



RÉSEAUX DE DISTRIBUTION FERMÉS ET COMMERCE ÉLECTRONIQUE : IMPLICATIONS EN DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE (*)

DROIT COMMUNAUTAIRE
DE LA CONCURRENCE

La validité des réseaux de distribution dits « fermés » (distribution sélective, exclusive et franchise) au regard du droit de la concurrence est dorénavant encadrée par le règlement d'exemption par catégorie (C.E.) n° 2790/99 sur les restrictions verticales (1), qui a été utilement complété par les lignes directrices (ou « Guidelines ») (2). Une lecture attentive et combinée de ces textes permet de dégager quelques certitudes relativement à la question de savoir si la politique de distribution en ligne par une entreprise de ses produits et/ou services est conforme ou non au droit communautaire de la concurrence. Ceci étant, certaines interrogations demeurent.

Notre propos est ici d'analyser les implications de la stratégie de distribution sur internet élaborée par un producteur au regard du droit communautaire de la concurrence. Dans une première partie, nous déterminerons les opportunités et les contraintes qu'impliquent les lignes directrices du point de vue d'un producteur. L'objectif de cette première partie est d'observer si le droit communautaire de la concurrence offre une marge de manœuvre suffisante aux têtes de réseaux qui souhaitent mettre en œuvre la distribution en ligne de leurs produits. Dans une seconde partie, nous nous intéresserons aux éléments qui pourraient entraîner le retrait du bénéfice de l'exemption par catégorie : ce retrait pourrait provenir de l'évaluation de la part de marché détenue par le producteur ou de la disproportion entre les restrictions de concurrence générées par les clauses du contrat de distribution et la nécessité d'un progrès économique apporté par un tel réseau au sein de l'Union européenne.

I. Le règlement d'exemption par catégorie, source d'opportunités et de contraintes en matière de commerce électronique

Avant toute chose, il paraît important de rappeler comment le règlement

d'exemption par catégorie n° 2790/99 et les lignes directrices définissent les réseaux de distribution fermés.

La distribution sélective est définie comme étant un système par lequel le producteur vend ses produits uniquement à des revendeurs qu'il a préalablement sélectionnés sur la base de critères définis (3). Ce revendeur s'engage à ne pas revendre ces produits à un distributeur n'appartenant pas au réseau du producteur. La distribution exclusive peut être définie comme un système par lequel le producteur s'engage à ne vendre ses produits qu'à un seul distributeur sur un territoire déterminé (par exemple la France ou la ville de Lille) (4). Quant à la franchise, elle est caractérisée par le transfert d'un savoir-faire du producteur vers le revendeur et par une licence de droits de propriété intellectuelle (5).

Nous allons montrer dans le A) que les lignes directrices fixent un principe de liberté de vente sur internet pour les distributeurs, qu'ils soient distributeur agréé, distributeur exclusif ou franchisé. Dans le B) nous expliquerons comment les producteurs peuvent essayer de mettre en place certaines limites à cette liberté, en tirant profit des opportunités offertes par les lignes directrices.

A. La liberté pour les revendeurs de distribuer sur internet

Afin d'analyser l'étendue de cette liberté, il convient d'expliquer comment les lignes directrices distinguent les ventes actives des ventes passives. Cette distinction est en effet fondamentale. En fonction de la qualification juridique du réseau de distribution (distribution sélective, distribution exclusive ou franchise), la liberté de développer des ventes actives sur internet sera différente.

1. La distribution sur internet en tant que vente active ou passive

Les lignes directrices définissent les ventes actives comme étant le fait de prospecter des clients sur un territoire déterminé (par exemple par publicite, annonce publicitaire ciblant certains clients, création d'un point de vente sur ce territoire...) (6). Les ventes passives sont définies par ces mêmes lignes directrices comme étant le fait de satisfaire à des demandes émanant de consommateurs n'ayant pas été sollicités par le distributeur, ou de réaliser des publicités (ou de lancer des campagnes de promotion) dans des journaux, à la télévision, sur internet... sans aucun objectif consistant à cibler des consommateurs sur un territoire particulier (par

(*) C. Collard et C. Roquilly ont publié au J.I.L.T. (*The Journal of Information, Law and Technology*), un article dans lequel ils ont cherché à analyser comment les réseaux de distribution fermés (tels que les réseaux de franchise, de concession exclusive et de distribution sélective) pouvaient profiter des opportunités offertes par Internet en prenant en considération les paramètres juridiques. Cette analyse intégrait les aménagements ou modifications nécessaires dans les politiques contractuelles mises en œuvre par les « têtes de réseaux », de même que les menaces provenant des distributeurs parallèles. Les auteurs ont déterminé les choix stratégiques qui peuvent être opérés par les producteurs, en mettant en exergue les effets de ces choix sur le contrat de distribution. Cet article se concluait par une ouverture sur des considérations liées aux règles du droit communautaire de la concurrence : C. Collard et C. Roquilly, *Electronic Commerce and Closed Distribution Networks : Proposals for Solving Legal Problems*, *The Journal of Information, Law and Technology*, 2000 (2), <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/00-2/>

(1) Règlement d'exemption par catégorie (C.E.), n° 2790/1999 de la Commission, 22 décembre 1999, J.O.C.E. n° L. 336 du 29 décembre 1999. Sur l'approche des restrictions verticales par la Commission, v. A. Riley, *Vertical Restraints : A Revolution ?*, *E.C.L.R.* 1998, n° 8, p. 483-492, et V. Korah, *The Future of Vertical Agreements under E.C. Competition Law*, *E.C.L.R.* 1998, n° 8, p. 506-513.

