

OCTOBRE 2012

## FLASH CONCURRENCE N° 12

La position de l'Autorité de la concurrence  
sur les limites au développement du commerce électronique  
(avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012)

Par Nathalia Kouchnir-Cargill

**Nous avons intitulé notre Flash Concurrence n°12 de juillet 2011, relatif à la décision de l'Autorité de la concurrence de se saisir d'office pour avis de la situation de la concurrence dans le secteur du commerce électronique : «le commerce sur Internet dans la ligne de mire de l'Autorité de la concurrence».**

**Il s'avère aujourd'hui que c'est plutôt la distribution sélective qui se retrouve dans la ligne de mire de l'Autorité de la concurrence!**

**Nous verrons en effet ci-après que l'Autorité de la concurrence s'est focalisée sur les relations fournisseurs-distributeurs et notamment sur la distribution sélective à propos de laquelle elle adresse de claires mises en garde.**

Dans sa décision n°11-SOA-02 du 1<sup>er</sup> juillet 2011, l'Autorité de la concurrence avait pourtant identifié trois points sur lesquels elle souhaitait faire porter son analyse, à savoir :

- le pouvoir de marché éventuellement détenu par certains distributeurs en ligne ;
- les relations commerciales entre les fabricants ou les réseaux de distribution et les distributeurs en ligne ;
- les comportements des différents intermédiaires de la chaîne de commercialisation des produits sur Internet (comparateurs de prix, prestataires de livraison des colis, opérateurs de paiement électronique).

C'est finalement le second point qui a retenu, à titre principal, l'attention de l'Autorité de la concurrence.

Notons que l'Autorité a choisi en outre de limiter son examen à trois secteurs économiques particuliers, à savoir : les produits électrodomestiques, les parfums et cosmétiques de luxe et les produits cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique.

Après un constat assez détaillé sur l'état du développement du commerce électronique en France et les différences de prix avec les canaux de vente traditionnels – dont on relèvera qu'elles sont largement gommées par l'impact des frais de livraison – l'Autorité de la concurrence s'appesantit peu, voire pas du tout, sur la question des intermédiaires du commerce en ligne.

Si quelques développements concernent les places de marché et les sites comparateurs de prix – mais sans conclusion déterminante – rien

n'est dit sur le fonctionnement de la concurrence sur les marchés du paiement électronique ou des prestations logistiques.

La moitié de l'avis porte en revanche sur les modalités d'organisation des relations commerciales entre les fabricants et les distributeurs, lesquels constitueraient ainsi, selon l'Autorité de la concurrence, les principaux obstacles au développement du commerce électronique.

Les constats et appréciations de l'Autorité se scindent à ce titre en deux parties : la question de la différenciation des conditions tarifaires et de livraison selon les canaux de distribution et les critères posés par les réseaux de distribution sélective aux conditions de vente en ligne.

Nous résumerons, ci-après, la position de l'Autorité de la concurrence sur ces deux questions.

### **La différenciation des conditions tarifaires et de livraison selon les canaux de distribution**

L'Autorité de la concurrence relève à titre de constat qu'un certain nombre de fabricants ont opté pour une stratégie de distribution dite de «*différenciation des canaux*» ou «*channel management*».

En d'autres termes, un certain nombre de fabricants propose des gammes de produits, des conditions d'approvisionnement et des conditions tarifaires différentes selon que le distributeur sera un revendeur exclusivement sur Internet, soit un «*pure player*», ou qu'il disposera de points de vente physiques.

L'Autorité de la concurrence met notamment en évidence des pratiques telles que les exclusivités données par des fabricants à des distributeurs déterminés sur certaines références, le fait de réserver l'accès à de nouveaux produits aux opérateurs traditionnels ou encore l'existence de conditions catégorielles de vente permettant aux fabricants d'appliquer des barèmes tarifaires ou des réductions de prix différents aux pure players et aux autres distributeurs.

Une fois ce constat posé, quelle est la position de l'Autorité de la concurrence ?

L'Autorité rappelle tout d'abord, à titre de principe, que «*la liberté de négociation des conditions commerciales et tarifaires dont jouissent*

*les fabricants est généralement pro-concurrentielle et procure des gains d'efficience pour les consommateurs*».

Elle rappelle à ce titre que les dispositions du droit français autorisent les fabricants à établir des conditions catégorielles et des conditions particulières de vente ainsi qu'à rémunérer les services rendus par les distributeurs dans la limite des dispositions de l'article L.442-6 du Code de commerce - pour l'application duquel elle n'est pas compétente - et des dispositions relatives aux abus de position dominante et ententes anti-concurrentielles.

Sous ce dernier angle, l'Autorité de la concurrence prend tout d'abord position sur la question du refus de fourniture et notamment des exclusivités pouvant être accordées à certains distributeurs sur certains produits.

