission européenne a conduit, depuis fin 2018, plusieurs consultations publiques qui ont abouti à la publication, le 9 juillet dernier, d'un projet de règlement et d'un projet de Lignes directrices révisés qui font l'objet de la présente consultation.

Les propositions de modifications de la Commission poursuivent trois objectifs :

- Réajuster la zone de sécurité afin d'éliminer les faux positifs et de réduire les faux négatifs dans le cadre du Règlement d'exemption (objectif 1).
- Fournir aux parties prenantes des orientations actualisées face à un environnement des entreprises remodelé par la croissance du commerce électronique et des plateformes en ligne, et garantir une application plus harmonisée des règles verticales dans l'ensemble de l'Union européenne (objectif 2).
- Réduire les coûts de mise en conformité pour les entreprises en introduisant des simplifications dans les domaines où les règles actuelles sont complexes et en rationalisant les orientations existantes (objectif 3).

En réponse aux consultations précédentes, le MEDEF soulignait l'importance de ces textes qui permettent aux entreprises de conforter la sécurité juridique de leurs accords et de développer leurs activités dans l'ensemble de l'Union européenne, dans un cadre harmonisé. Sur le principe, le MEDEF se réjouit donc que la Commission européenne, au terme de ces consultations, ait opté pour le maintien de ces textes, tout en soulignant la nécessité de les adapter aux évolutions majeures du commerce ces dernières années, dont l'essor du commerce en ligne.

Le MEDEF faisait également observer que la recherche d'un équilibre entre les différentes formes de commerce devrait guider la révision de ces textes et que deux écueils devraient plus particulièrement être évités : une approche trop restrictive du Règlement et une interprétation trop rigide des lignes directrices qui seraient toutes deux contre-productives pour les entreprises.

A ce stade, le MEDEF accueille favorablement les modifications proposées par la Commission qui s'inscrivent dans le sens d'une plus grande flexibilité des règles. Le MEDEF estime, en revanche, que certaines propositions de modifications traduisent une approche trop restrictive du Règlement, notamment celles qui visent à réduire le champ de l'exemption en matière de double distribution. Le MEDEF souligne également que certaines propositions de la Commission n'ont pas fait l'objet d'échanges dans le cadre des précédentes consultations et nécessitent donc un dialogue à poursuivre avec les parties intéressées (cf. infra).

Les observations du MEDEF porteront principalement sur la double distribution (I.), le système de double prix et le principe d'équivalence (II.) et les clauses de non-concurrence (III.)

1. La double distribution

1. Les modifications proposées par la Commission visent à réduire le champ de l'exemption en matière de double distribution en limitant la zone de sécurité actuelle aux cas où la part de marché cumulée sur le marché de détail ne dépasse pas 10 % ; une zone de sécurité supplémentaire mais plus limitée est prévue pour les situations de double distribution dans lesquelles la part de marché cumulée du fournisseur et de ses distributeurs au niveau du marché de détail est supérieure à 10 % mais ne dépasse pas le seuil de part de marché de 30 % prévu à l'article 3 du règlement ; dans ce cas, l'accord vertical demeure exempté sauf en ce qui concerne les échanges d'informations entre les parties à l'accord vertical.

2. La Commission précise que ces propositions de modifications visent à réajuster la zone de sécurité afin d'éliminer les faux positifs. Le MEDEF souligne que l'existence de faux positifs devrait reposer sur un constat solide et étayé de difficultés avérées ; les propositions de modifications devraient être précisément adaptées à ces difficultés. Le MEDEF rappelle, en outre, que la Commission et les autorités nationales de concurrence peuvent retirer le bénéfice du règlement d'exemption conformément à l'article 29 du Règlement n° 1/2003 ; le projet de lignes directrices renforce la capacité des autorités à cet égard.

3. La double distribution s'inscrit essentiellement dans le cadre d'une concurrence inter-marques - encadrée par un seuil de 30 % - qu'elle contribue à renforcer. Elle est pratiquée dans de nombreux secteurs. Elle permet des gains d'efficience ; elle permet de disposer d'une large palette de canaux de distribution pour répondre au mieux aux demandes différenciées des acheteurs. Elle stimule la dynamique du marché au bénéfice du consommateur final. Restreindre le champ de l'exemption affecterait les stratégies omnicanales des entreprises, au détriment *in fine*, des consommateurs / utilisateurs finaux.

