

Questionnaire public relatif à l'évaluation 2018 du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux

Observations complémentaires de Cdiscount

En complément des réponses apportées au questionnaire, Cdiscount souhaite formuler plusieurs observations synthétiques pour l'évaluation du règlement et des lignes directrices, afin d'attirer l'attention de la Commission sur certains points fondamentaux à prendre en compte dans le cadre de la révision de ces outils.

A titre liminaire, la révision du règlement et des lignes directrices sur les accords verticaux doit être conduite à la lumière des résultats de l'enquête sectorielle de la Commission sur le commerce électronique (ci-après l'« *enquête sectorielle* »), de l'importance croissante du commerce électronique et des efforts constants des *pure players* et des *marketplaces* pour offrir aux consommateurs une expérience d'achat unique tout en répondant aux préoccupations des fournisseurs.

Cependant, et malgré le développement des ventes en ligne et sur mobile et la qualité des sites marchand, les *pure players* et les *marketplaces* restent confrontés à un mouvement de verrouillage des marchés en raison de la multiplication du recours aux réseaux de distribution sélective et de restrictions injustifiées imposées par de nombreux fournisseurs (1).

Même en dehors de la distribution sélective, les *pure players* et les *marketplaces* font l'objet de discriminations et se voient imposer des prix d'achat (incluant les rabais, réductions, etc.) plus élevés que les prix appliqués aux distributeurs disposant de points de vente physique (2).

Par ailleurs, le débat sur la qualification de restriction caractérisée de la fixation des prix de revente étant relancé à l'occasion de l'évaluation du règlement, Cdiscount souhaite confirmer la pertinence de cette qualification et considère qu'il est essentiel que les distributeurs restent libres de déterminer leurs prix (3).

1. Observations sur les restrictions injustifiées dans le cadre des réseaux de distribution sélective

1.1 Sur l'appréciation des réseaux de distribution sélective

Préalablement aux observations sur les restrictions injustifiées, il est utile de rappeler la grille d'analyse d'un réseau de distribution sélective.

Conformément aux lignes directrices, un réseau de distribution sélective ne relève pas de l'article 101§1 du TFUE si les critères suivants, mentionnés au paragraphe 175 des lignes directrices, sont remplis :

- La nature du produit requiert un système de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer un usage conforme (produits à haute technicité ou produits de luxe).
- Les revendeurs sont choisis sur la base de critères objectifs et transparents de caractère qualitatif fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire.
- Les critères retenus n'excèdent pas ce qui est strictement nécessaire (critère de proportionnalité) pour assurer la distribution optimale du produit.

Il est essentiel de rappeler que, dans l'hypothèse où un ou plusieurs de ces critères ne sont pas remplis, un réseau de distribution sélective entraîne nécessairement une restriction de concurrence, et ce quelle que soit la part de marché, en limitant l'accès à la distribution de certaines marques et/ou certains produits.

Dans ce cas de non satisfaction d'un ou plusieurs critères, conformément au règlement, il est toutefois possible de bénéficier de l'exemption par catégorie si les parts de marché du fournisseur et du distributeur sont inférieures au seuil actuel de 30%, qui, comme il sera vu ci-après, devrait être revu significativement à la baisse.

En l'état actuel, les lignes directrices n'apparaissent pas claires quant au caractère restrictif de concurrence de la distribution sélective dans l'hypothèse où un ou plusieurs critères mentionnés au paragraphe 175 des lignes directrices ne sont pas remplis. Une clarification en ce sens s'impose ainsi.

Cette clarification est d'autant plus nécessaire au vu du recours accru par les fournisseurs à la distribution sélective.

Service client Cdiscount : 1^{er} e-commerçant français à obtenir la certification NF 345 par l'AFNOR



A cet égard, on assiste aujourd'hui à une banalisation de la distribution sélective pour tous types de produits, qui n'ont pas nécessairement un caractère luxueux ou hautement technologique.

Par ailleurs, les fournisseurs exigent dans la quasi-totalité des contrats de distribution sélective la détention d'un point de vente physique parmi les critères d'agrément, ce qui exclut *de facto* les opérateurs *pure players*.

Face à ces situations, qui sont d'ailleurs appréhendées de manière différente selon les Etats membres, il est essentiel de revenir à une lecture stricte des critères mentionnés au paragraphe 175 des lignes directrices. Une telle approche stricte devrait être précisée davantage dans les lignes directrices.

