

Louis VOGEL
Professeur agrégé
des Facultés de Droit
LL.M. Yale-I.E.P. Paris
Attorney at Law (New York)

Joseph VOGEL
H.E.C.-I.E.P. Paris
Attorney at Law (New York)

Charles-Siegfried FAHRNER
Xavier HENRY
André BRICOGNE
Sylvain CORVOL
Stéphanie BOUDIN
Laurence BOUDAILLIEZ
Fernanda DE ABREU
Cécile ASSEMAT
Juliette BLOUET-GAILLARD
Hubert DELVAL
Julia COSTE
Florent BARBU
Mathilde LEROY
Mylène COSSARD
Pétronille NOËL
Louise BECKER
Bénédicte SIMONNEAU
Anaïs HIRSZOWSKI
Magali PELLEGRIN
Mathieu PAGNOUX
Emmanuelle BOC
Virginie OZIOL

**AVOCATS
AU BARREAU DE PARIS**

Thierry RAMBAUD
Professeur agrégé
des Facultés de droit

Géraldine DEMME
Maître de conférences
des Universités

OF COUNSEL

**Observations en réponse au rapport préliminaire publié
par la Commission européenne dans le cadre de son
enquête sectorielle sur le e-commerce**

La Commission européenne a publié le 15 septembre dernier ses conclusions préliminaires suite à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique. La Commission a lancé une consultation publique et invite les opérateurs à formuler leurs observations sur ce rapport préliminaire (ci-après « le Rapport »).

Depuis plus de 25 ans, notre Cabinet accompagne et conseille les entreprises en matière de droit de la concurrence et de la distribution. La consultation publique lancée par la Commission est une opportunité pour livrer notre analyse sur les évolutions récente du droit de la concurrence, et sur le risque de voir la distribution sélective remise en cause.

1. La distribution sélective est un mode efficient de distribution

La distribution sélective est fondée sur la concurrence par la qualité, qui a toujours été reconnue par la jurisprudence européenne comme une forme importante de concurrence ne devant pas être sacrifiée totalement à la concurrence par les prix. Les arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne ont consacré cette forme de distribution depuis les arrêts *Metro I* et *Metro II*¹ jusqu'à l'arrêt *Jaguar Land Rover*².

¹ V. CJUE, 25 octobre 1977, *Metro 1*, n°26/76, points 20 et 21 ; CJCE, 22 octobre 1986, *Metro 2*, aff. 75184, points 11 et 45.

² CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24 SARL*, aff. C-158-11.

La distribution sélective a donc fait l'objet d'un régime de faveur de la part des autorités de contrôle du fait du caractère limité de ses effets anticoncurrentiels. La limitation du nombre de revendeurs qu'entraîne la sélection est compensée par une amélioration du service rendu à l'utilisateur final. Tout comme la franchise, la distribution sélective offre la possibilité pour un fabricant d'imposer une uniformité relative et certaines normes de qualité à ses distributeurs, et donc d'acquiescer une bonne image de marque, d'accroître l'intérêt du consommateur final pour son produit et d'augmenter ses ventes.

Plus précisément, l'analyse économique moderne des restrictions verticales a tenté de systématiser les enseignements empiriques liés aux avantages de la distribution sélective. Elle confirme que le choix d'un nombre limité de distributeurs, sélectionnés sur la base de critères qualitatifs, et, le cas échéant, quantitatifs, permet aux fournisseurs de s'assurer que la distribution de leurs produits s'effectue dans des conditions optimales, dans le respect de l'image de marque du produit.

Il a ainsi été démontré que si le distributeur n'est pas incité à offrir des services additionnels aux consommateurs, il aura tendance à ne pas les proposer. La théorie des services additionnels, développée en particulier par Tesler³, montre que la distribution sélective constitue le moyen d'inciter les détaillants à fournir aux consommateurs les services spécifiques et les conseils nécessaires compte tenu de la technicité et de l'image des produits. Selon la théorie des asymétries d'information, la distribution sélective autorise la mise en place de mécanismes d'intéressement des distributeurs membres du réseau afin qu'ils répercutent sur la tête de réseau les informations sur les préférences des clients qu'ils ne feraient pas remonter dans un système de distribution non incitatif. De même, elle permet de récompenser l'augmentation de la qualité du service rendu par les distributeurs, génératrice de ventes supplémentaires du fournisseur. A défaut d'incitation au maintien ou au développement de la qualité, les distributeurs se contenteraient de vendre au moindre coût de distribution possible, au détriment des ventes globales du réseau et de leur propre niveau de vente.

La fourniture de services additionnels par les distributeurs, le respect de critères de qualité et la remontée d'informations vers la tête de réseau entraînent des investissements et des coûts de distribution spécifiques inhérents à la distribution sélective. Si les revendeurs hors réseau avaient la faculté de vendre des produits contractuels faisant l'objet d'une distribution sélective, ils profiteraient de l'ensemble des externalités positives induites par le réseau sans être soumis aux investissements supportés par ses membres. La distribution sélective implique donc la protection du réseau contre les pratiques de parasitisme (*free riding*). Elle est également nécessaire pour éviter la banalisation et la dévalorisation du produit qui conduiraient le consommateur à s'en détourner. Les lignes directrices sur les restrictions

³ TESLER, Why Should Manufacturers Want Fair Trade, *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, 86.

verticales consacrent cette analyse en soulignant que même la pratique de prix imposés peut être justifiée par la fourniture de services additionnels et la prévention du *free riding*⁴.