(2) Communication de la Commission, lignes directrices sur les restrictions verticales, 2000/C291/01, J.O.C.E. n° C. 291/1 du 13 octobre 2000.

(3) V. article 1-d) du règlement d'exemption par catégorie.

(4) V. point 161 des lignes directrices.

(5) V. en particulier les points 42 et 199 des lignes directrices.

(6) V. point 50 des lignes directrices.

exemple : une publicité dans un magazine national pouvant être aussi bien achetée par des personnes habitant Paris, Nice ou Lille...).

Pour résumer, dans la première hypothèse (vente active), c'est le revendeur qui va vers le client, alors que dans la seconde (vente passive), c'est le client qui va vers le revendeur, sans avoir été spécifiquement sollicité au préalable. La question est alors de savoir comment le recours à internet, en tant que mode de distribution, peut être analysé eu égard à cette dichotomie entre vente active et vente passive.

La Commission européenne considère que tout distributeur doit être libre d'avoir recours à internet pour vendre les produits contractuels ou pour faire de la publicité (7). Par conséquent, internet n'est pas assimilé à une vente active. Lorsqu'un consommateur se connecte au site web d'un distributeur pour y acheter certains produits, il s'agit simplement d'une vente passive. Le lieu d'habitation de ce consommateur n'entre pas en ligne de compte. Internet est en effet — et par nature — de dimension mondiale : le site web peut-être a priori consulté à partir de n'importe quel endroit.

Néanmoins, les spécialistes du marketing savent que certains outils, dits de « profilage », peuvent permettre d'attirer sur un site web des catégories particulières de consommateurs. Le distributeur peut utiliser ce genre de moyens, ce qui entraînerait alors la qualification de la démarche en vente active. Par exemple, peuvent être utilisés des bandeaux publicitaires ou des liens hypertextes qui apparaissent sur certains sites web en fonction de la situation géographique du consommateur/internaute. Il peut aussi s'agir de bandeaux publicitaires apparaissant en

haut de la page d'un moteur de recherche dès lors que le consommateur situé sur un territoire spécifique introduit certains mots clés dans sa requête. Dans le même esprit, on peut penser aux *metatags* du site web du revendeur, qui pourraient cibler les consommateurs d'un territoire déterminé (pays, ville...). Un autre type de vente active pourrait consister en l'envoi par le distributeur de messages électroniques non sollicités, ciblant les consommateurs en fonction de leur situation géographique. L'utilisation de *cookies* ou de moyens équivalents facilite évidemment une telle démarche (8).

Mais un revendeur astucieux pourrait essayer d'éviter la qualification de vente active en procédant de la manière suivante. Dès lors qu'un consommateur se connecte pour la première fois sur son site web, il lui serait demandé s'il souhaite souscrire à une « newsletter » (ou lettre d'actualités). En cas de réponse positive, le consommateur recevrait régulièrement dans sa boîte aux lettres électronique des informations au sujet de ses produits favoris (nouveaux produits, promotions, offres spéciales...). Il sera alors difficile pour le producteur de qualifier cette pratique de « vente active » dans la mesure où c'est le consommateur/internaute qui a sollicité l'envoi des informations.

Le fait d'ouvrir un site web sur lequel les produits contractuels peuvent être achetés ne constitue donc pas en soi une vente active du point de vue de la Commission européenne, et ce quelle que soit la langue utilisée sur le site (9). Nous pensons que la réalité de l'internet ainsi que la manière dont un site web peut être conçu, sont plus complexes que ce que laisse sous-entendre la position de la Commission euro-

péenne sur la distribution en ligne. L'adresse d'un site web peut en effet être adaptée au territoire ciblé. Par exemple, le site « Parfumsnet » existait en « .fr » et en « .com ». Le site « Parfumsnet.fr » fut fermé suite à une ordonnance de référé rendue par le Tribunal de commerce de Nanterre (10). « Parfumsnet.com », hébergé en Espagne, resta alors disponible en plusieurs langues. Lorsqu'un consommateur entrait comme U.R.L. « <http://www.parfumsnet.fr> », il arrivait sur une page web indiquant que le site avait été fermé sur décision de justice. Cette page contenait cependant un lien hypertexte conduisant à la page d'accueil de « Parfumsnet.com » ; lorsque le consommateur/internaute cliquait sur ce lien, il était alors conduit vers une version française de la page d'accueil de « Parfumsnet.com ». Cette version française était identique à celle de « Parfumsnet.fr » ! Parfumsnet a aujourd'hui modifié son comportement, et aucune version française ne semble plus accessible.

Il faut ajouter qu'il est possible d'empêcher l'accès à un site web à partir d'une adresse I.P. spécifique (par exemple, l'adresse correspondant à une certaine localisation géographique). On peut ainsi imaginer que la version française du site en « .com » ne pourrait être accessible qu'à partir d'une adresse I.P. située en France. Dans un tel cas, la vente reste-t-elle passive ? La question mérite d'être posée...

Lorsqu'un distributeur développe certaines pratiques sur internet, la question de savoir si celles-ci peuvent être considérées comme des ventes actives ou passives est loin d'être anecdotique. En fonction de la qualification juridique du réseau (distribution sélective ou exclusive), les

(7) V. point 51 des lignes directrices.