1.2 Sur l'exigence d'un point de vente physique

Comme l'a relevé la Commission dans son rapport à la suite de son enquête sectorielle sur le commerce en ligne (ci-après le « *rapport sur le commerce électronique* »), « [p]lus de la moitié des fabricants exigent dans leurs accords de distribution sélective, du moins pour une partie de leurs produits, l'exploitation d'un point de vente physique par les détaillants, excluant ainsi les acteurs présents exclusivement en ligne de la distribution des produits concernés »¹.

Pour imposer un point de vente physique et ainsi exclure les *pure players*, les fournisseurs exploitent l'ambiguïté du paragraphe 54 des lignes directrices. Cette restriction est appliquée sans considération pour la qualité de l'environnement de vente des sites internet.

Or, comme cela a été souligné par de nombreux acteurs dans le cadre de l'enquête sectorielle, l'exigence d'un point de vente physique n'est pas justifiée par des critères qualitatifs, mais vise en réalité à exclure artificiellement les *pure players* et les *marketplaces* afin de réduire la concurrence intra marque et, ce faisant, la pression concurrentielle sur les prix.

L'exclusion des distributeurs en ligne des réseaux de distribution sélective s'avère être en « *conflit frontal avec l'objectif d'intégration du marché intérieur de l'Union Européenne auquel contribue le commerce électronique, tout spécialement au vu de sa capacité à une large ouverture transfrontière* »².

Par ailleurs, le critère de proportionnalité visé ci-dessus impose à tout fournisseur de s'interroger sur la nécessité d'un point de vente physique dans le cadre de la commercialisation de ses produits.

A cet égard, il est important de relever que la vente en ligne a profondément évolué depuis l'adoption du règlement en 2010. Les *pure players* et les *marketplaces* ne cessent d'investir dans l'amélioration de leurs services (expérience sur le site, information technique sur les produits, photographies, vidéos de démonstration, mises en avant en 3 dimensions, guides d'achat, notation des produits, avis de clients, *chat* en direct par des conseillers clients formés par les marques, *etc.*) afin d'être en mesure d'offrir des services équivalents, voire supérieurs, à ceux des magasins physiques. Les services de livraison permettent aujourd'hui une livraison le lendemain de la commande, voire le jour même, y compris pour les gros produits qui reposent sur une logistique complexe. Les possibilités de retour permettent aux consommateurs d'essayer les produits avant de l'acheter. En outre, lorsqu'ils font des achats en ligne, les consommateurs disposent d'un délai légal de rétractation de 14 jours³, dont ils ne bénéficient pas lors de leurs achats en point de vente physique.

Il résulte de cette évolution une véritable substituabilité des ventes en ligne avec les ventes en magasin physique. Dans ce contexte de convergence, l'exigence d'un point de vente physique est disproportionnée. Il n'est en outre plus possible d'arguer d'un risque de parasitisme des points de vente physiques par les sites d'*e-commerce* : les clients vont et viennent entre canaux de vente *online* et *offline*. Enfin, l'ouverture d'un point de vente physique se heurte à de fortes barrières à l'entrée (notamment rareté du foncier commercial éligible, saturation des zones de chalandise).

La référence figurant aux lignes directrices au point de vente de vente physique n'est plus pertinente. Elle est utilisée pour contourner les opérateurs exclusivement en ligne.

¹ Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique : Doc. COM (2017) 229 final, 10 mai 2017, pt. 26.

² Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique : Doc. COM (2017) 229 final, 10 mai 2017 ; La Semaine Juridique, Edition générale, n°42, De la distribution qualitative au commerce électronique ou les trois âges de la distribution sélective, Thierry Lambert.

³ Article L221-18 du Code de la consommation.

1.3 Sur la transparence des réseaux de distribution sélective

Le rapport préliminaire établi par la Commission dans le cadre de son enquête sectorielle (ci-après le « *rapport préliminaire* ») constate que 24% de fournisseurs ont indiqué ne pas communiquer leurs critères aux distributeurs souhaitant faire partie de leur réseau de distribution sélective. Parmi les 76% qui communiquent leurs critères, certains ont indiqué ne pas nécessairement le faire pour les distributeurs qui ne satisferaient pas leurs critères, et notamment celui du point de vente physique⁴.

Ce manque de transparence conduit inévitablement à un traitement discriminatoire des *pure players* et des *marketplaces*, qui ne sont pas en mesure de vérifier s'ils remplissent ces critères ou de s'assurer de la conformité de ces derniers au droit de la concurrence. Cdiscount se trouve ainsi très régulièrement confrontée à ce défaut de communication ou directement à un refus d'agrément sur la base de critères non communiqués.

Il est donc essentiel, dans le cadre de la refonte du règlement et des lignes directrices, d'exiger une transparence accrue de la part des fournisseurs.

