

alerte client

COMMERCE ELECTRONIQUE | UE |

4 OCTOBRE 2016

SYNTHESE DU RAPPORT PRELIMINAIRE DE LA COMMISSION EUROPEENNE SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE

La Commission européenne a publié le 15 septembre dernier son rapport préliminaire sur le commerce électronique. Pour mémoire, la Commission avait annoncé le 6 mai 2015, dans le cadre de sa stratégie pour un marché unique numérique, le lancement d'une enquête afin d'examiner et rassembler les éléments permettant d'identifier les éventuels obstacles à la concurrence dans le commerce électronique. Pour ce faire, la Commission a adressé des questionnaires très détaillés aux différents acteurs du secteur et notamment aux fabricants de produits de marque, aux revendeurs (*pure player* ou non) et aux places de marché.

Consciente que les conditions de la concurrence peuvent varier d'une famille de produits à une autre, la Commission a pris soin d'adresser ses questionnaires à des acteurs présents dans différentes familles de produits de façon à intégrer cette variable dans ses conclusions préliminaires. Les familles de produits concernées sont (i) les vêtements, chaussure et accessoires de mode, (ii) les produits électroniques, (iii) l'électroménager, (iv) les jeux vidéo et les logiciels, (v) les jouets et la puériculture, (vi) les médias, (vii) les produits de soin et de beauté, (viii) les équipements de sport et (ix) les produits de la maison et de jardin.

Après avoir mené un examen approfondi des conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence dans le commerce électronique (I.) et des réactions que son développement a pu susciter dans l'organisation des schémas de distribution (II.), la Commission revient sur certaines restrictions propres à ces marchés comme le critère du point de vente physique, le recours aux places de marché, les outils de comparaison tarifaire et les pratiques de prix recommandés (III.).

Parallèlement, la Commission organise une consultation publique afin de permettre à tout acteur intéressé ou toute association professionnelle d'adresser ses observations sur les conclusions préliminaires contenues dans ce rapport. La date limite de soumission des contributions est fixée au 18 novembre 2016.

I. LE FONCTIONNEMENT DE LA CONCURRENCE DANS LE COMMERCE ELECTRONIQUE

Les principaux déterminants de la concurrence dans le commerce électronique

La Commission se livre à un examen des principaux éléments moteurs de la concurrence entre les différents acteurs de la chaîne de distribution. L'exercice mené ici par la Commission a le mérite de montrer que selon sa situation sur la chaîne de production et de distribution un acteur économique n'orientera pas de la même façon les efforts qu'il fournit pour se différencier de ses concurrents.

Il ressort des résultats de l'enquête que pour les fabricants les principaux déterminants de la concurrence entre les marques sont : la qualité du produit, l'image de marque, le caractère nouveau du produit et donc le renouvellement des gammes ainsi que l'innovation, mais aussi la sécurité et le design.

Pour les distributeurs, l'élément déterminant de la concurrence est le prix, viennent ensuite la profondeur de gammes et la disponibilité des derniers produits. Pour les places de marché, les éléments déterminants de la concurrence sont la profondeur de gamme, l'image et la notoriété de la place de marché, la facilité d'usage et le prix.

Le constat opéré par la Commission permet de mettre en évidence que le prix n'est pas le seul facteur de concurrence et de différenciation que ce soit du point de vue de l'offre ou du point de vue des consommateurs. En effet, si les fabricants considèrent que les principaux éléments de différenciation résident dans le renouvellement des gammes, l'innovation et la qualité de leurs produits, et axent leurs efforts et investissements vers ces objectifs, c'est en réponse aux attentes des consommateurs. Il est donc indispensable de préserver la capacité des grandes marques à innover et améliorer la qualité de leurs produits.

