

Places de marché et distribution sélective : gare à l'inconnu !

Par Karine Turbeaux et Muriel Perrier, avocats associés. **Cabinet Renaudier**

Le débat sur les clauses interdisant le recours aux plates-formes en ligne pour la commercialisation des produits faisant l'objet d'un contrat de distribution sélective a été relancé. À la suite de positions récentes prises par plusieurs autorités de la concurrence, plusieurs marques ont dû lever les restrictions qu'elles avaient imposées dans leurs contrats.



Karine Turbeaux,
avocat associé



Muriel Perrier,
avocat associé

SUR L'AUTEUR

Karine Turbeaux et Muriel Perrier sont avocats associés au sein du Cabinet Renaudier, qui est dédié exclusivement au droit économique et qui est l'un des cabinets d'avocats français les plus actifs dans ses principaux domaines d'activité – distribution, concurrence, concentrations – tant en conseil qu'en contentieux.

Il est acquis que tout fabricant est libre d'organiser le mode de distribution des produits et de choisir ses distributeurs selon certains critères, sous réserve de ne pas porter atteinte à la concurrence. Comment appliquer ces principes au commerce électronique et notamment à l'épineuse question des places de marché ?

Les plates-formes de vente en ligne ont été définies dans l'Avis sur le commerce électronique de l'Autorité de la concurrence¹ comme « des intermédiaires entre des vendeurs et des acheteurs, offrant à des vendeurs, professionnels ou particuliers, la possibilité d'y proposer tout ou partie de leur catalogue, comme le ferait une galerie commerciale dans le monde physique ». La plate-forme n'est donc ni vendeur ni acheteur; elle offre aux utilisateurs, acheteurs et marchands, une interface technique et, souvent, un système de paiement sécurisé.

L'Autorité souligne que les places de marché permettent à la fois une réduction des barrières à l'entrée du commerce électronique (en facilitant la mise en ligne des petits distributeurs) et un accroissement de l'offre disponible.

Cela étant, ces places de marché font intervenir un tiers, l'exploitant de la plate-forme en ligne, dans la relation entre fabricant et distributeur, ce qui peut poser problème dans le cadre d'un contrat de distribution sélective.

Consciente de cette limite, la Commission européenne a pris soin d'indiquer, dans ses Lignes directrices sur les restrictions verticales, qu'« un fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plates-formes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenu avec eux pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs ». Elle a précisé à cet égard que « si le site Internet du distributeur est hébergé par une plate-forme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plate-forme tierce ».

Certains fabricants se sont donc appuyés sur cette position pour considérer qu'ils pouvaient interdire par principe à leurs distributeurs agréés de présenter les produits sur des places de marché.

Alors que le droit français de la concurrence avait jusque-là emprunté le chemin tracé par les Lignes directrices de la Commission, deux décisions récentes montrent que la situation semble évoluer en faveur des places de marché.

En effet, dans un communiqué de presse de novembre dernier, l'Autorité de la concurrence

a annoncé avoir contraint Adidas à retirer des clauses prohibant la vente par ses distributeurs agréés sur les places de marché². De même, le 2 février 2016, la cour d'appel de Paris a refusé de prononcer en référé des mesures visant à interdire à la société Enova, exploitant une place de marché permettant à des pharmaciens de vendre des produits d'ordinaire distribués dans leur officine et sur leur site internet propre, de proposer les produits

Caudalie³. Selon la cour, la société Caudalie n'a pas fourni d'argumentaire lié aux caractéristiques de la plate-forme qui justifierait l'interdiction de la vente en ligne des produits.

Prenant alors appui notamment sur le communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence à

propos d'Adidas et sur la position comparable de l'autorité de concurrence allemande qui a également examiné les pratiques d'Adidas ainsi que celles d'Asics, la cour d'appel estime qu'il existe un faisceau d'indices sérieux et concordants tendant à établir avec l'évidence requise en référé que l'interdiction de principe du recours aux plates-formes en ligne constitue une restriction de concurrence. Dans l'attente d'une décision au fond de l'Au-

LES PLACES DE MARCHÉ PERMETTENT À LA FOIS UNE RÉDUCTION DES BARRIÈRES À L'ENTRÉE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET UN ACCROISSEMENT DE L'OFFRE DISPONIBLE

LES POINTS CLÉS

- En matière de vente via des plates-formes en ligne, des conceptions divergentes s'opposent : faut-il privilégier la liberté du fournisseur ou celle du distributeur ?
- Les positions récentes de plusieurs autorités de concurrence semblent remettre en cause le compromis défini jusqu'ici.
- Les marques sous distribution sélective doivent s'interroger sur leur politique vis-à-vis des places de marché : une interdiction est-elle véritablement justifiée compte tenu des caractéristiques des produits et de leur image ? Est-il possible d'en encadrer l'usage ?

torité de la concurrence, qui doit notamment se prononcer sur les clauses du contrat de distribution sélective des produits Samsung interdisant les ventes sur les places de marché⁴, la prudence paraît donc être de mise. Cela étant, compte tenu de l'affaire Adidas et bien que les circonstances ayant contraint la société à ouvrir l'accès aux plates-formes en ligne ne soient pas connues⁵, on peut craindre que la position de l'Autorité ne soit guère favorable à l'interdiction pure et simple du recours aux places de marché.

Pour autant, est-il satisfaisant d'autoriser les distributeurs agréés à offrir les produits sur les places de marché, aux motifs que ces der-

nières sont, en tout cas pour certaines d'entre elles, capables de répondre aux contraintes qualitatives applicables aux sites internet propres des distributeurs agréés ?

Une telle position présente l'inconvénient de favoriser de manière systématique le commerce en ligne au détriment de la liberté et des intérêts du fabricant et de la distribution physique de ses produits.

Tiers au contrat de distribution sélective, la place de marché n'est en effet pas directement sélectionnée par le fournisseur. Même si elle est en mesure de créer et de gérer des boutiques virtuelles dédiées, il n'en reste pas moins que cela peut poser un problème

d'adéquation avec l'image de marque des produits que le fabricant entend promouvoir. De même, les places de marché n'offrent pas d'outils permettant réellement de prévenir les ventes hors réseau ni la vente de produits contrefaits, ce qui pose le problème du contrôle des offres qui y figurent.

En outre, comme l'avait reconnu la Cour de justice dans son arrêt Jaguar Land Rover⁶, le fournisseur est libre de déterminer le nombre de points de vente de ses produits. Or, les places de marché démultiplient le nombre de points de vente, d'une manière qui échappe au contrôle du fournisseur.

Au niveau européen, une enquête sur le commerce électronique est en cours; le rapport final est attendu pour le premier semestre 2017. La Commission cherchant à identifier les obstacles au commerce électronique, la question de l'activité des plates-formes en ligne pourrait donc réapparaître.

Dans l'attente d'une position formelle et circonstanciée des autorités nationale et communautaire de la concurrence, les fabricants doivent s'efforcer d'encadrer le recours aux places de marché de manière suffisamment justifiée, en s'appuyant sur les caractéristiques de chacune d'elles et en détaillant précisément les critères devant être remplis pour la mise en ligne des produits, sous peine de s'exposer aux critiques et conséquences exposées ci-dessus.



¹ Avis n°12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

² Communiqué de presse, 18 novembre 2015.

³ RG n°15/01542.

⁴ Décision n°14-D-07 du 23 juillet 2014.

⁵ L'Autorité a pris position dans le cadre de la procédure négociée d'engagements et n'a donc pas publié de décision formelle.

⁶ CJUE, 14 juin 2012, affaire C-158/11.