(8) Au sujet des approches e-marketing et du profilage, v. notamment J.-M. Dinant, *Les traitements invisibles sur l'internet*, <http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/Luxembourg.html>. ; C. Bayers, *The promise of one-to-one, a love story*, *Wired*, May 1998 ; Th. Leonard, *E-Marketing et protection des données à caractère personnel*, *Droit et Nouvelles Technologies* du 23 mai 2000, <http://www.droit-technologie.org>. Également, J.-P. Cailloux et C. Roquilly, *Assurer la sécurité juridique des sites web*, *Lamy-les-Échos*, 2001, p. 93 et s.

(9) V. point 51 des lignes directrices.

(10) Trib. com. Nanterre, (référé), 4 octobre 2000, Yves Saint Laurent Parfums, S.A. Parfums Van Cleef & Arpels c/ S.A. Parfumsnet, <http://Legal.edhec.com>

DRIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

producteurs auront ou pas la possibilité d'interdire les ventes actives à leurs distributeurs.

2. La possible interdiction des ventes actives en fonction de la nature du réseau de distribution

Les lignes directrices sont parfaitement claires s'agissant de la possibilité pour un producteur de restreindre les ventes actives ou passives à l'intérieur d'un réseau de distribution sélective. En s'appuyant sur l'article 4-c) du règlement d'exemption par catégorie, les lignes directrices énoncent qu'aucune limitation ne peut être prescrite aux distributeurs appartenant à un réseau de distribution sélective (11). En d'autres termes, ces distributeurs doivent rester libres de vendre les produits faisant l'objet du contrat de distribution sur leur propre site web. Ils sont aussi libres de cibler des consommateurs sur internet, en utilisant les outils adéquats, quel que soit le territoire visé au sein de l'Union européenne. Ceci étant, comme nous le verrons dans le B., les producteurs pourront interdire à leurs distributeurs agréés de vendre les produits contractuels sur internet, dès lors qu'une justification objective peut être avancée.

Dans le cas d'un réseau de distribution exclusive, le règlement d'exemption par catégorie prévoit une exception à la règle évoquée ci-dessus (12). Le producteur peut en effet limiter la liberté de son distributeur exclusif de distribuer en ligne les produits contractuels (13). Si un distributeur A s'est vu attribuer un territoire exclusif, le producteur peut ainsi interdire toute vente active sur ce territoire de la part des autres distributeurs membres de son réseau. Cela paraît logique : quelle serait la signification

(et l'intérêt) pour A d'être distributeur exclusif pour le territoire en question, si d'autres revendeurs membres du même réseau de distribution peuvent venir démarcher des clients sur son territoire ? Par conséquent, à l'intérieur d'un réseau de distribution exclusive, le producteur peut prohiber tout type de vente active sur internet par laquelle un distributeur B viendrait « chasser sur les terres » de A. Cependant les ventes passives demeurent possibles pour les revendeurs. Par ailleurs, il est important de noter que si le réseau de distribution considéré est également fondé sur une sélection des distributeurs à partir de critères définis, le producteur n'aura pas la possibilité d'interdire les ventes actives : on en revient alors au principe de liberté des ventes actives et passives qui s'applique à la distribution sélective (14).

Dans l'hypothèse d'un réseau de franchise, il est judicieux de revenir aux précédents développements. Si le réseau de franchise est basé sur une sélection des revendeurs à partir de critères définis, le fait que la franchise soit caractérisée par des éléments spécifiques (transfert d'un savoir-faire et licence de droits de propriété intellectuelle) n'entrera pas en ligne de compte. En effet, le réseau de franchise est dans ce cas considéré comme étant également de nature sélective. Les distributeurs sont par conséquent libres de développer sur internet aussi bien des ventes actives que passives (15). A contrario, si aucune sélection des distributeurs à partir de critères définis n'est réalisée, et si le contrat de franchise contient une clause d'exclusivité territoriale, le producteur pourra interdire toutes ventes actives sur internet (par exemple le franchisé ayant l'exclu-

sivité pour la Belgique ne pourra pas démarcher par internet des consommateurs situés sur le territoire français).

Le principe de liberté pour les revendeurs de distribuer les produits contractuels en ligne constitue une question essentielle pour beaucoup de producteurs. De nombreux réseaux de distribution fermés (y compris la franchise et la distribution exclusive) sont basés sur une sélection des revendeurs à partir de critères définis. Dans ces réseaux, les producteurs ne peuvent pas empêcher les distributeurs (qu'ils soient franchisés ou distributeurs exclusifs) de développer des ventes passives et actives sur internet. Cette liberté des distributeurs entre en conflit avec la logique traditionnelle de ces réseaux : une distribution souvent organisée en « territoires ». Les producteurs sont donc confrontés à un dilemme : soit ils sélectionnent leurs distributeurs sur la base de critères définis, perdant alors l'opportunité d'interdire les ventes actives sur internet, même dans l'hypothèse d'une distribution exclusive ; soit ils concèdent des territoires exclusifs à leurs revendeurs et leur garantissent qu'aucune vente active conduite par d'autres revendeurs membres du réseau ne viendra cibler les consommateurs se trouvant sur le territoire attribué ; mais, dans cette seconde hypothèse, les producteurs devront renoncer à toute sélection des revendeurs basée sur des critères définis.

Confrontés à cette liberté de distribution en ligne pour les revendeurs, les producteurs peuvent trouver dans les lignes directrices certaines marges de manœuvre. Nous allons expliquer dans le B. comment les producteurs peuvent essayer de mettre à profit ces marges de manœuvre pour interdire ou restreindre

(11) V. points 51 et 53 des lignes directrices.