A cet égard, une obligation, à la charge des fournisseurs ayant mis en place un réseau de distribution sélective, de communiquer les critères de sélection ainsi que les grilles de notation à tous les revendeurs qui en font la demande, y compris les *pure players* et les *marketplaces* devrait être prévue dans le règlement et explicitée dans les lignes directrices.

Cela est conforme aux dispositions actuelles des lignes directrices qui imposent, parmi les critères de licéité de la distribution sélective, que : « *les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire* »⁵ (soulignement ajouté).

A cet égard, une obligation de déclaration lors de la mise en place / détention d'un réseau de distribution sélective sur un site internet dédié pourrait être prévue. Dans ce cadre, un fournisseur devrait déclarer, *a minima*, les informations suivantes :

- Les produits concernés
- Le(s) territoire(s) couvert(s) par le réseau
- Les critères de sélection ainsi que la grille de notation

Pour assurer son efficacité, il pourrait être prévu que l'absence de renseignement du site par un fournisseur et, en toute hypothèse, la non communication individuelle des critères et/ou de la grille de notation fait perdre au fournisseur le bénéfice de l'exemption par catégorie.

1.4 Sur l'interdiction du recours aux *marketplaces*

Selon la Commission, 18% des détaillants ont conclu avec leurs fournisseurs des accords contenant des restrictions relatives aux *marketplaces*. Les restrictions recensées vont de l'interdiction absolue aux restrictions des ventes sur les *marketplaces* qui ne respectent pas certains critères de qualité. Dans son rapport, la Commission indique que ces restrictions « *se trouvent principalement dans les accords de distribution sélective* », étant précisé que ces restrictions « *ne se limitent pas à des biens complexes, techniques ou de luxe* »⁶.

Ces restrictions sont le plus souvent justifiées par la nécessité de protéger l'image de marque, de fournir un service client de qualité ou encore d'assurer l'étanchéité du réseau. Ces motifs n'apparaissent pas ou plus fondés compte tenu de l'évolution du secteur des ventes en ligne.

En effet, les sites des *marketplaces* ont largement évolué : elles donnent aujourd'hui aux fournisseurs et à leurs distributeurs agréés, tous les moyens pour créer des espaces qualitatifs dédiés à leur marque. Sur ces espaces dédiés, des informations très détaillées sur les produits, des avis, des moyens pour contacter des conseillers des marques sont à la

⁴ Rapport préliminaire relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, §231.

⁵ Lignes Directrices sur les restrictions verticales, JOUE n° 2010/C 130/01, pt 175.

⁶ Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique du 10 mai 2017, pt. 40.

disposition des consommateurs. Enfin, les services de livraison proposés sur les *marketplaces* sont de plus en plus performants et une livraison dès le lendemain voire le jour même de la commande est souvent proposée.

Les *marketplaces* ont en outre des systèmes permettant aux fournisseurs et aux utilisateurs de remonter les pratiques illicites sur la plateforme. La mise en place de ces systèmes est d'ailleurs une obligation légale⁷. Cdiscount a ainsi mis en place un formulaire de « *notification de contenu illicite* » permettant de lui notifier toute allégation d'une éventuelle violation des droits des fournisseurs portant sur des produits présentés à la vente sur les sites www.cdiscount.com et www.cdiscountpro.com.

Il est important de noter que, comme l'a relevé la Commission à l'occasion de son enquête sectorielle, « [l]es places de marché sont un canal de vente plus important pour les petits et moyens détaillants, tandis qu'elles ont moins d'importance pour les grands détaillants. Les résultats montrent que les petits détaillants tendent à réaliser une part plus élevée de leurs ventes sur les places de marché que les grands détaillants »⁸. Les *marketplaces* sont ainsi une porte d'entrée pour de nombreux commerçants et contribuent à l'intégration du marché en mettant en relation commerçants et consommateurs.

Ces restrictions affectent ainsi directement les petits et moyens détaillants, qui recourent de façon importante aux *marketplaces*. Les *marketplaces* présentent en effet de nombreux avantages pour les petites et moyennes entreprises. Elles leur permettent de gagner une large visibilité à moindre coût et grâce à des services personnalisés⁹ (à l'instar du service livraison proposé par Cdiscount à ses vendeurs) d'offrir aux consommateurs des services (visualisation des produits, livraison, paiement), forcément plus difficiles à mettre en œuvre sur leur propre site internet. Le recours aux *marketplaces* est également un facteur d'intégration du marché intérieur en ce qu'il permet à ces détaillants de développer leurs ventes à l'étranger, grâce aux services logistiques mis à disposition.