4. **Les propositions de la Commission seraient source de complexité et donc d'insécurité juridique et de surcoûts pour les entreprises pour l'évaluation de leurs accords.**

   - Seuil de 10 % du marché aval : les données concernant les parts de marché aval ne sont généralement pas disponibles et leur établissement représenterait un coût très élevé. De plus, les seuils sont fixés à un niveau qui est bas (10 %, seuil applicable pour les accords *de minimis*). Par ailleurs, la diversité des parts de marché locales empêcherait le déploiement de la double distribution dans un cadre pleinement sécurisé.
   - Seuil de 30 % visé à l'article 3 : exclure du bénéfice de l'exemption les échanges d'informations, au-delà du seuil de 10 % du marché aval dans la limite de 30 % (cf. supra) serait source d'insécurité juridique pour les entreprises et de coûts de conformité.

5. Le MEDEF accueille en revanche, favorablement l'extension du bénéfice de l'exemption aux grossistes et importateurs proposée par la Commission ; la portée de cette exception devrait être clarifiée.

   Les projets révisés excluent les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne qui exercent une fonction hybride (ils vendent des biens ou des services en concurrence avec des entreprises auxquelles ils fournissent des services d'intermédiation en ligne). Cette proposition de modification n'a pas été débattue dans le cadre de la consultation précédente et nécessiterait une évaluation plus approfondie eu égard à ses impacts majeurs pour les plateformes. Cette proposition de modification apparaît donc prématurée à ce stade.

6. La Note explicative précise que les lignes directrices horizontales (qui sont également en cours de réexamen, mais dans le cadre d'un calendrier de révision ultérieur) pourraient fournir à l'avenir des orientations supplémentaires sur les échanges d'informations dans des situations de double distribution, afin d'accroître la sécurité juridique pour les entreprises. Cette grille d'analyse devrait, le cas échéant, être établie dans l'optique spécifique de la double distribution qui s'inscrit essentiellement dans une relation verticale. Des exemples des types d'informations que fournisseurs et distributeurs peuvent – ou ne doivent pas – s'échanger dans le cadre de la double distribution seraient utiles aux entreprises.

7. Il conviendra d'assurer la cohérence du dispositif qui sera retenu avec les règles applicables aux distributeurs agissant également comme agents d'un même fournisseur pour certains produits (*« dual rôle » agents*). Plus généralement, l'articulation du Règlement (et des lignes directrices) sur les restrictions verticales avec d'autres textes, dont le Règlement *Platform to Business* ou le *Digital Markets Act* (en cours de discussion) est un point d'attention particulière.

8. Enfin, s'agissant de la franchise, l'application de ce régime n'a pas lieu d'être puisque si le franchiseur peut effectivement être amené à exercer lui-même une activité de distribution, c'est d'abord et avant tout au titre de ses obligations de franchiseur, ce qui empêche de le considérer comme un simple distributeur, concurrent des membres de son réseau. Dans ce cadre, il doit rechercher constamment à perfectionner son savoir-faire afin de permettre à ses franchisés qui doivent le réitérer d'être plus efficaces sur leur marché face à une concurrence en perpétuelle évolution et ce également dans l'intérêt des consommateurs qui vont pouvoir accéder à une offre plus élargie et diversifiée en matière de produits et services sur un territoire.

   Fondée sur le transfert et la bonne réitération d'un savoir-faire efficient, la franchise repose ainsi sur des échanges d'informations lesquels doivent être exclus du champ d'application de l'article 101 Paragraphe 1 du TFUE dès lors qu'ils sont nécessaires à la transmission, la réitération, l'adaptation et/ou la protection du savoir-faire de l'enseigne suivant en cela le raisonnement tenu par la Commission s'agissant des obligations de non-concurrence pendant toute la durée de l'accord de franchise (Paragraphe 300 du projet de Lignes directrices).

   Cela plaide par ailleurs en faveur de l'insertion d'une définition de la franchise dans le corps du Règlement laquelle nécessite son régime juridique propre, uniforme à l'échelle européenne.

Les propositions de la Commission qui visent à restreindre le champ de l'exemption en matière de double distribution seraient source de complexité et donc d'insécurité juridique et de surcoûts pour les entreprises pour l'évaluation de leurs accords.

Le MEDEF réitère sa proposition de maintien d'une exemption de plein droit de la double distribution dans le cadre défini par le Règlement en vigueur et accueille favorablement l'extension de l'exemption aux grossistes et importateurs.

