

Contribution au rapport préliminaire de la Commission sur le e-commerce du 15 septembre 2016

BCTG Avocats est un cabinet français intervenant régulièrement dans les secteurs de la distribution sélective et du e-commerce. A l'instar de l'ensemble des acteurs intervenant dans ces secteurs nous observons depuis plusieurs années le développement des plateformes de vente en ligne (« marketplaces »).

Au regard de l'expérience du cabinet dans ce domaine, nous souhaitons partager avec la DG Competition certaines observations et commentaires en relation avec les développements de son rapport préliminaire sur le e-commerce du 15 septembre 2016 se rapportant aux restrictions des ventes sur les marketplaces (paragraphes 408 à 474).

BCTG Avocats partage l'analyse juridique et les conclusions de la DG Competition quant à la licéité de principe de l'interdiction des ventes sur les marketplaces.

Cette position est conforme à l'analyse qu'avait faite la Commission au moment de l'adoption du Règlement d'exemption n°330/2010 (paragraphe 54 des lignes directrices sur les restrictions verticales) et clarifie les lignes directrices en vigueur en ce sens que le rapport préliminaire qualifie l'analyse de la Commission en indiquant expressément que l'interdiction de la distribution sur des marketplaces ne peut s'analyser comme :

- une interdiction de vendre en ligne ;
- une restriction du territoire ou de la clientèle sur lequel ou à laquelle le distributeur considéré peut vendre ;
- une restriction des ventes actives ou passives aux utilisateurs finaux.

Cette réaffirmation claire et non-ambigüe nous paraît indispensable au regard de la diversité des interprétations retenues par les autorités de concurrence et juridictions locales (en particulier en France et en Allemagne) quant à la licéité ou à l'illicéité des dispositions contractuelles interdisant les ventes sur les marketplaces.

Nous relevons en particulier que certaines procédures qui se sont tenues et/ou qui sont actuellement en cours devant certaines autorités de concurrence et juridictions nationales, ont imposé comme base de réflexion l'idée selon laquelle l'interdiction des ventes sur les marketplaces constituerait, *per se*, une restriction de concurrence caractérisée :

- Décision "Adidas" de l'Autorité de concurrence allemande (Bundeskartellamt) en date du 27 juin 2014 : « *However, in the Bundeskartellamt's view, a per se ban on sales via online marketplaces is not a qualitative criterion which is necessary to ensure the quality of the products concerned and the quality of their distribution* »¹;

¹ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2014/B3-137-12.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

- Décision “Asics” de l’Autorité de concurrence allemande (Bundeskartellamt) en date du 26 août 2015 : « *The distribution system 1.0 also contained a ban on the advertising or sale of ASICS products via third-party websites (“Prohibition on sales via online market places”). According to the assessment of the Bundeskartellamt, this ban, too, could have been a restriction of competition by object that breached Article 101 (1) of the TFEU/section 1 GWB, and as a hardcore restriction on competition, one that is unexemptable under the VBER* »²;
- Décision « Caudalie » de la Cour d’appel de Paris en date du 2 février 2016 : « *cette interdiction de principe du recours pour les distributeurs des produits Caudalie, pour l’essentiel pharmaciens d’officine, à une plate-forme en ligne quelles qu’en soient les caractéristiques est susceptible de constituer, sauf justification objective, une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l’exemption communautaire individuelle* »³

Les précisions apportées par la DG Competition au sujet de la licéité de principe de l’interdiction de vendre sur des marketplaces apparaissent en conséquence indispensables.

Comme le relève également la DG Competition, les interdictions de vente sur les marketplaces sont le plus souvent mises en œuvre dans le cadre de réseaux de distribution sélective.

Or, dans les affaires précitées, les autorités de concurrence et les juridictions ont estimé :

- que les contrats de distribution sélective qui contiennent une telle restriction sont illicites *per se* ; et
- que les réseaux de distribution sélective fondés sur de tels contrats perdent *de facto* le bénéfice de l’exemption au titre du Règlement 330/2010.

La réaffirmation par la DG Competition de la licéité de l’interdiction de principe des ventes sur des marketplaces nous amène à questionner la légitimité et la justification du mécanisme de preuve de la licéité ou de l’illicéité des réseaux de distribution sélective actuellement en mis en œuvre par les autorités de concurrence et les juridictions locales.

En effet, les réseaux de distribution sélective rencontrent aujourd’hui une difficulté majeure face aux revendeurs parallèles, eu égard à la personne sur laquelle pèse la charge de la preuve de la licéité du réseau.

Pour rappel, en droit civil français des contrats, c’est à celui qui prétend que le contrat est nul d’apporter la preuve de cette nullité.

² http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

³ <https://www.legalis.net/jurisprudences/cour-dappel-de-paris-pole-1-chambre-3-arret-du-2-fevrier-2016/>.