L'argumentation tendant à affirmer que l'impact de l'interdiction du recours aux *marketplaces* est limité dans la mesure où les détaillants gardent la possibilité de vendre sur leur propre site ne correspond pas à la réalité. En effet, les petits et moyens détaillants n'ont pas les moyens financiers pour réaliser les investissements marketing et techniques qui leur permettraient d'avoir une visibilité et un champ d'action équivalents à ceux des sites des fournisseurs ou des *marketplaces*. Cela vaut également pour la logistique et le service clientèle. Le *Bundeskartellamt* a souligné à l'occasion de l'affaire Asics le caractère décisif de la présence en ligne des petits et moyens détaillants pour que les clients puissent les atteindre¹⁰.

Cdiscount n'ignore pas l'affaire Coty¹¹. Cet arrêt fait aujourd'hui craindre que de nombreux opérateurs, dont les produits n'ont rien de luxueux, interprètent cet arrêt comme un blanc-seing.

Comme indiqué ci-dessus, les *marketplaces* améliorent de manière constante leurs interfaces et augmentent leur standard de qualité pour faire face aux évolutions du e-commerce. Ces évolutions ont nécessairement un impact sur la justification de l'interdiction du recours aux *marketplaces*¹². A rebours de la Cour de justice, la Cour suprême fédérale d'Allemagne a, dans l'affaire Asics après un jugement d'appel, fait sienne l'interprétation du *Bundeskartellamt* qui considère comme anticoncurrentielle l'interdiction du recours aux *marketplaces* imposées aux distributeurs, en précisant que la solution de l'arrêt Coty ne trouvait pas à s'appliquer en l'espèce, les chaussures de sport Asics ne pouvant pas être considérées comme des produits de luxe¹³.

Il est primordial que la Commission se saisisse dès à présent de la possibilité de modifier les lignes directrices pour préciser le sens véritable de l'arrêt Coty dont la portée est limitée, selon ses termes mêmes, aux produits de luxe. Cette notion doit faire l'objet d'une interprétation restrictive pour éviter sa généralisation à tous les types de distribution compte tenu du phénomène de développement exacerbé de la distribution sélective¹⁴ et pour pallier le risque de favoriser le développement de nouvelles restrictions au détriment des *marketplaces* et, *in fine*, des consommateurs.

⁷ Article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

⁸ Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique du 10 mai 2017, §39 (iii).

⁹ Law & Economics, Concurrences n°1-2018, Vertical restraints and e-commerce, Georgios Petropoulos, §74.

¹⁰ Décision Asics du 26 août 2015 (B2-98/11).

¹¹ CJUE, 6 décembre 2017, affaire C-230/16, Coty Germany GmbH v. Parfümerie Akzente GmbH.

¹² Voir Law & Economics, Concurrences n°1-2018, Vertical restraints and e-commerce, Georgios Petropoulos, §79.

¹³ Communiqué de presse du Bundeskartellamt, 25 janv. 2018 ; Contrats Concurrence Consommation n°4, avril 2018, Distribution sélective et restriction à la vente en ligne sur les *marketplaces* : quel cadre juridique après Coty ? Faustine Viala.

¹⁴ Distribution sélective des produits de luxe et restriction de vente sur Internet, Georges Decocq.

Il existe donc une voie de collaboration entre fournisseurs et *marketplaces* qui sont en mesure de développer des outils nécessaires pour s'assurer que les produits sont commercialisés sur les plateformes dans des conditions conformes aux exigences qualitatives requises par le système de distribution sélective¹⁵.

1.5 Sur l'effet cumulatif

L'impact lié au traitement discriminatoire des *pure players* et des *marketplaces* est amplifié pour les marchés couverts essentiellement par la distribution sélective.

A cet égard, le règlement prévoit que, lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50% d'un marché, le règlement ne s'applique pas aux accords verticaux qui comportent des restrictions spécifiques concernant ce marché.

Plus particulièrement, s'agissant de la distribution sélective, les lignes directrices prévoient que le retrait de l'exemption par catégorie ou l'exclusion du champ d'application du règlement peuvent être envisagés en cas d'effet cumulatif (pt 179).

En effet, l'effet cumulatif est de nature à entraîner des restrictions sérieuses de concurrence en empêchant l'entrée sur le marché de nouveaux distributeurs, et notamment « *les magasins discount ou les distributeurs qui exercent leur activité uniquement via internet, qui offrent aux consommateurs des prix plus bas* » (pt. 179). La Commission constate dans les lignes directrices qu'au vu de ces effets restrictifs, il est même peu probable que les conditions de l'article 101§3 soient remplies en présence d'un effet cumulatif.