(12) V. article 4-b) du règlement d'exemption par catégorie.

(13) V. point 51 des lignes directrices.

(14) V. point 53 des lignes directrices.

(15) À ce sujet, voir notamment R. Fabre, *Les contrats de distribution et internet à la lumière du nouveau règlement communautaire*, Dalloz, 2001, n° 5, chr., p. 437 ; H.

Bensoussan, *Franchise : l'exclusivité territoriale vidée de sa substance*, Dalloz, 2000, n° 41, chr., p. 629 ; F. Vanhaelen et T. Verbiest, *Internet, concurrence et distribution sélective : une coexistence parfois difficile*,

Communication-Commerce électronique 2000, juillet-août, p. 10 ; O. Gast et O. Renaud, *Internet en toute franchise : quelle est la marge de manœuvre du franchiseur*, *Petites Affiches* n° 167 de 2001, p. 4.

dre la vente en ligne de leurs produits.

B. Les limites à la liberté des revendeurs de distribuer en ligne

Les lignes directrices offrent au producteur la possibilité d'interdire à leurs revendeurs de distribuer les produits contractuels en ligne. Si les producteurs ne peuvent pas tirer profit de cette opportunité, ils peuvent néanmoins inclure dans le contrat de distribution des clauses leur permettant de contrôler la vente en ligne de leurs produits.

1. La notion de justification objective

Les lignes directrices, en leur point 51, énoncent qu'une stricte interdiction de la vente en ligne n'est permise qu'en présence d'une justification objective. Mais celle-ci n'autorise pas pour autant le producteur à se réserver la vente ou la publicité sur internet.

La question est de savoir quels sont les éléments pouvant entrer dans la catégorie des « justifications objectives ». Nous pensons que la nature du produit pourrait constituer une telle justification : par exemple, des produits qui présentent un haut niveau de technologie et qui requièrent de ce fait un conseil adapté à chaque consommateur (prenant en considération leur niveau de connaissance, leur état de santé...). Dans le même esprit, le producteur qui développe un réseau de franchise de distribution peut chercher à démontrer que la distribution en ligne de ses produits (ou de ses services) n'est pas compatible avec la mise en œuvre de son savoir-faire. De la même façon, l'image de marque des produits, en d'autres termes le fait que les consommateurs les perçoivent comme « luxueux »,

pourrait constituer un argument mis en avant par le producteur. Dans l'affaire Pierre Fabre, la Cour d'appel de Versailles a considéré que la revente des produits Pierre Fabre sur le site web d'un distributeur agréé portait atteinte à l'image de marque de ces produits (16).

Nous pensons que dans un futur très proche la technologie va permettre de régler ces problèmes. Un conseil en ligne approprié pourra être mis en œuvre, avec des fonctionnalités tels que le « chat » (échanges écrits simultanés) et la vidéo-conférence. L'argument reposant sur l'insuffisance du conseil prodigué à l'internaute disparaîtra par voie de conséquence. En ce qui concerne l'esthétisme du site web (présentation des produits, qualité graphique de l'environnement...), diverses technologies (telle que la technologie « Flash ») permettent aujourd'hui d'atteindre un standard visuel de haute qualité. Les distributeurs devront toutefois assumer le coût de développement d'un tel site...

Pour conclure sur cette possibilité pour les producteurs d'arguer de l'existence d'éléments objectifs justifiant l'interdiction de revendre en ligne leurs produits, nous devons avouer notre scepticisme. Il sera en effet très difficile pour les producteurs de rejeter complètement les opportunités (et les contraintes) qu'offre internet. L'hypothèse la plus probable (sous peine de prendre un risque très élevé au regard du droit communautaire de la concurrence) verra le producteur organiser la distribution en ligne de ses produits, en partenariat avec les distributeurs (ou tout au moins certains d'entre eux). Il est clair que les producteurs auront à rechercher un parfait ajustement du site web-distributeur à la logique de

leur réseau ainsi qu'à son image de marque. Ils devront soigner tout particulièrement les clauses spécifiques dans le contrat de distribution.

2. Les limites fixées par les clauses du contrat

Quel type de clauses les producteurs peuvent-ils inclure dans le contrat de distribution, afin d'autoriser — et d'encadrer — la revente en ligne par leurs distributeurs ? Ces clauses constitueront autant de limites posées à la liberté de distribuer sur internet.

Pour les contrats de distribution sélective, on peut penser que les critères classiques de sélection qualitative peuvent être adaptés au cas de la vente en ligne. Ainsi, certaines stipulations contractuelles veilleront à la préservation de l'image de marque :

- adresse U.R.L. et nom de domaine conformes à l'intérêt de la marque et à sa réputation ;
- ergonomie générale et esthétisme du site (couleurs, qualité des photos...) conformes à l'image de marque ;
- espace spécifique réservé aux produits du producteur ;
- interdiction de la vente en ligne de produits pouvant affecter l'image de marque du producteur et de ses produits ;
- mise à jour régulière du site (nouveaux produits, offres spéciales...) ;
- conseil à la clientèle adapté (comment se servir des produits, « F.A.Q. », conseil en temps réel par des personnels qualifiés, fonctionnalités de messagerie électronique, de « chat », voire de vidéo-conférence...).