2. La distribution sélective est périodiquement remise en cause et ses fondements juridiques et économiques doivent être réaffirmés

La distribution sélective a périodiquement été remise en cause par des opérateurs économiques dont les activités sont fondées exclusivement sur une concurrence par les prix. Après avoir subi les attaques d'opérateurs du secteur de la grande distribution, ce mode de distribution est depuis quelques années fragilisé par la faveur sans limite de la jurisprudence de certaines autorités de concurrence et de juridictions d'Etats membres pour la vente par Internet, en particulier dans le cadre des *marketplaces*. Ce courant jurisprudentiel favorise l'activité des *marketplaces*, qui ne permet pas nécessairement une présentation des produits sélectifs conformément à leur image de marque et tend à démultiplier les points de vente au détriment du maillage voulu par le fournisseur, conforme à l'équilibre de son réseau.

Cette jurisprudence aboutit en réalité à remettre en cause la construction juridique de la Commission, destinée à équilibrer grandes marques et *pure players*. La pratique décisionnelle de certaines autorités de concurrence a ainsi nettement condamné l'interdiction du recours aux places de marché.

L'Office fédéral des cartels allemand, en particulier, a pris position dans deux affaires importantes, les affaires Adidas⁵ et Asics, et a contesté la clause des contrats de distribution de ces marques interdisant les ventes par plateformes Internet. L'autorité française de concurrence, à l'origine plutôt tolérante envers l'interdiction de recours aux places de marché, a aussi progressivement durci sa position. Récemment, Adidas s'est engagé à modifier ses contrats de distribution pour la France afin d'autoriser ses distributeurs à vendre les produits de la marque tant sur leur propre site Internet que sur les places de marché⁶.

Cette pratique décisionnelle contestable reçoit le soutien de certaines juridictions nationales. En France, la Cour d'appel de Paris a jugé récemment⁷ que l'interdiction de principe du recours pour les distributeurs des produits Caudalie, pour l'essentiel pharmaciens d'officine, à une plateforme en ligne quelles qu'en soient les caractéristiques, pouvait constituer, sauf justification objective, une restriction de concurrence caractérisée. En Allemagne, la jurisprudence est profondément divisée mais certaines juridictions ont jugé que l'interdiction de recours à une plateforme tierce constitue une restriction caractérisée.

⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 225.

⁵ Publication du BKA du 19 août 2014, Adidas gibt pauschale Verkaufsverbote über Online-Marktplätze auf, B3-137/12.

⁶ ADLC, communiqué du 18 novembre 2015, Contrats Conc. Consom., 2016, Alerte 2.

⁷ Paris, pôle 1, ch. 3, 2 février 2016, n°15/01542, SAS eNova Santé / SAS Caudalie, AJCA, avril 2016, 210, obs. Ponsard, RLDC, mai 2016, 10.

Cette pratique décisionnelle et cette jurisprudence aboutissent à remettre en cause la distribution sélective elle-même.

En premier lieu, la liberté du fabricant de dimensionner son réseau, dans un système de distribution sélective, doit être préservée. L'interdiction de recourir à des plateformes tierces peut être à ce titre tout à fait justifiée, puisque dans la mesure où il s'agit pour le fabricant d'interdire de multiplier des points de vente non-autorisés au-delà du *numerus clausus*, notamment en recourant à des revendeurs ou à des mandataires. La plupart des plateformes agissent en tant qu'acheteurs-revendeurs. La revente hors réseau étant interdite aux membres des réseaux sélectifs, il doit être possible d'interdire la revente à de telles plateformes. Dans le même sens, si la plateforme est un mandataire agissant en tant qu'agent des distributeurs au sens du droit de la concurrence, le fournisseur peut interdire aux membres de son réseau de confier la distribution des produits contractuels à de tels mandataires. La Commission a toujours considéré « *que, d'une manière générale, une entreprise... devrait avoir le droit de choisir ses partenaires commerciaux* »⁸ et que le fournisseur décide seul en conséquence de la possibilité pour le distributeur de recourir – ou non – à des mandataires⁹. L'Autorité française de la concurrence a, de son côté, toujours rappelé que « *la liberté d'organisation de son réseau par un fournisseur constitue un principe de base* »¹⁰.

En second lieu, le Rapport montre les risques importants liés à l'absence d'encadrement des ventes des membres de réseaux sélectifs sur les plateformes en termes de qualité des services de pré-vente, de vente et d'après-vente. Alors que la distribution sélective repose principalement sur une concurrence par la qualité, le recours aux plateformes encourage quasi-exclusivement la concurrence par les prix. Interdire au fabricant de restreindre le recours aux plateformes tierces fait donc courir un risque certain sur la qualité du service, au détriment du consommateur final.

⁸ Cf. orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (devenu 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes.

⁹ Brochure explicative relative au règlement n°1400/2002 du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ; adde règlement n°1455/95 (article 3 point 6) exemptant expressément l'obligation des distributeurs de ne pas conclure d'accords de distribution sans le consentement du fournisseur.

¹⁰ Cons. Conc. Décision n°04-D-55 du 10 nov. 2004, relatives à des pratiques relevées dans le secteur des images de collection pour enfants.



* * *

La distribution sélective constitue un système de distribution particulièrement efficient et équilibré. Elle permet de combiner une large diffusion des produits avec la garantie d'une qualité de la distribution et de l'image de marque. **Face aux attaques qu'elle subit depuis plusieurs années, il est crucial pour l'avenir de la distribution sélective que la Commission réaffirme avec force ses fondements juridiques et économiques.**

Fait à Paris, le 18 novembre 2016.

Joseph VOGEL