



Distribution sélective et internet : deux mondes inconciliables ?

Bruxelles, 14 juin 2019

Etienne Wéry
Barreaux de Bruxelles et de Paris

www.uly's.net

Réseaux sélectifs ?

En deux mots, c'est quoi l'idée de base ?

« Choisir ses partenaires »



Choisir, mais pas n'importe comment



Nécessité

Objectivité

Proportionnalité

Choisir, mais pas n'importe comment

- 1) La **nature du produit** : un système de distribution sélective est nécessaire, c'est-à-dire constituer une exigence légitime eu égard à la nature du produit afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage.
- 2) Les **revendeurs** : choisis sur la base de critères objectifs de nature qualitative qui sont fixés de manière uniforme pour tous, portés à la connaissance de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire.
- 3) Les **critères** : ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

La nature du produit ...?

- **Le produit justifie objectivement le recours à un réseau sélectif :** présence de « critères objectifs requis par la nature du produit »
- **L'allure, l'image ou la sensation de luxe attachée au produit :** le luxe peut être déduit des caractéristiques matérielles du produit mais aussi de l'allure, de l'image, de la sensation de luxe (Copad, Coty).
- Approche produit (techniques, sensibles, dangereux) vs. Approche marché (public cible, prix)
- Lois et règlement vs. Précision jurisprudentielle

QUE SE CACHE T-IL
DANS LA
BOÎTE DE PANDORE?



So sexy !

Pourquoi les réseaux sélectifs fleurissent-ils autant depuis l'essor d'Internet?