De nombreux parfumeurs ont ainsi récemment modifié les contrats passés avec les distributeurs préalablement

(16) Les juges ont considéré qu'il n'y avait aucune recherche d'esthétisme sur le site web, aucun conseil en ligne véritable... Versailles, 13^e ch., 2 décembre 1999, S.A. Pierre Fabre Dermo Cosmétique c/ Breckler, J.C.P. éd. E. 2000, n° 30, p. 1230.

DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

sélectionnés pour des points de vente physiques. Le contrat de distribution détermine maintenant à quelles conditions ces revendeurs peuvent assurer sur leur propre site web la vente en ligne des parfums de leur marque. Ces conditions sont relatives à la protection de l'image de marque du producteur.

Le producteur peut également utiliser certains critères de sélection quantitative, traditionnels pour des points de vente physiques, tels que :

- l'exigence d'un chiffre d'affaires minimum réalisé à partir de la vente en ligne des produits du producteur. Il pourrait s'agir d'un objectif déterminé pour chaque territoire spécifique ;

- l'exigence d'un montant minimum de commandes à réaliser par le distributeur auprès du producteur ;

- l'exigence d'un coefficient de rotation des stocks.

Les producteurs pourraient aussi interdire à leurs distributeurs agréés de revendre en ligne les produits de marques concurrentes. Une telle clause n'est pas interdite par le règlement d'exemption par catégorie, si cette interdiction est limitée à 80 % du montant total des commandes faites par le distributeur, et si sa durée n'excède pas 5 ans (17).

Enfin, le producteur pourrait aussi allouer un territoire exclusif au distributeur pour la vente en ligne des produits. Mais, comme nous l'avons montré précédemment, cela ne garantirait pas au distributeur en question que les autres membres du réseau ne vont pas se livrer à des ventes actives sur son territoire. Si le producteur souhaite contrôler les ventes actives sur chaque territoire, il devra alors renoncer à toute forme de sélection basée sur des critères définis. Il pourrait toutefois essayer de mas-

quer cette sélection, mais elle serait aisément détectable.

On peut estimer qu'en combinant de fortes exigences qualitatives et des critères de sélection quantitative adaptés, les producteurs pourront minimiser l'impact d'éventuelles ventes actives. Mais ils devront vérifier qu'il n'y a aucun risque (ou seulement un faible risque) d'incompatibilité entre leur contrat de distribution et le droit communautaire de la concurrence.

Dans la deuxième partie nous chercherons à montrer qu'il n'y a aucune certitude sur ce point. Cela dépendra de la part de marché détenue par le producteur et du bénéfice réel qu'engendrent les clauses du contrat pour le progrès économique.

II. Les risques d'incompatibilité entre le réseau de distribution et le droit communautaire de la concurrence

Le règlement d'exemption sur les restrictions verticales a fixé les conditions de base (clarifiées par les lignes directrices) selon lesquelles les contrats de distribution peuvent être exemptés de l'application de l'article 81, §1 du Traité de Rome. L'idée centrale développée en l'espèce par la Commission européenne réside dans le fait que, pour la plupart des restrictions verticales, l'affectation réelle du jeu de la concurrence ne peut se produire que si la compétition entre les marques est insuffisante sur le marché. C'est la raison pour laquelle le règlement d'exemption se concentre sur le degré de pouvoir de marché détenu par l'une ou l'autre des parties au contrat de distribution, c'est-à-dire par le fournisseur (le plus généralement), par l'acheteur (dans

des cas spécifiques), ou enfin par les deux. Prenant en considération le degré de pouvoir de marché, la Commission adopte une approche économique basée sur les effets que génère le contrat de distribution sur le marché pertinent. Ces effets doivent être mesurés précisément, afin de déterminer si ce contrat peut être ou non exempté (A). Mais quel que soit le pouvoir de marché détenu par le réseau de distribution, il demeure un autre risque d'incompatibilité par rapport au droit de la concurrence communautaire si le contrat qui en est le fondement ne fait pas naître des avantages objectifs suffisants pour compenser les atteintes portées au jeu de la concurrence (B).

A. L'incompatibilité liée aux parts de marché détenues par le fournisseur

Dans la nouvelle approche des restrictions verticales développée par la Commission européenne, l'évaluation des parts de marché et — par conséquent — la définition du marché pertinent en lui-même se trouvent au cœur du raisonnement. Il s'agit en effet de l'un des facteurs-clés pour déterminer si un contrat de distribution peut être exempté ou non. Pour les entreprises concernées par de tels accords, cette évaluation constitue l'une des étapes fondamentales dans la procédure d'auto-évaluation qu'elles se doivent de mettre en œuvre. Sur ce point, certains auteurs ont mis en exergue le fait que « la sécurité juridique pourrait être réduite à néant, et ce type d'activité pourrait reposer plus encore sur les conseils des avocats et des économistes, dans la mesure où il s'agit de déterminer si les contrats de distribution tombent sous le coup des seuils en parts de marché re-

(17) V. le point 58 des lignes directrices. Mais la clause de non-concurrence ne peut pas cibler les marques de concurrents spécifiques — v. point 61 des lignes directrices.

quis » (18). Il est vrai que l'importance donnée par le droit communautaire de la concurrence à la notion de part de marché n'a d'égale que la difficulté à définir cette notion (19), comme nous le montrerons dans le 1.

Étant donné l'impact de l'interaction entre commerce électronique et droit de la concurrence, la question se pose de savoir si l'utilisation d'internet comme canal de distribution pour tel produit ou tel service, dans le contexte d'un réseau de distribution fermé, peut modifier la définition du marché pertinent sur lequel le produit ou le service est vendu. Cette question essentielle sera étudiée dans le 2.