La transparence tarifaire

La Commission fait le constat de l'existence d'une très grande transparence tarifaire dans le commerce électronique. La transparence tarifaire inhérente au commerce en ligne a un impact significatif sur le comportement des consommateurs qui peuvent immédiatement comparer les prix pratiqués en ligne et passer très facilement du canal online au canal offline, et inversement.

La situation de transparence tarifaire est accentuée par les outils informatiques utilisés par les distributeurs. En effet, la Commission constate que plus de la moitié des distributeurs indiquent tracer les prix de leurs concurrents et adapter leurs propres prix en conséquence (jusqu'à plusieurs fois par jour pour certains types de biens).

S'agissant du double prix, seule une minorité des acteurs *cross canal* admettent pratiquer un prix différent online et offline. Certains d'entre eux expliquent cette différence en raison de l'intensité plus forte de la concurrence sur les prix en ligne. Certains expliquent qu'un double prix se justifie par les coûts moindres du commerce en ligne (absence de coûts liés à l'exploitation d'un point de vente physique, absence de coûts de prévente).

II. LA REACTION DES MARQUES AU DEVELOPPEMENT DU COMMERCE EN LIGNE

Le développement par les fabricants de leur propre site marchand et l'ouverture aux *pure players*

La transparence tarifaire, l'érosion rapide des prix et les difficultés pour les grandes marques à maintenir une image de marque cohérente offline et online ont affecté les stratégies de distribution des fabricants. La Commission constate ainsi que les grandes marques ont en réaction au développement du commerce en ligne lancé leur propre site marchand et/ou ont admis la distribution de leurs produits par des sites *pure players*.

S'agissant du développement de sites marchands par les marques, la Commission relève que ce phénomène a entraîné une intégration verticale de la distribution par les marques. Cela est particulièrement vrai dans le secteur de la cosmétique et des équipements de sport où plus de 80 % des fabricants sont présents à un autre niveau de la chaîne de production/distribution. Cette intégration qui constitue l'une des réactions les plus fortes au développement du commerce en ligne aurait, selon la Commission, permis aux marques de tirer tous les bénéfices du développement du commerce en ligne tout en augmentant leur contrôle sur la distribution des produits, y compris sur la qualité et le prix.

S'agissant des *pure players*, la Commission constate que si les grandes marques ont ouvert la distribution de leurs produits aux sites marchands ne disposant pas de point de vente physique, certains *pure players* indiquent se voir refuser l'accès à certains produits en raison de leur politique de prix bas.

Par ailleurs, la Commission constate qu'en dépit du développement du commerce en ligne, de nombreux fabricants, et notamment les acteurs de l'industrie du luxe, soulignent l'importance de vendre leurs produits à travers des points de vente physiques. Les acteurs de l'industrie du luxe considèrent que l'expérience d'achat traditionnelle dans un environnement de vente spécifique au luxe, accompagnée d'un service lors de la vente, est essentielle pour le positionnement de leurs produits et pour répondre aux attentes des consommateurs. Dans ce contexte, certains acteurs de l'industrie du luxe font observer que le lancement de sites marchands pour certains produits et marques de luxe avait été décevant, les consommateurs privilégiant l'achat de produits à prix élevé dans un environnement de vente luxueux et traditionnel.

Enfin, si les grandes marques ont su s'adapter au développement du commerce en ligne et en tirer profit, en revanche, la moitié des fabricants ayant répondu à l'enquête de la Commission considèrent que les places de marché pourraient avoir un impact négatif sur leurs activités.

L'augmentation du recours à la distribution sélective

19 % des fabricants admettent avoir mis en place un système de distribution sélective en réaction au développement du commerce en ligne tandis que 67 % des fabricants ont introduit de nouveaux critères de sélection, notamment par la création d'un avenant internet. Le développement du commerce électronique aurait donc entraîné une accentuation du recours à la distribution sélective et/ou une adaptation des critères qualitatifs au contexte du commerce en ligne.