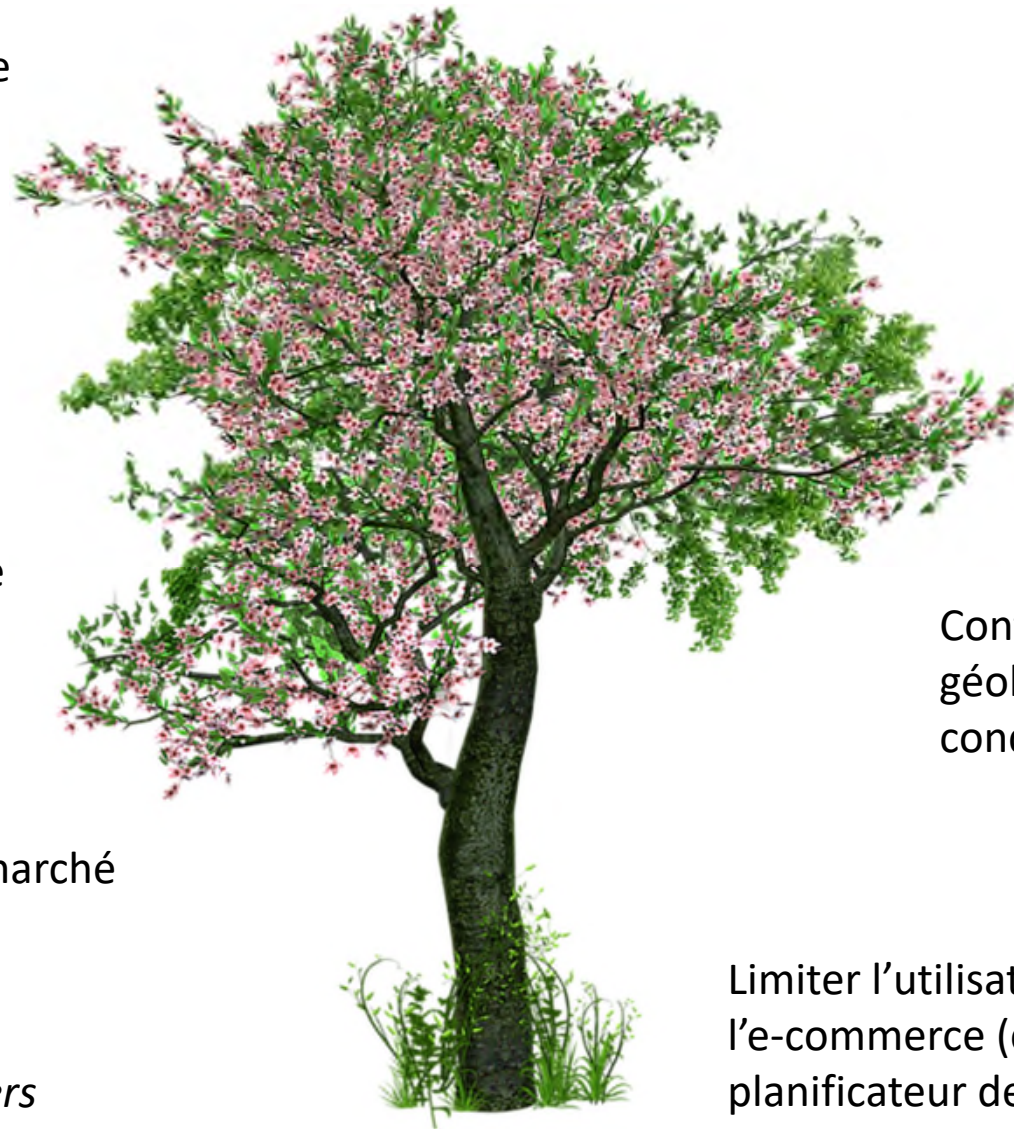
Annihiler la concurrence
intra-marque

Étendre la sélectivité à la
marque (et pas seulement
aux produits)

Crainte des places de marché
(Amazon)

Obtenir des informations
(secrets d'affaires) sur le marché

Exclure les *pure players*



Concurrencer son propre
réseau : pourquoi partager
une vente qu'on peut
conclure soi-même ?

Contrôler le prix final

Contourner les interdictions de
géolocalisation des prix ou des
conditions

Limiter l'utilisation des outils habituels de
l'e-commerce (comparateurs,
planificateur de prix, référencement, etc.)

Retour aux sources

Le droit de la concurrence et les réseaux de distribution.

Interdiction des ententes

- Art. 101 TFUE
- Accords, décisions, pratiques concertées
- (susceptibles d'affecter le commerce entre États membres)
- Ayant pour objet/effet de fausser la concurrence
- Par exemple :
 - Alignement du prix
 - Contrôle des débouchés
 - Répartition des marchés
 - Discrimination (préjudiciable) de situations équivalentes
 - L'obligation de prestations supplémentaires
- Possibilités d'exemptions (individuelle ou par catégorie)

Interdiction des ententes

Sanction : « Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit »

Toutefois, il y a des possibilités d'exemptions (individuelle ou par catégorie) dans certains cas précis dans lesquels les désavantages engendrés sont moindres que les avantages procurés pour le progrès, le marché et le consommateur.

L'accord de distribution est-il une entente ?

- « Les stipulations relatives à l'agrément d'un distributeur, dans le cas où le fabricant distribue ses produits par l'intermédiaire d'un réseau de distribution exclusive ou sélective, constitue un « accord entre entreprises », au sens de l'article 85 du traité, susceptible de relever de l'interdiction édictée par l'article 85, paragraphe 1, du traité » (Consten & Grundig, CJUE, 1966).
- Il s'agit d'un accord vertical (entreprises opérant à un niveau différent de la chaîne de production ou de distribution).

Cette entente est-elle nulle de plein droit ?

Les accords verticaux ne sont pas nuls !

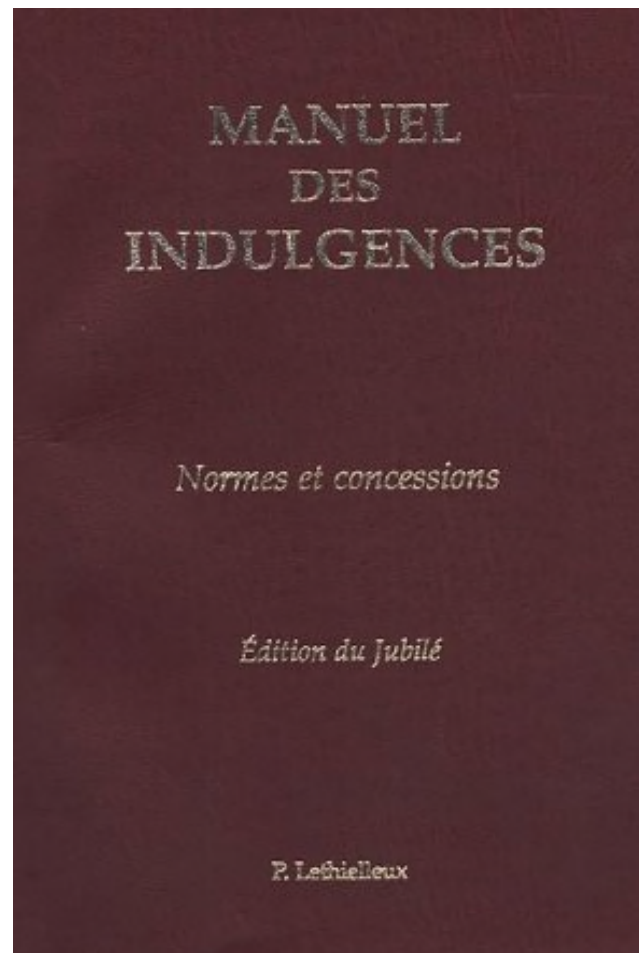
Ils sont en principe exemptés : « Conformément à l'article 101, paragraphe 3, du traité, et sous réserve des dispositions du présent règlement, l'article 101, paragraphe 1, du traité est déclaré inapplicable aux accords verticaux qui [...] » (Règlement UE 330/2010, art. 2)

Pourquoi cette indulgence ?