Selon la Commission, un effet cumulatif ne devrait pas se manifester dans les cas suivants :

- la part de marché couverte par la distribution sélective est inférieure à 50%
- la part de marché cumulée détenue par les cinq principaux fournisseurs est inférieure à 50%, et ce même si le taux de couverture du marché par la distribution sélective dépasse 50%.

Quand bien même la part de ces cinq fournisseurs et la part couverte par la distribution sélective dépasseraient 50%, encore faut-il rapporter la preuve que ces cinq premiers fournisseurs appliquent la distribution sélective pour démontrer l'existence d'un effet cumulatif.

Or, ces critères ne sont pas réalistes en pratique. D'une part, le seuil de 50% est particulièrement élevé et difficilement atteignable. D'autre part, il est très difficile de démontrer que les cinq premiers fournisseurs du marché appliquent la distribution sélective dans la mesure où l'accès aux contrats de distribution est quasi-systématiquement refusé aux *pure players*.

Ainsi, la preuve de l'existence d'un effet cumulatif s'avère dans les faits impossible.

Il est donc primordial que les fournisseurs organisés en distribution sélective aient l'obligation de communiquer spontanément les critères de sélection pour que le test de l'effet cumulatif puisse jouer un rôle à l'avenir.

En outre, compte tenu des problèmes de concurrence soulevés par l'effet cumulatif, le seuil de 50% devrait être significativement abaissé pour qu'il puisse trouver à s'appliquer, et ce quel que soit le nombre de fournisseurs. En effet, à notre connaissance, la Commission n'a jamais fait application des dispositions des lignes directrices relatives à l'effet cumulatif. Par conséquent, l'abaissement significatif de ce seuil permettrait d'éviter le risque d'éviction des distributeurs les plus efficaces que la Commission avait déjà identifié dès l'adoption des lignes directrices en 2010¹⁶.

1.6 Sur le calcul des parts de marché des fournisseurs

Le seuil de parts de marché du fournisseur de 30 % prévu par l'article 3 du règlement apparaît souvent trop élevé. Son dépassement reste hypothétique, permettant à de nombreux fournisseurs d'appliquer des restrictions à leurs distributeurs.

¹⁵ Voir Droit & Economie, Concurrences n°4-2018, La distribution sélective après l'arrêt Coty : Eclaircissements et zones d'ombre, Elodie Camous-Léonard, §91.

¹⁶ Lignes Directrices sur les restrictions verticales, JOUE n° 2010/C 130/01, pt 178.

Il conviendrait de modifier ce seuil significativement à la baisse afin de tenir compte de la réalité du marché et éviter que le règlement permette aux fournisseurs de mettre en place des accords ayant, en raison de leur multiplication, des effets néfastes sur la concurrence et de bénéficier néanmoins d'une exemption automatique.

Ce seuil de 30 % préjuge de l'innocuité des effets sur la concurrence alors que se multiplient les restrictions à la vente en ligne qui sont, par définition, susceptibles d'affecter un très grand nombre de consommateurs, les privant ainsi d'une plus grande transparence, d'une concurrence accrue et d'une diversité de l'offre.

De plus, les modalités de calcul des parts de marché dans le cadre de la distribution sélective ne sont pas suffisamment précises. Ainsi, il est douteux de considérer par principe que les fournisseurs distribuant par le biais d'un réseau de distribution sélective et les autres fournisseurs sont sur un même marché, qui est donc très large. Une telle approche est très protectrice, seuls les fournisseurs ayant quasiment une position dominante sur le marché risquent de ne pas bénéficier de l'exemption par catégorie.

A cet égard, il est intéressant de relever que la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence française et de la Commission distingue déjà, en matière de contrôle des concentrations, « *le marché de la distribution sélective des parfums et cosmétique de luxe* » de la « *vente au détail de produits de parfumerie et de cosmétiques ordinaires* »¹⁷. Cette approche permet de rendre compte du fonctionnement réel du marché et du pouvoir de marché des fournisseurs. Une telle approche en matière d'analyse des restrictions verticales obligerait les fournisseurs à faire preuve de plus de vigilance dans leurs relations avec les *marketplaces*.

Enfin, dans le cadre des réseaux paneuropéens ou qui couvrent plusieurs Etats membres, le marché pertinent ne saurait nécessairement correspondre au périmètre géographique du réseau. Ainsi, lorsque la dimension géographique des marchés concernés est nationale, les parts de marché doivent continuer à être appréciées au niveau national. Toute autre approche conduirait à diluer artificiellement le pouvoir de marché des fournisseurs.