La Commission se livre à un intéressant examen des différentes justifications avancées par les différents fabricants et constate que les raisons mises en avant ne varient pas sensiblement d'une catégorie de produits à une autre : protection du positionnement sur le marché, préservation de l'image de marque, environnement de vente qui reflète l'image de marque, préservation du prestige et de la perception du caractère luxueux de la marque, délivrance de services avant-vente et après-vente et fourniture de conseils de qualité et/ou professionnels, délivrance d'un conseil individualisé, conseil technique par un spécialiste, etc.

En complément, la Commission se livre à une analyse approfondie des différents critères de sélection appliqués soit aux deux canaux online et offline, soit à l'un de ces deux canaux. Pour votre complète information, nous vous renvoyons aux pages 82 à 86 du Rapport.

La Commission note que si en règle générale les critères de sélection appliqués peuvent varier significativement d'un canal à l'autre, le développement du commerce électronique a entraîné un renforcement de la distribution sélective et des critères qualitatifs.

Si les grandes marques justifient ce renforcement par la nécessité d'assurer un haut niveau de qualité dans la distribution de leurs produits, la Commission considère que certains critères de sélection pourraient aller au-delà de ce qui est nécessaire et se livre à un examen approfondi de certaines restrictions comme le critère du point de vente physique, l'interdiction du recours aux places de marché, outils de comparaison tarifaire et les pratiques de prix recommandés.

III. LES RESTRICTIONS DE CONCURRENCE EXAMINEES

Le critère du point de vente physique

La Commission relève tout d'abord que l'obligation de détenir un point de vente physique est généralement motivée par le besoin d'assurer un conseil adéquat par un personnel qualifié, la possibilité de pouvoir montrer comment fonctionne le produit et ses spécificités techniques, la

possibilité pour le consommateur de visualiser le produit, le caractère luxueux de l'environnement de vente, le caractère spécifique de l'expérience d'achat, l'accompagnement et l'attention personnalisée du personnel de vente ou encore la nécessité de fournir des consignes de sécurité.

S'agissant de la validité du critère du point de vente physique, la Commission rappelle certes qu'un tel critère qualitatif figurant dans un accord de distribution sélective liant un fabricant et un revendeur dont la part de marché n'excède pas 30 % et qui ne contient pas de restriction caractérisée (clause noire) bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption n° 330/2010. Cependant, elle rappelle également que lorsque les caractéristiques d'un produit ne requièrent pas le recours à un réseau de distribution sélective ou ne requièrent pas l'application de certains critères de sélection et si la ou les restrictions en question génèrent des effets anticoncurrentiels sur le marché non susceptibles d'être contrebalancés par des gains d'efficacité, le bénéfice de l'exemption par catégorie peut être retiré conformément à l'article 29 du règlement 1/2003.

Sur ce sujet, la Commission part tout d'abord du constat que le recours à la distribution sélective s'est considérablement accru ces dernières années pour une grande variété de produits. Ensuite, elle considère que l'obligation pour les revendeurs d'exploiter un point de vente physique, alors qu'elle est généralement couverte par le règlement d'exemption, pourrait requérir un examen complémentaire dans certains cas individuels, lorsque pour certaines catégories ou certaines lignes de produits, les *pure players* pourraient être agréés sur la base des critères équivalents. La Commission considère en conclusion que le critère du point de vente pourrait dans certains cas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour le maintien d'une distribution de haute qualité.

Dans la mesure où la Commission suggère que le critère du point de vente physique pourrait ne pas être justifié pour certains types de produits, il apparaît que ce critère serait justifié pour les autres types de produits.

Ainsi, il semble que la Commission ne reviendra pas à ce stade sur le critère du point de vente physique s'agissant des produits qui ont toujours fait l'objet d'une distribution sélective dont la justification a été reconnue par la Commission et les juridictions communautaires et pour lesquels les investissements dans les prestations avant-vente comme le conseil personnalisé, le *touch and feel* et l'environnement de vente sont essentiels pour maintenir la qualité et le bon usage du produit, l'image de marque et/ou son positionnement luxueux ou premium.