Le fabricant doit pouvoir exercer pleinement sa liberté d'entreprendre

Souvent il y a aussi un enjeu liés aux droits exclusifs sur la marque

Donner la maîtrise aux fabricants stimule l'investissement, avec pour effet l'augmentation de la concurrence au bénéfice du consommateur



La distribution d'un produit peut faire partie intégrante de la stratégie du fabricant

La liberté de faire commerce implique celle de ne pas contracter (et/ou de choisir son contractant)

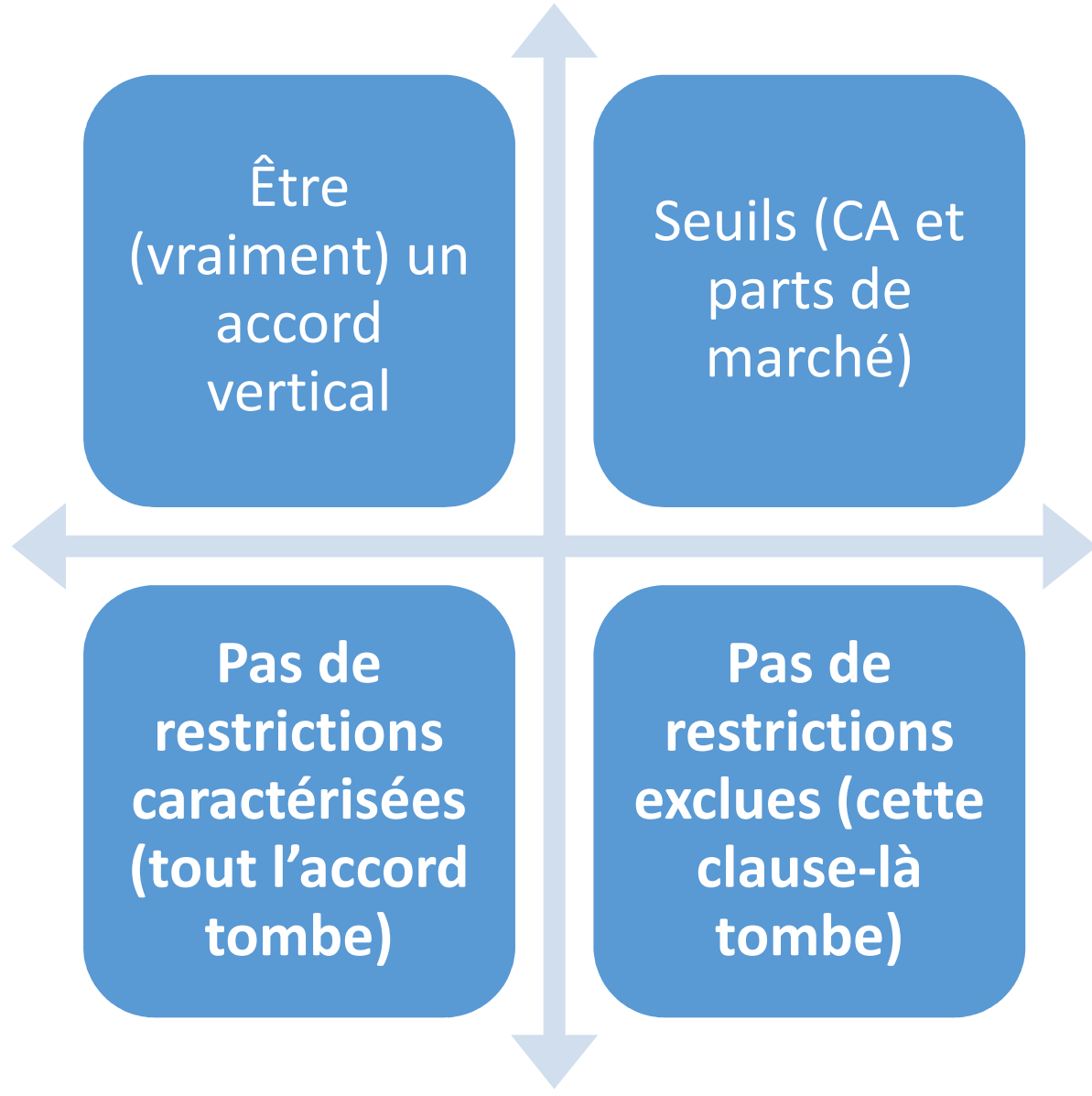
Les accords de distribution limitent en principe leur impact à la concurrence intra-marque

Par les gains d'efficacité, les réseaux peuvent augmenter la concurrence inter-marques

Le règlement d'exemption

Les conditions à respecter pour bénéficier de l'exemption par catégorie.