En conclusion, il conviendrait de modifier le seuil de 30% significativement à la baisse et de préciser, pour les fournisseurs faisant le choix de réseaux fermés reposant sur un agrément, que le calcul des parts de marché des fournisseurs faisant un tel choix est présumé se faire sur le marché de la distribution sélective.

1.7 Sur les demandes croissantes des fournisseurs de faire la police de leur réseau

Cdiscount relève que de plus en plus de fournisseurs demandent aux *marketplaces* de veiller à ce que seuls des distributeurs agréés vendent les produits de la marque du fournisseur sur leur site.

A cet égard, si les *marketplaces* disposent effectivement de certains moyens permettant la remontée d'éventuelles violations de l'étanchéité de réseaux de distribution ou de droits de propriété intellectuelle, il convient de rappeler que l'obligation de surveillance du réseau est à la charge des fournisseurs.

Outre le fait que les membres d'un réseau de distribution sélective peuvent évoluer régulièrement, les *marketplaces* sont d'autant plus mal placées pour effectuer la police des réseaux de distribution sélective que leur statut d'hébergeur suppose qu'elles conservent une position neutre, en fournissant un moyen purement technique, passif et automatique des données fournies par leurs clients¹⁸. La police des réseaux impliquant nécessairement une forme de contrôle *a priori* des données, cette intervention des *marketplaces* pourrait être considérée comme lui conférant un rôle actif d'éditeur, exclusif du statut d'hébergeur.

Il serait donc utile de rappeler dans les lignes directrices que la surveillance du réseau est une obligation incombant au fournisseur et que la charge de cette obligation ne peut en aucun cas être transférée aux *marketplaces*.

¹⁷ Aut. Conc., déc.n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014, Nocibé/Advent, pt. 10 ; voir aussi la décision de la Commission n° COMP/M.5068 L'Oréal/YSL Beauté du 17 juin 2008, pt. 10 et la décision n° COMP/M.6212 LVMH/Bulgari du 29 juin 2011, pt. 20.

¹⁸ Article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique ; CJUE, arrêt du 23 mars 2010, C-236/08 à C-238/08, Google France et Google.

2. Sur la pratique de double prix

Même en dehors de la distribution sélective, les *pure players* font l'objet de discrimination et se voient imposer des prix d'achat (incluant les rabais, réductions, etc.) plus élevés que les prix appliqués aux distributeurs disposant d'un point de vente physique.

A cet égard, les lignes directrices¹⁹ précisent que le fait de convenir que « *le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement* » constitue une restriction de vente passive caractérisée contraire à l'article 101§1 du TFUE. Selon la Commission une telle situation est de nature à limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients²⁰.

La Commission indique en outre que : « [e]n règle générale, un accord prévoyant qu'un distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement (« système de double prix ») constitue une restriction caractérisée »²¹.

Ainsi, la mise en place d'une politique de double tarification selon le canal de distribution utilisé constitue une restriction caractérisée des ventes passives au sens de l'article 4 du règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 sur les restrictions verticales²².

Une telle conclusion a été confirmée par la Commission dans son rapport du 10 mai 2017 relatif à l'enquête sectorielle : « *le système de double prix appliqué à un même détaillant (hybride) est généralement considéré comme une restriction caractérisée en vertu du règlement d'exemption d'accord verticaux* »²³.

L'Autorité de la concurrence a fait savoir par le passé qu'elle veillait également à ce que l'activité et le développement des opérateurs *pure players* ne fassent l'objet d'aucune limitation, restriction ou entrave notamment à raison de pratique de double prix. Dans son avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 sur le commerce électronique, l'Autorité de la concurrence a précisé que : « [l]e fait pour un fabricant de prévoir à l'égard d'un même distributeur, des prix de vente plus élevés pour les produits destinés à être revendus par Internet que pour ceux destinés à être vendus en magasin constitue une restriction caractérisée des ventes passives du distributeur »²⁴.

Toute différenciation tarifaire à l'égard d'un même groupe entre les ventes en ligne et les ventes en magasin est donc critiquée par l'Autorité sur le fondement de l'article 101§1 TFUE.

L'Autorité a précisé dans son avis que « *le champ de la restriction caractérisée définie par la Commission européenne pourrait également couvrir la différenciation tarifaire entre ventes en ligne et ventes hors ligne induite par tous types de réductions de prix et notamment celles inhérentes à la facturation de services commerciaux proposés par les distributeurs aux fabricants* »²⁵.

