

CONCURRENCE

Distribution sélective et Internet : au-delà de Coty

Le commerce électronique est actuellement au cœur des préoccupations des autorités de concurrence : plusieurs d'entre elles, y compris la Commission européenne et les autorités française, britannique ou allemande, ont lancé des enquêtes sectorielles afin d'identifier les éventuelles barrières pouvant entraver le développement des ventes en ligne. La question intéresse particulièrement les systèmes de distribution sélective qui, par nature, incluent des restrictions visant à préserver l'image de marque des fournisseurs.



Par **Marta Giner Asins**, associée,

La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) adopte ici une approche pragmatique et a, par exemple, récemment (arrêt Coty du 7 décembre 2017) reconnu la possibilité pour les fournisseurs de marques de luxe d'interdire à leurs distributeurs agréés de commercialiser les produits contractuels sur des plateformes tierces – du type Amazon – sous certaines conditions.

Cependant, si cet arrêt a apporté des clarifications bienvenues, il laisse un certain nombre de questions ouvertes.

Qu'est-ce qu'un produit de luxe ?

Afin de mieux comprendre l'apport de l'arrêt Coty, il est utile de rappeler les principes qui régissent la distribution sélective. En effet, la jurisprudence communautaire a rappelé qu'un système de distribution sélective ne relève pas de l'interdiction des accords anticoncurrentiels pour autant que (i) le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, (ii) fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, et que (iii) les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin (iv) que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire.

Ainsi, au cœur de l'évaluation d'un système de distribution sélective, il y a un test de proportionnalité : est-ce que les restrictions imposées au distributeur sont nécessaires et proportionnelles au but recherché ?

Dans ce cadre, la notion de protection d'image de marque est clé, et l'arrêt Coty est venu tout d'abord confirmer clairement que «les produits de luxe peuvent nécessiter la mise en œuvre d'un système

de distribution sélective pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage».

A partir de ce principe, il rappelle ensuite qu'une clause qui vise à interdire l'accès des distributeurs agréés aux plateformes tierces n'enfreint pas les règles de concurrence dans la mesure où elle remplit le test de proportionnalité : elle est nécessaire pour la protection de l'image de marque des produits de luxe et elle n'est pas disproportionnée vis-à-vis de cet objectif. Elle doit par ailleurs être appliquée de manière non-discriminatoire.

Le principe est par conséquent très clair en ce qui concerne les marques de luxe, mais la question reste entière de savoir ce que constitue précisément un produit de luxe. A cet égard, il est important de rappeler que l'arrêt Coty a été rendu dans le cadre d'une question préjudicielle et que la CJUE n'est amenée à se prononcer que sur des questions de droit : les questions de fait, telles que la définition de la notion de luxe, sont entièrement de la compétence des tribunaux nationaux. Or la notion de luxe est éminemment culturelle, avec un risque important d'appréciation divergente entre les différents Etats membres, en fonction des particularités de leurs marchés, traditions et habitudes de consommation respectifs. En dehors de certaines marques dont le caractère luxueux ne fait aucun doute, mais qui sont relativement limitées en nombre, la question se pose, notamment, pour les dénommées marques «premium», ou pour des produits technologiques ou de parapharmacie.

L'arrêt Coty ne ferme pas pourtant la porte aux produits hors luxe : en revanche, les marques qui se situent dans une zone grise devront vérifier de manière particulièrement attentive qu'elles disposent d'un argumentaire leur permettant de passer le test de proportionnalité rappelé par la CJUE.

Quid des nouvelles formes d'accès au commerce électronique ?

L'arrêt Coty vise l'accès à des plateformes tierces de distribution, telles que Amazon ou eBay. Cependant, une des questions qui restent ouvertes est de savoir dans quelle mesure le principe énoncé dans cet arrêt vise également d'autres formes de présentation des produits sur Internet, et notamment le recours à des plateformes de comparaison de prix sur lesquelles les produits ne sont pas directement commercialisés.