Cette règle a initialement été inversée pour les contrats de distribution sélective dans la mesure où le régime initial qui prévalait était celui d'un examen *ex ante* de la licéité du réseau (notification puis exemption individuelle par la Commission). En cas de litige ultérieur, exiger que la tête de réseau apporte la preuve de la licéité de son réseau apparaissait alors légitime car elle disposait aisément de tous les éléments pour ce faire.

Depuis le Règlement 1/2003 et la fin du système de notification préalable des accords verticaux, c'est un régime d'exception légale qui prévaut. En conséquence, un réseau de distribution sélective est présumé licite tant qu'il n'est pas remis en cause *ex post*. Dans ce système, le renversement de la charge de la preuve de la licéité du réseau n'a plus de justification.

Murielle Chagny, éminent professeur de droit, s'interrogeait ainsi récemment sur le sujet en ces termes (commentaire de l'arrêt « Rolex » du 19 octobre 2016 de la Cour d'appel de Paris) :

« Faudrait-il déduire du rapprochement de cet arrêt avec ceux rendus, par la même Chambre, avant l'été, qu'il vaut mieux, en termes de stratégie judiciaire, commercialiser des produits en faisant fi du réseau de distribution sélective que de demander son agrément à l'organisateur du réseau ? Si les différences existant dans les contrats respectivement concernés ont directement influencé la solution des litiges, la question ne manque pas de pertinence et d'autres affaires à venir pourraient apporter des éléments de réponse complémentaires. »⁴

Si l'on suit ce raisonnement, la jurisprudence encouragerait ainsi les distributeurs à ignorer purement et simplement l'existence des réseaux de distribution sélective lorsqu'ils étudient l'opportunité de commercialiser des produits pourtant sélectifs.

Or, nombre de marketplaces, conscientes de l'avantage concurrentiel d'être le « premier entrant » sur un marché (« first mover advantage ») ou le « plus convaincant » (« winner takes all »), et surtout de croître rapidement, n'hésitent pas à proposer à la vente des produits sous distribution sélective sans même demander l'agrément des têtes de réseau, dans le seul but d'éviter tout conflit judiciaire et ainsi pour atteindre au plus vite un statut leur permettant d'acquérir une position dominante sur leur marché (cf. Google, Facebook, Uber, Booking, etc.).

Les fournisseurs à la tête de réseau de distribution sélective sont ainsi soumis à une pression déloyale extrêmement forte des marketplaces, sans pouvoir prendre de dispositions à cet égard sous peine de voir la licéité de leur réseau purement et simplement remise en cause.

Que l'état du droit procédural actuel conduise les distributeurs à de tels choix stratégiques n'est pas acceptable.

Cette situation ne saurait constituer une solution viable pour les fournisseurs à la tête de réseaux de distribution sélective, aussi bien pour ceux qui interdisent la vente de leurs produits sur des marketplaces que pour ceux qui l'autorisent sur des marketplaces agréées (en effet, ces dernières se trouvent concurrencées par des marketplaces qui ne respectent pas les critères d'agrément et ne prennent pas la peine d'effectuer des demandes d'agrément, sans que le fournisseur ne puisse les sanctionner efficacement à cet égard).

⁴ Commentaire de la décision « Rolex » de la Cour d'appel de Paris en date du 19 octobre 2016 (https://groupes.renater.fr/sympa/d_read/creda-concurrence/CaP/19oct2016/ElyseesShopping.pdf).

En conséquence, il nous semblerait utile de compléter de deux manières le paragraphe 473 du rapport préliminaire où il est indiqué que « *The Commission or National Competition Authorities may also decide to withdraw the benefit of the Vertical Block Exemption Regulation pursuant to Article 29 of Regulation 1/2003, if in a particular case marketplace bans are restricting competition within the meaning of Article 101 (1) TFEU and are incompatible with Article 101 (3) TFEU. The importance of marketplaces as an online sales channel in relation to the product and geographic market in question as well as the credibility of brand protection considerations and the need for pre- and post-sale advice will be important elements in the analysis* » :

- d'une part en indiquant que c'est à celui qui invoque l'illicéité d'un réseau de distribution sélective d'en apporter la preuve ;
- d'autre part en précisant que les principes énoncés par la Commission à ce sujet s'appliquent aussi bien aux affaires instruites par les autorités de concurrence nationales qu'à celles portées devant les juridictions nationales afin d'éviter les divergences d'interprétation comme cela a pu être le cas en Allemagne entre le Bundeskartellamt et les juridictions régionales⁵. Dans cette seconde hypothèse, c'est le distributeur parallèle qui devrait avoir la charge de prouver que le réseau est illicite sur le fondement de l'article 101§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (la tête de réseau ayant seulement à se défendre, si nécessaire, sur le fondement de l'article 101§1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

Paris, le 18 novembre 2016


Hugues Villey
h.villey@bctg-avocats.com


François Dauba
f.dauba@bctg-avocats.com


Elsa Pinon
e.pinon@bctg-avocats.com

⁵ Voir les affaires Adidas et Asics devant le Bundeskartellamt et l'affaire Deuter devant la Cour d'appel de Francfort.