Tous les accords ?



Tous les accords ?

Les restrictions caractérisées

Focus sur les principales restrictions caractérisées applicables dans TOUS les cas.

Le contrôle du prix

- Interdit de restreindre la capacité de l'acheteur de déterminer son prix de vente : le prix est en principe le résultat du jeu de la libre concurrence.
- Sont autorisés :
 - Prix de vente maximal
 - Prix de vente conseillé
 - ... Sauf si cela masque un prix minimal/fixe
 - A vérifier de très près : ristournes, partage d'espaces publicitaires, quota, etc.
- Rapport CE sur le commerce électronique du 10 mai 2017 : « Les restrictions/recommandations tarifaires sont de loin les restrictions les plus répandues qui ont été mentionnées par les détaillants. »

L'interdiction des ventes passives

- Interdit de se répartir des marchés, sauf si la restriction ne porte que sur les ventes actives.

Ventes actives	Ventes passives
Le fait de <i>prospecter</i> des clients individuels, par exemple par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospecter une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné.	Le fait de satisfaire à des <i>demandes non sollicitées</i> , émanant de clients individuels, y compris suite à toute publicité ou action de promotion générale même si elle atteint des clients sur un autre territoire.

L'interdiction des ventes passives

Lignes directrices :

« En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur. »

Hypothèses assimilées aux ventes passives

- Empêcher la consultation du site depuis un territoire donné, ou renvoyer obligatoirement vers le revendeur de ce territoire-là.
- Arrêter la vente sur la base de la provenance de la carte de crédit.
- Le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par internet.
- Le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet.
- Toutefois, les normes de qualité imposées pour l'utilisation du site Internet peuvent dans certains cas être admises.
- Augmentation du risque lié aux technologies de traçabilité (puce RFID, étiquettes électroniques, numéros de série différenciés, enregistrement en ligne, etc.)

Les restrictions caractérisées

Focus sur les principales restrictions caractérisées applicables aux réseaux sélectifs.

L'interdiction des ventes actives ou passives

- Interdit de restreindre les ventes actives ou passives dans un réseau sélectif.
- Hypothèse visée : réseau fondé sur une interdiction totale de certaines ventes (passives ou actives) via Internet.
- Hypothèses non visées :
 - Pour maintenir l'étanchéité du réseau, il y a une limitation de la quantité vendue au client final.
 - Pour garantir la qualité, il y a des exigences liées à la livraison, la disponibilité, etc.
 - Pour garantir la qualité, des exigences portent sur le service après-vente, les retours de produits, etc.

L'interdiction des ventes actives ou passives

Lignes directrices :

« La Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique. »

Affaire Pierre Fabre (CJUE, 2011)

- Un réseau sélectif pour des produits de prestige peut-il être fondé sur une clause qui interdit aux membres agréés de vendre en ligne ?
- « La nécessité de préserver l'image de prestige des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle concernés ne constituait pas une exigence légitime aux fins de justifier une interdiction absolue de vente de ces produits sur Internet ».

Affaire Coty (CJUE, 2017)

- L'interdiction qui découle de l'arrêt Pierre Fabre, s'applique-t-elle à une clause qui interdit aux revendeurs agréés de vendre en ligne sur des *plates-formes tierces*, tel Amazon ?
- La clause est licite dès lors que les conditions suivantes sont respectées :
 - 1) Cette clause doit viser à préserver l'image de luxe des produits concernés,
 - 2) Elle doit être fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et
 - 3) Elle doit être proportionnée au regard de l'objectif poursuivi.