Une grille d'évaluation (ainsi que des exemples) établie dans l'optique spécifique de la double distribution serait nécessaire aux entreprises, en ce qui concerne les échanges d'informations qui seraient susceptibles de poser des difficultés au regard du droit de la concurrence dans le cadre de la double distribution.

2. Le système de double prix et le principe d'équivalence

Les modifications proposées par la Commission visent à corriger de possibles faux négatifs qui affectent les entreprises, particulièrement les PME, en les soumettant à des charges et des coûts de mise en conformité qui ne se justifient pas au regard de l'application des règles de concurrence.

Le MEDEF accueille favorablement ces propositions de modifications en ce qu'elles traduisent une plus grande flexibilité des règles en vigueur, qui ne sont plus justifiées dans le contexte actuel. Comme cela est précisé dans la Note explicative, « *les ventes en ligne se sont érigées en un canal de vente performant, de sorte qu'il n'est plus nécessaire de les protéger en qualifiant de restrictions caractérisées certaines mesures indirectes restreignant les ventes en ligne* ».

Ces modifications s'inscrivent dans la recherche d'un équilibre entre les différentes formes de commerce dont le MEDEF estime qu'il devrait guider la révision des textes.

- Le système de double prix

En réponse aux consultations précédentes, le MEDEF soulignait qu'un fournisseur doit pouvoir rémunérer les efforts de vente de ses distributeurs qui diffèrent d'un canal à l'autre et représentent des coûts différents.

Le MEDEF préconisait que le règlement fixe un cadre d'application des règles qui soit proportionné et qui n'induise pas des charges inutiles et inadaptées pour les entreprises. Le MEDEF soulignait qu'il devrait être possible de ne pas traiter de la même manière les canaux en ligne et hors ligne dès lors que les conditions appliquées sont objectives, proportionnées, transparentes, non discriminatoires et justifiées.

A cet égard, les développements ci-après consacrés à ce point dans les lignes directrices paraissent difficilement praticables et devraient être revus : *« Cette différence de prix devrait correspondre à la différence entre les coûts exposés dans chaque canal par les distributeurs au niveau du commerce de détail ». (§ 195).*

- Le principe d'équivalence

En réponse aux consultations précédentes, le MEDEF soulignait que l'application de critères différents permet de tenir compte des différences importantes qui existent entre les canaux de vente (caractéristiques, nature et spécificités), sans recourir systématiquement à un principe d'équivalence qui n'est pas toujours adapté.

Le MEDEF soutenait l'Option 3 de la précédente consultation retenue dans les propositions de modifications de la Commission, qui combine flexibilité nécessaire et sécurité juridique suffisante dans un environnement favorable à l'innovation et à l'expérience client, au bénéfice du consommateur.

Le MEDEF accueille favorablement l'assouplissement des règles en vigueur qui restent subordonnées au même principe limitatif que les restrictions des ventes en ligne en général. Par conséquent, le projet de règlement n'admet le système de double prix et le défaut d'équivalence au bénéfice de l'exemption que si ces restrictions n'ont pas, directement ou indirectement, pour objet d'empêcher les acheteurs ou leurs clients d'utiliser l'internet pour vendre leurs biens ou services en ligne.

3. Les clauses de non-concurrence

Les projets modifiés exemptent les obligations de non-concurrence tacitement renouvelables au-delà d'une période de cinq ans, pour autant que l'acheteur puisse effectivement renégocier ou résilier l'accord vertical comportant l'obligation, moyennant un préavis raisonnable et à un coût raisonnable, ce qui lui permettra de changer effectivement de fournisseur après l'expiration de la période de cinq ans.

Le MEDEF est favorable à cette modification qui s'inscrit dans l'objectif de la Commission de réduire les faux négatifs.

En réponse à la consultation précédente, le MEDEF soulignait que la renégociation des conditions contractuelles tous les cinq ans peut constituer un coût important pour les entreprises et devrait conduire à exempter les obligations de non-concurrence renouvelables par tacite reconduction dès lors que chacune des parties a la possibilité de résilier ou renégocier l'accord avant l'expiration de chaque période de cinq ans. Toutefois, pour des raisons de sécurité juridique, cette sortie possible du contrat ne devrait pas intervenir à tout moment, après la première période de cinq ans, mais à l'issue de chaque période de cinq ans, dans le respect d'un préavis raisonnable. Cette possibilité devrait être offerte tant au fournisseur qu'à l'acheteur.