1. L'importance de la définition de la part de marché dans le règlement d'exemption par catégorie

a) Les seuils de part de marché : une évaluation graduée

Le nouveau règlement d'exemption par catégorie fixe plusieurs niveaux de seuils de part de marché : 15 %, 30 % et 50 %.

Le seuil de 15 % constitue le seuil de *minimis* (20). Au regard de la position de la Commission sur les accords dits « d'importance mineure », les accords verticaux passés par des entreprises dont les parts de marché combinées ne dépassent pas 15 % sont considérés comme échappant au champ d'application de l'article 81, §1 du Traité de Rome. Ces accords sont présumés comme n'étant pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, ou comme ne restreignant pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81, §1 (21). On peut penser que, par application du seuil de

minimis, un nombre important de contrats de distribution se trouvent en dehors du champ d'application du droit communautaire de la concurrence. Mais il convient de noter que si un accord est considéré comme étant d'importance mineure au niveau communautaire, il pourra néanmoins être considéré par une juridiction ou autorité nationale comme étant anti-concurrentiel au regard du droit national. Qui plus est, un accord d'importance mineure ne pourra pas être exempté s'il contient des restrictions figurant sur la « liste noire » des pratiques qui sont par nature contraires aux règles européennes de la concurrence ; il en sera de même si le réseau de distribution entraîne un effet cumulatif (22).

S'agissant de l'appréciation du pouvoir de marché de la tête de réseau, il convient d'envisager une situation particulière, à savoir le lancement d'un nouveau produit ou l'entrée sur un nouveau marché. Dans un tel cas, la part de marché n'est pas un indicateur pertinent car le marché en lui-même est juste émergent et il n'est pas encore partagé. Cette remarque conduit à s'interroger sur le fait de savoir si internet en tant que (nouveau) canal de distribution peut être considéré comme constituant ou non un nouveau marché. Nous reviendrons de manière approfondie sur cette question (23).

Le seuil de 30 % fixe la limite supérieure à la « zone de sécurité » (*safe harbor*) que met en place le règlement d'exemption. L'un des changements les plus importants dans l'approche communautaire des restrictions verticales réside en effet dans la création par le règlement d'exemption d'une présomption de légalité pour les accords verticaux selon la part

de marché détenue par le fournisseur à la tête du réseau. Cette part de marché ne doit pas dépasser les 30 % pour que l'exemption puisse s'appliquer. Jusqu'à 30 %, les entreprises concernées bénéficient donc d'une position sécurisée au regard des règles du droit communautaire de la concurrence. Au-dessus de 30 %, les accords verticaux ne peuvent plus bénéficier de l'exemption par catégorie ; de tels accords ne seront pas pour autant présumés comme étant illicites, mais ils devront nécessiter un examen à titre individuel, au cas par cas. Dès lors, la Commission européenne devra apporter la preuve qu'un tel accord peut être sanctionné par application de l'article 81, §1 du Traité de Rome. L'examen sera alors mené sous le couvert de l'article 81, §3 qui définit à quelles conditions une entente illicite peut être exemptée.

Quant au seuil de 50 %, il correspond à la notion « d'effet cumulatif ». Une entreprise peut en effet détenir moins de 30 % de part de marché sans pour autant être parfaitement sécurisée au regard du règlement d'exemption par catégorie. L'effet combiné des parts de marché détenues par les autres entreprises présentes sur le marché de référence doit être pris en compte. L'article 8 du règlement d'exemption par catégorie autorise la Commission européenne à retirer le bénéfice de l'exemption automatique si des réseaux de distribution basés sur des contrats de distribution similaires couvrent plus de 50 % du marché pertinent. Il apparaît donc que si les entreprises ont à mesurer leur propre pouvoir de marché, elles ne peuvent pas ignorer la position occupée par leurs concurrents directs si ceux-ci utilisent le même type de contrat de distribution. Dans

(18) J. Nazerall et D. Cowan, *Unlocking E.U. Distribution Rules, Has the European Commission Found the Right Keys ?*, E.C.L.R., 2000, Issue 1, 50-56 : *legal certainty [could] be sacrificed and [...] business [could] be even more reliant on advice from lawyers and economists to determine whether [the distribution] agreements fell under the requisite market share threshold.*

(19) Pour reprendre la formule de Nazerall et Cowan : *working out the relevant market is not an exact science (idem p. 54).*

(20) V. Communication de la Commission sur les accords d'importance mineure, J.O.C.E. n° C. 368 du 22 décembre 2001.

(21) V. lignes directrices sur les restrictions verticales (2000/C 291/01), p. 4.

(22) V. articles 4 et 8 du règlement d'exemption par catégorie.

(23) V. *infra* 2.

DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE

l'hypothèse de réseaux de distribution similaires, la sécurité juridique d'un producteur va donc aussi dépendre de la stratégie de distribution de ses propres concurrents.

b) La définition du marché pertinent : une évaluation délicate

La définition du marché pertinent constitue une étape très importante dans l'analyse concurrentielle en général, et dans la procédure d'évaluation des restrictions verticales en particulier. En effet, elle permet de déterminer le contexte dans lequel le pouvoir de marché pourra être mesuré. Mais si la part de marché est le critère usuel pour évaluer le pouvoir de marché, on doit admettre qu'elle fait naître une double question : comment mesurer la part de marché et surtout — en amont — comment déterminer le marché pertinent ?