Evidemment, il conviendra de suivre de près la position de la Commission sur ce point précis et notamment dans le cadre du rapport final qui fera suite à la consultation publique qu'elle vient de lancer.

Le recours aux places de marché

48 % des fabricants ayant participé à l'enquête de la Commission considèrent que les places de marché ont un impact négatif sur leurs activités. La Commission relève néanmoins que l'impact négatif des places de marché sur les activités des fabricants dépendrait des caractéristiques propres à chacune de ces places de marché. En effet, dans certains cas, les places de marché respecteraient l'identité des marques et délivreraient une information suffisante au consommateur sur les caractéristiques et les qualités des produits, de sorte que ces places de marché pourraient augmenter les ventes en ligne d'un produit donné sans affecter leur image de marque. La Commission ne se prononce en revanche pas sur les places de marché qui ne respecteraient pas l'identité des marques.

La Commission se penche ensuite sur les différentes justifications mises en avant par les fabricants pour limiter ou encadrer le recours aux places de marché : (i) la protection du positionnement des produits et de l'image de marque, (ii) la lutte contre les contrefaçons,

(iii) assurer un bon niveau de services avant-vente et après-vente, (iv) protéger les réseaux de distribution existant (*free riding*), (v) la position prédominante de certaines places de marchés et l'ambiguïté de la relation qu'elles entretiennent vis-à-vis des consommateurs. En parallèle, elle relève, mais de façon relativement succincte, que certaines places de marché ont fourni ou sont en train de fournir des efforts pour s'adapter aux critères qualitatifs des marques.

La Commission constate qu'au-delà de l'interdiction absolue de recourir à des places de marché, certains critères qualitatifs des fabricants pourraient avoir le même effet. Cela pourrait être le cas si le site internet du revendeur doit apparaître sous un nom de domaine qui contient le nom du revendeur. Cela pourrait également être le cas si le site où les produits sont vendus doit être exploité par le revendeur. Cela pourrait encore être le cas de l'interdiction de vendre via des places de marché qui affichent de façon visible leur logo. La Commission vise ici la "logo clause" qui a fait tant débat en Allemagne et sur laquelle la CJUE devrait se pencher dans le cadre de l'affaire Coty.

La Commission considère également que le simple fait pour les fabricants d'obliger les revendeurs à demander une autorisation préalable pourrait avoir le même effet qu'une interdiction explicite de recourir aux places de marché, dans la mesure où les revendeurs pourraient ne pas demander une telle autorisation, et même s'ils la demandaient, celle-ci pourrait ne pas leur être accordée. La position de la Commission semble radicale. Elle part du postulat que les fabricants refuseraient systématiquement aux revendeurs de placer leurs produits sur les places de marché lorsque ces derniers en feraient la demande, ce qui ne peut bien évidemment pas être démontré *a priori*.

Il est regrettable que la Commission envisage d'instaurer une présomption de non-compatibilité du critère qui imposerait au revendeur d'informer son fabricant et de lui demander de vérifier la compatibilité de la plateforme en question avec ses standards de vente. Une telle présomption reviendrait à réduire significativement la capacité du fabricant à veiller à la cohérence de son réseau, notamment vis-à-vis des places de marchés utilisées par ses revendeurs agréés.

La Commission relève que les restrictions imposées par certains fabricants peuvent avoir pour effet d'exclure les places de marché comme canal de vente, mais que le fait de savoir si une restriction conduit à une exclusion de l'ensemble ou de la plupart des places de marché ne peut être déterminé qu'au cas par cas. Ce point est d'importance puisque la Commission refuse ici de considérer que telle ou telle restriction touchant le recours aux places de marché constituerait une restriction par objet, nécessitant dès lors une analyse *in concreto*, à savoir au regard de la nature du produit, de la structure du marché et des effets de la restriction en cause (ce qui complexifie bien évidemment la tâche des autorités de concurrence).