Elle rappelle le principe selon lequel un fournisseur est en droit, pour une ou plusieurs références de produits, de refuser d'approvisionner un distributeur ou de conclure un accord avec un autre distributeur par lequel il lui accorde une exclusivité de fourniture mais à la condition que ce refus de fourniture ou cette exclusivité ne fausse pas la concurrence.

L'Autorité de la concurrence nous livre les critères sur lesquels elle apprécierait, si elle était saisie, la compatibilité de telles pratiques avec le droit des ententes, à savoir la durée, la période de l'année à laquelle la pratique intervient, les produits couverts et la position des distributeurs qui sont, quant à eux, livrés.

Ces observations de l'Autorité de la concurrence sont faites sous réserve de ce que la pratique en cause ne soit pas exemptée par catégorie, c'est-à-dire que les parts de marché des parties à l'accord dépassent 30 % puisque le refus de fourniture et l'exclusivité ne constituent pas une restriction caractérisée.

L'Autorité de la concurrence se penche ensuite sur la question sensible de la différenciation tarifaire entre opérateurs traditionnels et pure players. Et c'est sur ce point que la position de l'Autorité de la concurrence nous semble la plus intéressante.

En effet, l'Autorité de la concurrence pose en principe que «*les fabricants ont la possibilité d'appliquer des conditions tarifaires distinctes*

*aux opérateurs traditionnels et aux pure players».*

La solution n'allait pas de soi, selon nous, au regard de la position de la Commission Européenne, laquelle indiquait au point 52 de ses lignes directrices sur les accords verticaux en date du 19 mai 2010 :

*« La Commission considère les situations suivantes comme des exemples de restrictions de vente passive caractérisées : [...]*

*- convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement ».*

Selon l'Autorité de la concurrence, ce principe ne concerne que les prix pratiqués à l'égard d'un même distributeur à l'égard duquel un fabricant ne pourrait ainsi prévoir des prix de vente plus élevés pour les produits destinés à être vendus sur Internet que pour ceux destinés à être vendus en magasin.

En d'autres termes, un distributeur doit pouvoir bénéficier des mêmes conditions catégorielles de vente pour l'ensemble de ses achats, que les produits soient destinés à la vente en ligne ou en magasin.

À défaut, il s'agirait d'une restriction caractérisée des ventes passives du distributeur, constitutive d'une entente verticale illicite (pouvant certes être rachetée en démontrant que la différenciation tarifaire est justifiée et proportionnée à un objectif légitime).

En revanche, pour ce qui est des différenciations tarifaires entre différentes catégories de distributeurs, point de difficulté, la pratique est permise. Et l'Autorité de la concurrence de développer ainsi :

*« Il peut donc être légitime qu'un fabricant, pour un produit donné, consente des conditions tarifaires plus intéressantes aux opérateurs traditionnels qu'aux pure players, par exemple, si les distributeurs traditionnels achètent le produit en plus grande quantité que les pure players, leur permettant ainsi de bénéficier de remises quantitatives plus importantes ou encore si, compte tenu des spécificités du produit et de leur modèle de distribution, les distributeurs traditionnels sont plus à même que les pure players de bénéficier de remises qualitatives et de proposer un large éven-*

*tail de services au fabricant ».*

Certes, l'Autorité de la concurrence prend soin d'indiquer qu'il conviendra de vérifier que les contreparties des remises accordées aux distributeurs traditionnels et les services rendus par ces derniers sont effectifs, que les remises et rémunérations afférentes sont proportionnées aux services rendus et qu'ils bénéficient aux consommateurs.

Pour autant, cette position, si elle est totalement en phase avec les règles de droit français posées par l'article L.441-6 du Code de commerce, est assez surprenante tant il n'apparaît pas certain du tout que cette interprétation corresponde parfaitement à ce que la Commission Européenne avait en tête en rédigeant le point 52 susvisé de ses lignes directrices.

Si l'Autorité de la concurrence est ainsi assez souple au regard des différenciations tarifaires, elle l'est en revanche beaucoup moins en ce qui concerne les conditions posées par les réseaux de distribution sélective.

### **Les critères posés par les réseaux de distribution sélective aux conditions de la vente en ligne**

L'Autorité de la concurrence constate que ce mode de distribution tend à se développer, notamment dans le secteur des produits électrodomestiques.

Devant ce « succès », la volonté de l'Autorité de la concurrence est très clairement d'adresser un avertissement aux fabricants ayant mis ou souhaitant mettre en place un réseau de distribution sélective.

L'Autorité de la concurrence liste tout d'abord à cet égard, les conditions d'agrément des sites Internet les plus fréquemment posées par les fabricants, conditions qui pour nombre d'entre elles ont d'ores et déjà d'ailleurs fait l'objet de décisions de l'Autorité de la concurrence ou précédemment du Conseil de la concurrence.