Affaire Sthil (FR, 2019)

- Le principe du réseau sélectif des produits Sthil (tronçonneuses, débroussailleuses, élagueuses, sécateurs à batterie) est légitime afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage
- Mais les modalités restreignent de façon disproportionnée la concurrence (en l'occurrence, exiger une remise en main propre et donc un retrait en magasin ou une livraison en personne au domicile de l'acheteur)
- Résultat = interdiction de facto de la vente en ligne = NON

Les ventes hors-réseaux

- Interdit de se répartir des marchés, sauf si la restriction ne porte que sur l'interdiction des ventes hors-réseau (à un distributeur non agréé)
- L'étanchéité est inséparable de la distribution sélective : elle fait partie de la définition et est un élément structurant
- Le problème spécifique des réseaux « passoire » :
 - Le beurre, l'argent du beurre et le sourire de la crémière ?
 - Est souvent le révélateur d'un produit qui ne justifie pas intrinsèquement le recours à un réseau sélectif, lequel poursuit alors un autre objectif

Affaire Dior 1 (CJUE, 1997)

- Le simple fait de vendre en dehors d'un réseau sélectif, est-il un « motif légitime » permettant au titulaire de la marque d'agir malgré le principe de l'épuisement de son droit ?
- L'épuisement des droits sur la marque empêche le titulaire de s'opposer à la revente d'articles par des revendeurs non agréés ... à moins qu'il ne soit établi que, compte tenu des circonstances propres à chaque espèce, l'utilisation de la marque à cette fin porte une atteinte sérieuse à la renommée de ladite marque.

Affaire Dior 2 (CJUE, 2009)

- Quelle est la conséquence d'une violation par un revendeur agréé de la clause contractuelle lui interdisant de vendre hors-réseau ?
- Vérifier si, compte tenu des circonstances, la violation par le licencié de la clause porte atteinte à la sensation de luxe des produits de prestige, en affectant ainsi leur qualité.
- Critères :
 - La nature des produits de prestige, le volume ainsi que la fréquence des ventes hors-réseau et,
 - La nature des produits commercialisés habituellement par ces soldeurs, ainsi que les modes de commercialisation usuels dans le secteur d'activité de ceux-ci.

Affaire Sisley (BE, 2017 – appel pendant)

- « Il est interpellant de constater que SISLEY est en défaut total d'apporter la preuve qu'elle fait « la police » de son réseau pour sanctionner son ou ses distributeurs agréés qui ne respectent pas leurs clauses contractuelles et (...) tolère que ses produits soient vendus sur Amazon où il n'existe quasiment aucune restriction quant aux produits proposés ».
- Sisley Hyperactif sur le plan du marketing en ligne.
- Ces constatations renversent l'argumentation de l'hyper sélectivité.

L'interdiction des fournitures croisées

- Interdit de restreindre les fournitures croisées à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre des distributeurs agissant à des stades commerciaux différents.
- Liberté d'acheter les produits contractuels aux autres distributeurs désignés, membres du réseau, qui agissent au même stade commercial ou à un stade différent.
- Entre parfois en conflit avec d'autres réglementations (par exemple secteur pharmaceutique).

Les restrictions exclues

Focus sur les principales restrictions exclues applicables dans TOUS les cas.

Certaines clauses de non-concurrence

- Exemption ne s'applique pas à toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans.
- Lignes directrices : la Commission y assimile les arrangements qui imposent à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables, calculés sur la base des achats effectués au cours de l'année civile précédente.
- Il y a des exceptions spécifiques (ex. : le local appartient au fournisseur)

Certaines clauses relatives à la fin du contrat

- L'exemption ne s'applique pas à toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services
- Ne porte pas préjudice à d'éventuels engagements liés à la protection de la propriété intellectuelle
- Il y a de nombreuses exceptions

Les restrictions exclues

Focus sur les principales restrictions exclues applicables aux réseaux sélectifs.

L'éviction de concurrents déterminés

- L'exemption ne s'applique pas à toute obligation directe ou indirecte imposée aux membres d'un réseau de distribution sélective de ne pas vendre les marques de fournisseurs concurrents déterminés.
- « Concurrents déterminés » ? :
 - Interdiction de revendre des marques concurrentes d'une manière générale : OK.
 - Interdiction directe ou indirectement d'acheter des produits à certains fournisseurs concurrents déterminés en vue de leur revente : NOK.
- Clause fréquente en pratique (quoique déguisée : présentation des produits, agencement du point de vente/site, service après-vente, etc.)

Sables mouvants ...

Le liability shift (2003) allège les choses mais ... responsabilise davantage.

**Déclarer licite un accord en principe
illicite.**

Exemple : un prix différent sur Internet
pour du matériel à installer soi-même
(service après-vente plus coûteux) ?

**Déclarer illicite un accord en principe
licite.**

Exemple : le rôle des effets cumulatifs dans la
distribution sélective?



Art. 101 TFUE.

Le but des exemptions est de permettre les ententes qui :
« contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »



Merci !

Bruxelles, 14 juin 2019

Etienne Wéry
Barreaux de Bruxelles et de Paris

www.ulyS.net