S'agissant de la qualification de restriction caractérisée par objet (autrement appelée *hardcore restrictions* ou clause noire) de l'interdiction absolue de recourir aux places de marché, la Commission relève en premier lieu qu'il existe un débat sur ce sujet dans différents Etats membres. Elle ajoute que cette question a fait l'objet d'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. La Commission semble donc prendre acte que cette question a vocation à être tranchée par la Cour dans les mois à venir.

La Commission se livre ensuite à une explication *a posteriori* de ses lignes directrices de 2010 et précise qu'elle n'avait pas entendu considérer à cette époque que l'interdiction de recourir aux places de marché puisse constituer une restriction caractérisée.

La Commission expose ensuite son appréciation à date de l'interdiction absolue de recourir aux places de marchés. En faisant référence à l'arrêt Pierre Fabre, elle considère tout d'abord qu'une interdiction de recourir aux places de marché pourrait constituer une restriction par objet des ventes passives dans la mesure où elle empêcherait l'utilisation d'internet comme canal de vente.

Sur ce sujet, la Commission indique que les résultats de l'enquête sectorielle ne montrent pas que l'interdiction de recourir aux places de marché équivaldrait à une interdiction *de facto* de vendre en ligne. Dans ces conditions, l'interdiction de recourir aux places de marché ne peut donc pas recevoir le même traitement que l'interdiction de vendre en ligne. En effet, les places de marché ne constituent pas le principal canal de vente sur internet et la moitié des revendeurs ne vendent aujourd'hui pas via les places de marché.

De plus, le recours aux places de marché varie significativement d'un pays à un autre (si en Allemagne 60 % des revendeurs passent par les places de marché, ce n'est pas le cas en Italie, en Belgique et en Suède où moins de 25 % des revendeurs passent par les places de marché). Le recours aux places de marché varie également d'une catégorie de produit à une autre. Les PME auraient plus souvent recours aux places de marché que les revendeurs les plus importants, tout en précisant que même pour cette catégorie de revendeurs plus de la moitié ne vendent que sur leur propre site internet.

La Commission considère finalement qu'il ressort de son étude préliminaire que les clauses interdisant de façon absolue le recours aux places de marché ne constituent pas aujourd'hui une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie dans la mesure où elles n'ont pas pour effet de restreindre les territoires et la clientèle vers lesquels les revendeurs peuvent vendre et n'ont pas pour effet de restreindre les ventes actives et passives aux utilisateurs finaux. La Commission confirme que cette approche est en adéquation avec ses lignes directrices de 2010.

La Commission ajoute néanmoins que cela ne signifie pas que les interdictions du recours aux places de marché seraient dans tous les cas compatibles avec le droit européen de la concurrence. La Commission rappelle que de telles interdictions pourraient tomber sous le champ de l'article 101§1 TFUE si les parts de marchés des parties à un contrat de distribution sont supérieures à 30 %. Elle rappelle également qu'elle peut, au même titre que les autorités nationales de concurrence, retirer le bénéfice de cette exemption conformément à l'article 29 du règlement 1/2003. Dans ce contexte, la Commission précise que la nécessité pour les marques de s'assurer de la préservation de leur image ainsi que du niveau de services avant-vente et après-vente seront des éléments à prendre en compte dans l'analyse.

La position adoptée par la Commission sur l'interdiction des places de marché, qu'elle considère être en phase avec les lignes directrices de 2010, apporte un éclairage nouveau puisqu'elle confirme l'absence de qualification de ce type de clauses comme restriction caractérisée par objet. Par conséquent, dans les cas où les parties à un contrat de distribution sélective ont une part de marché inférieure à 30 %, une contestation de la validité de ce type de clause obligerait la Commission ou les autorités nationales de concurrence à retirer le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie conformément à l'article 29 du règlement n° 1/2003. Il reviendra alors à l'autorité de poursuite d'établir que l'interdiction de recourir aux places de marché ne respecte pas les conditions de l'article 101§3 TFUE. Une telle analyse devrait notamment requérir la démonstration que le produit concerné ne nécessite pas une protection accrue de son image de marque et une préservation des services avant-vente et après-vente.