En ce qui concerne la première question, le règlement d'exemption par catégorie énonce que le calcul des parts de marché doit être basé sur la valeur des ventes, sur le marché, des biens ou des services contractuels. Lorsque ces données ne sont pas disponibles, des estimations substantielles peuvent être réalisées, fondées sur d'autres informations pertinentes tel que le volume des ventes sur le marché. De manière générale, c'est la part de marché du fournisseur (sur le marché où il vend les produits et/ou services considérés) qui s'avère décisive pour l'application du règlement d'exemption par catégorie.

Afin de calculer la part de marché, il est toutefois nécessaire de définir préalablement le marché pertinent concerné dans ses deux dimensions fondamentales : d'une part le marché des produits et/ou services considérés ; d'autre

part le marché géographique. Dans son approche matérielle (produit/service), un marché est considéré comme pertinent lorsqu'il est constitué des produits et/ou des services que les acheteurs considèrent comme étant interchangeables, en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de leur utilisation attendue (24). Ce marché pertinent dépend donc en premier lieu de la substituabilité du point de vue du client. Quant au marché géographique pertinent, il comprend le territoire dans lequel les entreprises sont impliquées pour la fourniture et la demande des produits/services concernés. Ce territoire peut être distingué des territoires voisins (en particulier parce que les conditions de concurrence sont différentes dans ces territoires). La combinaison de tous ces facteurs se traduit par l'identification du marché pertinent (25).

2. Internet en tant que marché pertinent

Eu égard à l'importance de l'évaluation de la part de marché et aux conséquences de celle-ci (à savoir la possible suppression du bénéfice de l'exemption par catégorie), il reste à savoir si le recours à internet comme canal de distribution peut conduire ou non à la définition d'un marché pertinent spécifique. Prenons l'hypothèse d'une entreprise fabriquant un produit A vendu par le truchement d'un réseau de distribution sélective. Cette entreprise a autorisé ses revendeurs agréés à revendre le produit A en ligne, et son contrat de distribution contient certaines clauses organisant cette revente en ligne (26). L'entreprise détient une part de marché de 25 % sur le marché (physique) de la distribution de ce type de produits. A priori, le contrat de distribu-

tion peut être exempté en vertu de la règle du *safe harbour* (la part de marché du fournisseur est en effet inférieure à 30 %). Mais dès lors que cette entreprise est la première sur son marché à utiliser internet en tant que canal de distribution, elle réalise 100 % du volume des ventes réalisées par le biais de ce nouveau canal de distribution ! Si internet, en tant que mode de distribution spécifique, est considéré comme un marché pertinent différent du précédent, la position de l'entreprise au regard du règlement d'exemption pourrait s'avérer quelque peu délicate. En effet, le producteur devrait alors démontrer que son réseau de distribution en ligne satisfait aux critères pour bénéficier d'une exemption individuelle. Mais il n'est pas certain que la distribution en ligne soit directement concurrente de la distribution « traditionnelle »...

La question fondamentale pourrait être formulée de la manière suivante : quels sont les besoins des consommateurs pouvant être satisfaits par une vente via internet et qui ne le sont pas par le circuit de distribution « traditionnel » ? Selon nous, les consommateurs qui achètent sur internet sont sensibles aux facilités qu'offre la grande toile mondiale : une boutique ouverte au monde entier, à n'importe quelle heure, présentant un vaste choix de produits... Internet peut donc être perçu par le consommateur comme le moyen le plus pratique d'acheter un produit, à condition que ce consommateur ait une carte bancaire et possède un ordinateur avec une connexion à internet !

Les lignes directrices sur les restrictions verticales n'offrent pas véritablement de soutien à ce raisonnement, sans pour autant le rendre impraticable. Elles énoncent

(24) V. point 90 des lignes directrices.

(25) V. la communication de la Commission sur la définition du marché pertinent pour les besoins du droit de la concurrence communautaire, J.O.C.E. 372 du 9 décembre 1997.

(26) V. supra première partie, B, 2.

en effet que les marchés ne sont en principe pas définis par le type de distribution utilisé, étant donné que différents modes de distribution sont généralement en concurrence (27). Même si la jurisprudence communautaire n'offre aucune décision sur ce sujet, on peut rappeler qu'en France, le Conseil de la concurrence a déjà considéré que le fait pour un consommateur d'être membre d'un club de vente de livres par correspondance le positionnait sur un marché pertinent spécifique (celui de la vente de livres par clubs), différent du canal de distribution traditionnel des livres (28).

Néanmoins, si internet peut aujourd'hui être considéré comme constituant d'une certaine façon un marché pertinent spécifique, on peut penser que son développement dans les années à venir le transformera en canal de distribution parfaitement substituable aux modes « traditionnels ». Cette prévision est renforcée par l'accès de plus en plus aisé aux technologies et au savoir-faire requis par le commerce électronique, aussi bien pour les producteurs et les revendeurs que pour les consommateurs eux-mêmes.