Ainsi, la pratique illicite de double prix peut également résulter de la mise en place d'une politique de réduction de prix discriminatoire à l'égard des ventes en ligne par rapport aux ventes physiques.

Malgré l'interdiction d'appliquer une politique de double prix entre vendeurs en ligne et vendeurs hors ligne, ce type de pratique est de plus en plus courant. Ces comportements sont déloyaux et conduisent à un désavantage structurel pour les opérateurs en ligne, qui ne peuvent appliquer des prix aussi bas que les autres distributeurs. Un tel système affecte en effet directement les prix aux consommateurs des distributeurs puisqu'il a une incidence directe le coût marginal d'achat de ces derniers. Le système de double-prix affecte donc non seulement la rentabilité et, partant, la capacité des opérateurs en ligne à se maintenir sur le marché, mais également le prix qu'ils sont en mesure d'offrir aux consommateurs.

¹⁹ Lignes Directrices sur les restrictions verticales, JOUE n° 2010/C 130/01, pt 52 d).

²⁰ Lignes Directrices sur les restrictions verticales, JOUE n° 2010/C 130/01, pt 52.

²¹ Lignes Directrices sur les restrictions verticales, JOUE n° 2010/C 130/01, pt 64.

²² Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

²³ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, 10 mai 2017, pt 37.

²⁴ Aut. conc., avis n°12-A-20, 18 septembre 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, point 260.

²⁵ Aut. conc., avis n°12-A-20, 18 septembre 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, point 262.

Cdiscount, qui est filiale d'un groupe exploitant des magasins physiques se trouve confrontée très régulièrement à des situations de double prix.

La pratique de double prix constitue donc une restriction de concurrence caractérisée, anticoncurrentielle à raison de son objet. L'article 4 du règlement pourrait être plus précis et mentionner directement l'interdiction des pratiques de double prix entre opérateurs hybrides et opérateurs exclusivement en ligne, afin de dissuader les fournisseurs de mettre en place ces politiques portant une grave atteinte à la concurrence.

3. Sur les prix imposés

L'exercice du jeu concurrentiel ne peut se concevoir sans la libre détermination des prix par les distributeurs. Les distributeurs sont cependant très souvent confrontés à des exigences tarifaires de la part des fournisseurs.

Des réflexions seraient engagées aujourd'hui par des fournisseurs notamment sur l'opportunité de retirer l'imposition d'un prix fixe ou minimum de la liste des restrictions caractérisées de l'article 4 du règlement. Cette position soulève des risques directs pour la concurrence tant intra-marque qu'inter-marque.

Tel que souligné par le rapport sur le commerce électronique, « *une proportion importante de fabricants ont décidé, au cours des dix dernières années et face à la croissance du commerce électronique, de vendre leurs produits directement aux consommateurs par l'intermédiaire de points de vente de détail en ligne, entrant ainsi de plus en plus en concurrence avec leurs propres distributeurs indépendants* »²⁶. Face à cette concurrence de leur propre fournisseur, les *pure players* doivent pouvoir continuer à déterminer leur prix librement pour rester compétitifs et attirer les consommateurs. Il s'agit en effet d'éviter un alignement des prix sur internet et donc une absence totale de concurrence intra-marque par les prix. Une telle convergence serait en premier lieu préjudiciable au consommateur qui se verrait appliquer des prix plus élevés, mais elle serait également très néfaste au développement des ventes en ligne des distributeurs, dans la mesure où ils ne pourraient plus développer une politique de prix aussi agressive. Par ailleurs, la faculté pour les fournisseurs de dicter leurs prix de vente aux distributeurs serait à n'en pas douter un facteur de collusion qui ne manquerait pas d'entraîner des pratiques d'entente horizontales.

Par ailleurs, il est important de noter que l'interdiction des prix minimaux imposés est sanctionnée par le droit des pratiques restrictives en France. L'article L. 442-6 du code de commerce (ancien article L. 442-5) sanctionne ainsi « *le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale* ». Il s'agit d'un délit pénal puni d'une amende de 15.000 euros. La suppression de l'interdiction des prix minimaux imposés de la liste des restrictions caractérisées mettrait ainsi en contradiction le droit des pratiques restrictives et le droit des pratiques anticoncurrentielles, qui sont aujourd'hui parfaitement en phase.

Retirer l'interdiction des prix de vente imposés de la liste des restrictions caractérisées permettrait aux fournisseurs de bénéficier de l'exemption de l'article 2 du règlement. En d'autres termes, la sanction en droit des pratiques anticoncurrentielles des prix de vente imposés / prix minimaux devra passer par une approche par les effets. Une appréciation par les effets serait à l'évidence très compliquée à administrer.