Les outils de comparaison tarifaire

Les outils de comparaison tarifaire permettent aux consommateurs de trouver les distributeurs qui proposent certains produits, de comparer les prix et de retenir l'offre qu'ils considèrent la plus adéquate.

Les résultats préliminaires de l'enquête sectorielle indiquent que l'utilisation des outils de comparaison tarifaire est largement répandue. 36 % des revendeurs ont déclaré avoir fourni des données de prix aux fournisseurs d'outils de comparaison tarifaire en 2014.

9 % des distributeurs ont déclaré avoir des accords avec les fabricants qui contiennent une certaine forme de restriction quant à leur possibilité d'utiliser les outils de comparaison tarifaire allant de l'interdiction absolue à l'imposition de critères qualitatifs.

Il ressort de l'enquête de la Commission, qu'un certain nombre de fabricants reprochent aux outils de comparaison tarifaire d'avoir une approche centrée sur le prix alors que d'autres éléments de différenciation sont déterminants comme la qualité du produit, l'image de prestige, le design, etc.

La problématique liée au recours aux outils de comparaison tarifaire diffère sensiblement de celle liée aux places de marché. En effet, contrairement aux places de marché, les outils de comparaison redirigent les consommateurs vers le site internet du distributeur autorisé sur lequel la vente sera effectivement réalisée, de sorte que le consommateur devra forcément naviguer sur une interface qui répondra aux critères qualitatifs des marques.

Si la Commission considère que l'interdiction absolue de recourir aux outils de comparaison tarifaire (non liée à des critères qualitatifs) est susceptible de restreindre les revendeurs dans la possibilité d'utiliser une méthode de promotion de leurs produits et d'augmenter le trafic sur leurs propres sites marchands, elle considère que les fabricants qui ont organisé la distribution de leurs produits via un réseau de distribution sélective sont en principe autorisés à définir des critères qualitatifs dans l'utilisation de ces outils par leurs revendeurs.

Les pratiques de prix recommandés

La Commission constate qu'au moins un tiers des revendeurs dans chacune des catégories de produits concernée reçoit des recommandations de prix de la part des fabricants. La Commission relève que, selon les fabricants, la communication d'un prix recommandé constitue la manière la plus immédiate de communiquer sur la qualité et le positionnement de la marque.

Aujourd'hui, près de 30 % des fabricants contrôlèrent de façon systématique les prix pratiqués au stade de la revente de détail. D'autres fabricants suivent les prix pratiqués par leurs revendeurs de façon plus ciblée, en mettant l'accent sur certains produits ou certains marchés clés. Par ailleurs, 67 % des fabricants admettent suivre les prix pratiqués par leur revendeurs manuellement et 40 % le font via des logiciels de suivi de prix.

La Commission constate qu'il est aujourd'hui beaucoup plus aisé pour les fabricants de suivre les déviations des revendeurs à leur politique de prix recommandés, ce qui pourrait permettre aux fabricants de prendre des mesures pour limiter ces écarts. Elle considère également que la transparence tarifaire accrue inhérente au commerce électronique et le suivi des prix de leurs concurrents par les revendeurs pourrait également les inciter à ne pas s'écarter de la ligne de prix recommandée.

Une fois ce constat fait, la Commission précise, sans en dire beaucoup plus, que certains accords entre fabricants et revendeurs mériteraient d'être examinés de façon plus approfondie au cas par cas.

CONTACTS

ANTOINE CHOFFEL
Associé
choffel@gide.com

FRANCK AUDRAN
Counsel
audran@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : gide.com

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).