A cet égard, un certain nombre de décisions instructives ont été rendues par des juridictions nationales, et notamment par la Cour suprême allemande qui, le 12 décembre 2017, a rendu un arrêt dans l'affaire Asics, intéressant car il concerne à la fois l'accès aux moteurs de comparaison des prix et une marque pouvant être considérée comme étant «premium».

La Cour allemande a rappelé que la Commission européenne n'avait, dans son rapport sur le commerce électronique, opéré aucune conclusion précise sur les comparateurs de prix. Aux termes d'une analyse relativement courte, la Cour allemande a adopté une position particulièrement stricte en considérant que le fait pour un fournisseur de limiter l'accès aux plateformes de comparaison de prix constitue une restriction caractérisée (ou «clause noire») au sens du Règlement européen sur les restrictions verticales, aboutissant à exclure l'application de l'exemption prévue par ce règlement.

La conclusion de la Cour allemande semble être liée aux éléments suivants :

- le fait que la clause prévue par Asics dans ses contrats avec les distributeurs prévoyait une interdiction absolue d'accès aux comparateurs de prix, sans rapport avec des critères ou des considérations de qualité, et indépendamment des caractéristiques des comparateurs ;
- à l'inverse des contrats en cause dans l'affaire Coty, les distributeurs se voyaient interdire toute publicité par l'intermédiaire d'Internet sur des plateformes tierces et l'utilisation des moteurs de recherche en ligne, de sorte que les clients étaient significativement empêchés de trouver leurs offres Internet ;
- un effet cumulatif : en effet, la restriction d'accès aux comparateurs était accompagnée par d'autres

restrictions, telle que l'interdiction d'utiliser la marque Asics sur des plateformes tierces – de ce fait, la Cour s'est interrogée sur la possibilité pour les consommateurs d'avoir un vrai accès aux produits Asics en ligne ;

- éventuellement, le fait qu'il ne s'agissait pas de produits de luxe. Cependant, l'importance de ce dernier critère reste floue : il n'est pas du tout certain que la Cour allemande aurait validé la restriction d'accès aux comparateurs si celle-ci avait été mise en œuvre par des fournisseurs de produits de luxe.

Cette décision interpelle par sa sévérité et semble relever d'une approche strictement nationale et

liée au fait de l'espèce, alors même que les comparateurs de prix continuent d'être passés au crible par les autorités de concurrence et sont souvent targués d'un manque de transparence vis-à-vis des consommateurs, de présentations de prix inexacts, incomplètes ou trompeuses, voire également d'imposer des clauses aux fournisseurs potentiellement anticoncurrentielles (clause du client le plus favorisé, clause de parité...).

La CMA (Competition and Markets Authority) s'en est largement fait écho dans son rapport d'enquête du 26 septembre 2017 sur les comparateurs de prix, et le Bundeskartellamt a

d'ailleurs lui aussi très récemment lancé une enquête sectorielle sur ce sujet le 24 octobre 2017 afin d'identifier les potentiels manquements des comparateurs au droit de la consommation.

Il est possible de se demander si la décision de la Cour allemande aurait été la même si Asics avait fait état de tels manquements.

Conclusion : une évolution jurisprudentielle à suivre

Compte tenu des questions laissées en suspens par Coty, et des différences d'approche qui transparaissent de la pratique décisionnelle au niveau national, il convient de redoubler de prudence dans l'analyse du test de proportionnalité que doivent remplir les systèmes de distribution sélective, en particulier concernant les restrictions des ventes en ligne. Comme le commerce électronique lui-même, la jurisprudence est en la matière en plein essor et son évolution doit être suivie de près. ■



et Yann Anselin, avocat, Norton Rose Fulbright

Les marques qui se situent dans une zone grise devront vérifier de manière particulièrement attentive qu'elles disposent d'un argumentaire leur permettant de passer le test de proportionnalité rappelé par la CJUE.