Pour conclure, le MEDEF formulera quelques observations complémentaires sur les deux autres objectifs que se fixe la Commission dans le cadre de la révision des textes.

- **L'objectif 2 est de fournir aux parties prenantes des orientations actualisées dans un environnement remodelé par la croissance du commerce électronique et des plateformes en ligne.**

Le MEDEF note avec intérêt les efforts de clarification pour mieux appréhender les ventes actives et passives dans le contexte des ventes en ligne, l'intégration des principes directeurs tirés de la jurisprudence Coty, ...

Certains sujets appellent toutefois des observations / demandes de clarifications :

- La question du statut des entreprises qui fournissent des services d'intermédiation en ligne, qui relèvent de la catégorie de fournisseurs au titre du présent Règlement, de même que les règles applicables aux comparateurs de prix, que les projets révisés traitent comme des supports publicitaires en ligne, nécessiteraient d'être réévaluées dans le cadre d'une nouvelle consultation ou d'un dialogue à poursuivre avec la Commission. Ces questions doivent être appréhendées dans le cadre d'un écosystème de textes qui doivent s'articuler de façon cohérente.

- Des précisions complémentaires concernant les calculs de parts de marchés des plateformes numériques seraient nécessaires, particulièrement les plateformes hybrides ; ces modifications devraient s'articuler avec les travaux en cours pour réviser la Communication de la Commission sur le marché pertinent.

- En ce qui concerne la potentielle extension de définition des ventes passives pour y inclure les marchés publics ou privés, celle-ci ne paraît pas cohérente dès lors qu'elle relève d'une démarche active (soumettre une offre alors que le client n'a pas ciblé un acteur précis).

- En ce qui concerne les prix de vente imposés, le MEDEF prend acte du maintien, pour l'essentiel, du *statu quo* dans le projet de règlement. La notion de produits d'expérience ou complexes mériterait d'être précisée. Les entreprises auraient également besoin de clarifications concernant le « *contrats d'exécution* » ainsi que les conditions dans lesquelles la fixation du prix de vente dans ce cadre, ne constitue pas une imposition de prix de vente ; des exemples seraient également utiles aux entreprises.

- Les entreprises auraient également besoin de clarifications sur la possibilité pour un fournisseur, d'établir des exclusivités partagées entre un nombre limité de fournisseurs, notamment les critères d'analyse permettant à la Commission de considérer que le nombre est bien proportionné à la protection des investissements réalisés.

Outre la prise en compte du développement du commerce électronique, la transition écologique est un sujet majeur. La politique de concurrence, en stimulant la compétitivité, renforce l'efficacité et l'innovation au bénéfice du consommateur. Dans certains secteurs, le développement durable est pris en compte dès le stade de la mise en place des réseaux de distribution (tels que les services de recharge dans les magasins, l'utilisation de points de vente recyclables, la livraison durable, ...)

Des orientations spécifiques de la Commission pourraient contribuer à une meilleure intégration des objectifs du Pacte Vert dans les réseaux de distribution ; le MEDEF estime que la Commission pourrait utilement compléter les lignes directrices sur les accords de durabilité et expliciter dans quelle mesure des objectifs de développement durable peuvent être pris en compte dans son analyse de certaines restrictions.

- **L'objectif 3 vise à simplifier et rationaliser les orientations existantes pour réduire les coûts de mise en conformité pour les entreprises. Cet objectif est essentiel pour les entreprises, particulièrement les PME.**

Le MEDEF accueille favorablement les modifications apportées à la structure des lignes directrices pour les rendre plus claires, les développements consacrés à la portée du Règlement (présomption de légalité) et les incidences lorsque le seuil de 30 % est dépassé. Certains exemples ont également été modernisés, d'autres devraient l'être (cf. exemple de la franchise [153])

Le MEDEF réitère sa proposition d'introduire dans le Règlement une définition de la franchise afin de disposer d'une définition européenne que chaque pays pourrait utiliser et qui permettrait de la distinguer des autres formes de distribution (distribution sélective, exclusive, ...)

Plus généralement, outre le fait que certaines propositions de modifications complexifient sensiblement le cadre juridique du Règlement (cf. supra les propositions de modifications concernant le régime de la double distribution), les projets révisés demeurent difficiles à comprendre et à appliquer (vocabulaire technique qui devrait être simplifié, renvoi à d'autres communications non explicité, ...)

Dans ces conditions, le MEDEF estime que l'objectif de simplification et de rationalisation des orientations existantes devrait être poursuivi.