Enfin, il faut rappeler que la pratique décisionnelle récente est très claire concernant les prix de revente imposés. La Commission européenne a infligé en juillet 2018 des amendes aux fabricants d'électronique grand public Asus, Denon & Marantz, Philips et Pioneer, auxquels il a précisément été reproché d'avoir imposé des prix de revente fixes ou minimaux à leurs détaillants en ligne, et ce en violation des règles de l'UE en matière de concurrence. Les amendes prononcées s'élèvent à plus de 111 millions d'euros au total. Pour la Commission, les interventions dans la fixation des prix ont restreint la concurrence effective par les prix entre détaillants et ont débouché sur une hausse des prix, ce qui a eu un effet immédiat sur les consommateurs.

Il apparaît donc que les prix de vente imposés / minimaux portent une atteinte trop importante à la concurrence pour qu'on puisse envisager de ne pas les considérer comme une restriction caractérisée et que les interdictions existantes des prix de vente imposés/ minimaux sont justifiées et nécessaires pour éviter que les fournisseurs ne puissent empêcher toute concurrence par les prix.

²⁶ Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique du 10 mai 2017, §15 (i).

Le développement de la distribution sélective qui vise très souvent à contourner les opérateurs exclusivement en ligne, l'interdiction du recours aux *marketplaces*, et la « libéralisation » des prix imposés se traduirait non seulement par une réduction de l'offre mais aussi par une hausse des prix, le tout au détriment de la concurrence.

Conclusion

Il est nécessaire de garder à l'esprit que les restrictions précitées peuvent être, toutes à la fois imposées à un même distributeur *pure player* ou à une *marketplace*. L'effet cumulatif de ces restrictions aggrave ainsi les discriminations à l'égard de ces acteurs.

Une protection efficace contre les restrictions précitées doit passer par une adaptation du règlement et des lignes directrices.

Pour ce qui concerne le règlement, Cdiscount considère que celui-ci devrait être maintenu, mais révisé.

Selon Cdiscount, il serait nécessaire de :

- Ajouter à la liste des restrictions caractérisées de l'article 4 les pratiques de double-prix (y compris les rabais, réductions).
- Ajouter à la liste des restrictions caractérisées/exclues de l'article 4/5 l'exigence d'un ou de points physique(s).
- Maintenir dans la liste des restrictions caractérisées de l'article 4 : les prix de vente imposés / minimaux.
- Modifier l'article 3 pour abaisser significativement le seuil de part de marché détenue par le fournisseur ;
- Préciser dans l'article 7 que le calcul des parts de marché des fournisseurs en distribution sélective est présumé se faire sur le marché de la distribution sélective.
- Prévoir une obligation pour les fournisseurs de communication des critères de sélection ainsi que de la grille de notation. Une obligation de déclaration de la mise en place / détention d'un réseau de distribution sélective sur un site internet dédié pourrait être prévue à cet égard.
- Modifier l'article 6 pour abaisser significativement le seuil de 50% nécessaire pour démontrer l'effet cumulatif ;

Pour ce qui concerne les lignes directrices, Cdiscount considère que celles-ci devraient également être maintenues, mais révisées.

Selon Cdiscount, il serait nécessaire de :

- Clarifier que, dès lors que les critères mentionnés au paragraphe 175 des lignes directrices ne sont pas remplis, un réseau de distribution sélective constitue une restriction de concurrence qui peut faire l'objet d'une exemption par catégorie si le critère des parts de marché est respecté, étant précisé que, comme indiqué ci-dessus, le seuil de 30% devrait être significativement abaissé ;
- Rappeler que les critères mentionnés au paragraphe 175 sont d'interprétation stricte ;
- Ne pas interdire par principe le recours aux *marketplaces*, y compris dans le cas des réseaux de distribution sélective ;
- Préciser que la surveillance du réseau est une obligation incombant au fournisseur et que la charge de cette obligation ne peut en aucun cas être transférée aux *marketplaces* ;
- Clarifier l'ambiguïté du paragraphe 54 des lignes directrices, en supprimant la possibilité d'exiger la détention d'un point de vente physique ;
- Préciser que le fournisseur a l'obligation de communiquer ses critères de sélection.

A défaut, le risque d'exclusion et le maintien par les fournisseurs d'un niveau de prix artificiellement élevé resterait entier, au détriment de l'intérêt des opérateurs exclusivement en ligne, des *marketplaces*, des petits et moyens commerçants et des consommateurs finaux.