L'Autorité de la concurrence évoque ainsi la détention d'un ou de plusieurs points de vente physiques agréés (en relevant que certains fabricants vont jusqu'à demander que les distributeurs soient agréés depuis au moins un an), les exigences en termes de caractéristiques tech-

niques, graphiques, de présentation, les critères relatifs à la publicité, la question du référencement sur les places de marché et les comparateurs de prix, les exigences au titre des prestations de conseil, d'assistance, d'après-vente, de qualité, etc.

Une fois ainsi rappelés les critères les plus couramment exigés dans les réseaux de distribution sélective, l'Autorité de la concurrence prend le soin de confirmer que la liberté de poser ces critères n'est pas absolue.

Là où l'Autorité de la concurrence avait pu nous indiquer dans le passé quels critères étaient autorisés, elle met donc aujourd'hui un bémol à cette autorisation de principe.

Ainsi en est-il de l'exigence d'un ou plusieurs points de vente physiques.

L'Autorité de la concurrence y consacre des développements assez longs en expliquant que dans certains secteurs, l'exigence d'un point de vente physique pourra entraver l'entrée et le développement de la vente sur Internet et participer de facto à l'exclusion d'opérateurs pure players du marché.

De même, l'exigence d'un point de vente physique ne sera pas toujours nécessairement justifiée au regard des caractéristiques du produit et proportionnée à l'objectif poursuivi.

Et l'Autorité de la concurrence de mettre en garde les fabricants en indiquant que pour certains produits, il ne pourra être exclu que *«plus un fabricant exige de ses revendeurs sur Internet qu'ils respectent des critères précis, nombreux et exigeants, plus il lui sera ensuite difficile de justifier l'exclusion de son réseau de distribution sélective des revendeurs ne disposant pas de point de vente physique»*.

L'analyse de l'Autorité de la concurrence est la même en ce qui concerne les standards de qualité, rappelant les exigences d'utilité et de proportionnalité de tels critères. Elle ajoute que, si pris isolément, chaque critère peut apparaître légitime, leur effet cumulatif sera pris en compte pour juger de l'impact du système dans son ensemble.

Rien de révolutionnaire dans ces mises en garde de l'Autorité de la concurrence qui ne fait ici que rappeler que toute latitude en droit de la concurrence est nécessairement subordonnée à

l'absence de conséquences préjudiciables sur la concurrence.

Pour autant, le message est clair. Ainsi que l'Autorité de la concurrence le dit expressément dans sa conclusion, elle demeure attentive *«à ce que les stratégies de distribution des fabricants n'aient pas pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence entre les distributeurs et, en particulier, de limiter la pression concurrentielle des opérateurs pure players»*.

---

## Programme des interventions et des formations 2012/2013

---

### Les formations de Grall & Associés : LME, négociations commerciales 2013

**Le mardi 6 novembre 2012**

Jean-Christophe Grall et Thomas Lamy interviendront à cette occasion.

*Les objectifs poursuivis :*

- Maîtriser les aspects juridiques des négociations commerciales dans le cadre de la LME
- Connaître la qualification des avantages financiers versés par un fournisseur à ses clients et les obligations induites en termes de facturation de services ou de mention sur facture des réductions de prix
- Savoir rédiger un plan d'affaires annuel rendu obligatoire par la LME et dont la signature avant le 1<sup>er</sup> mars de chaque année est impérative
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit Antitrust
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle de la CEPC, des services de la DGCCRF et des tribunaux

Pour toute inscription à cette formation, veuillez vous rendre à l'adresse suivante :  
[www.grall-formations.fr/GRALL-PROGRAMME-FORMATION1-LME.pdf](http://www.grall-formations.fr/GRALL-PROGRAMME-FORMATION1-LME.pdf)

### Pratiques anticoncurrentielles

**Le mardi 27 novembre 2012 et le mardi 5 février 2013**

Jean-Christophe Grall, Thomas Lamy et Nathalia Kouchnir-Cargill interviendront à cette occasion.

*Les objectifs poursuivis :*

- Connaître les pratiques de nature anticoncurrentielle et la définition d'une entente, celle d'une position dominante ou bien encore celle d'un état de dépendance économique
- S'assurer de la pertinence de sa communication sur les prix de revente au regard du droit antitrust
- Les échanges d'informations
- Appréhender et évaluer les risques potentiels liés à certains comportements afin de mieux les éliminer
- Connaître les sanctions encourues et les responsabilités de chacun
- Déterminer au vu des exemples pratiques donnés au cours de cette formation si son entreprise est en zone de risques ou non
- Connaître les sanctions applicables en la matière et le rôle des autorités de concurrence françaises et européennes

Pour toute inscription à cette formation, veuillez vous rendre à l'adresse suivante :  
[www.grall-formations.fr/GRALL-PROGRAMME-FORMATION3-PRATIQUE\\_ANTICONCURRENTIELLES.pdf](http://www.grall-formations.fr/GRALL-PROGRAMME-FORMATION3-PRATIQUE_ANTICONCURRENTIELLES.pdf)