B. L'incompatibilité liée aux clauses contractuelles utilisées par le fournisseur

Les accords verticaux de distribution peuvent contenir toute une série de restrictions à la concurrence. Celles-ci, en l'absence d'un pouvoir de marché significatif détenu par les entreprises concernées, peuvent toutefois conduire à une amélioration de distribution des biens et services en cause. La zone de sécurité existant en dessous de 30 % de part de marché offre aux entreprises la liberté de mettre en place

des accords de fourniture et de distribution mieux adaptés à leurs intérêts commerciaux, en permettant une meilleure adéquation à un environnement économique évolutif. Ainsi, nous avons vu dans la première partie comment les producteurs peuvent légalement intégrer les opportunités offertes par internet dans leur stratégie de distribution, en utilisant des clauses contractuelles conçues pour organiser la vente en ligne par leurs distributeurs. Ceci étant, de tels accords et de telles clauses peuvent aussi avoir des effets négatifs sur le marché (1.), conduisant à la perte de la présomption de légalité conférée par le règlement d'exemption, si ces effets négatifs sont plus importants que les effets positifs (2.).

1. Les clauses inoffensives et les clauses dangereuses

Sans qu'il soit tenu compte du pouvoir de marché (ni de la part de marché), l'exemption ne peut être reconnue aux accords qui ne donnent pas lieu à des avantages objectifs suffisants pour compenser le préjudice qu'ils causent à la concurrence sur le marché en cause (29). En d'autres termes, même si la part de marché détenue par un fournisseur-tête-de-réseau est inférieure à 30 %, le risque pour lui de perdre le bénéfice de l'exemption dépendra du degré de restriction de concurrence provenant des clauses contractuelles. Certaines de ces clauses peuvent apparaître comme étant inoffensives, alors que d'autres peuvent sembler bien plus dangereuses au regard de l'analyse concurrentielle.

Qu'en est-il des clauses, décrites dans la première partie, que le producteur peut insérer dans le contrat de distribution afin d'autoriser la

vente en ligne à ses distributeurs ? Pour répondre à cette question, nous devons distinguer les clauses de nature qualitative des clauses ayant une nature plus quantitative.

a) S'agissant des clauses de nature qualitative

Nous avons vu que les critères classiques de sélection qualitative peuvent être utilisés afin d'élaborer des clauses contractuelles adaptées à la vente en ligne. Dans le cas particulier de la distribution sélective en ligne, le recours aux clauses relatives à la protection de l'image de marque et/ou les clauses concernant le conseil aux consommateurs, peuvent être absolument justifiées. Nous restons dans le domaine d'une distribution sélective purement qualitative, largement exemptée par le règlement.

Mais il est clair qu'un réseau de distribution sélective en ligne qui serait basé sur des critères franchement disproportionnés (en comparaison des critères qualitatifs utilisés pour la distribution « traditionnelle », c'est-à-dire celle passant par des points de vente « physiques »), ne serait pas exempté. En effet, les produits vendus sont les mêmes quel que soit le canal de distribution, et il n'y a aucune raison justifiant qu'un producteur soit plus exigeant pour la distribution en ligne de ses produits que pour la distribution « traditionnelle ». Ainsi, le contrat de distribution peut imposer que le site web du distributeur contienne des fonctionnalités de messagerie électronique et de « chat », avec un délai de réponse le plus court possible, afin d'assurer au consommateur un service adéquat. Mais est-il acceptable d'imposer un accès 24h/24 à ce service en ligne, alors même que les points de vente « physiques » ont des horaires d'ouverture précis ?

(27) V. point 91 des lignes directrices.

(28) V. Paris, 11 mars 1993, France-Loisirs c/ Le grand livre du mois, B.O.C.C.R.F. du 26 mars 1993, p. 104.

(29) V. point 71 des lignes directrices. La Commission ajoute que cela peut être particulièrement le cas dans l'hypothèse de la distribution de biens à des consommateurs finaux. Les désavantages causés par un accord vertical peuvent avoir un impact plus fort que dans le cas de la vente et de l'achat de biens intermédiaires.

Le raisonnement peut être également inversé : le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie pourrait être perdu si les exigences requises au niveau du site web du distributeur (esthétisme, maintenance, conseil...) s'avèrent plus flexibles et moins fortes que celles fixées pour un point de vente « physique ». Dans les deux cas, les critères qualitatifs seraient appliqués d'une manière discriminatoire, ce qui est difficilement acceptable au regard du droit de la concurrence.

b) S'agissant des clauses de nature quantitative

Le producteur peut également organiser la vente en ligne de ses produits en introduisant dans le contrat de distribution certaines contraintes quantitatives, tels qu'un chiffre d'affaires en ligne minimum, une rotation des stocks particulière, un montant minimum de commandes faites au producteur, une clause de non-concurrence (30)... Ces contraintes peuvent être combinées avec d'autres restrictions verticales, telles que l'exclusivité d'achat, l'exclusivité de fourniture, l'attribution d'un territoire exclusif de revente...

Dans ses lignes directrices, la Commission insiste sur le fait qu'une combinaison de restrictions verticales aggrave leurs effets négatifs (31). Qui plus est, il convient de souligner que les restrictions quantitatives sont regardées par la Commission comme étant génératrices de plus d'effets négatifs que les restrictions qualitatives. Les producteurs doivent par conséquent être attentifs dans l'élaboration des clauses destinées à organiser la revente en ligne de leurs produits. Plus un contrat de distribution sera contraignant pour le revendeur, plus il sera susceptible d'être envisagé comme

une combinaison de restrictions verticales, le mettant alors en difficulté au regard du règlement d'exemption par catégorie ! Il est conseillé aux entreprises se trouvant dans une telle situation de procéder à leur auto-évaluation, afin de mesurer les conséquences potentielles de leur contrat de distribution sur le terrain du droit communautaire de la concurrence.

2. Les conséquences de l'incompatibilité

Un accord qui n'est pas couvert par le règlement d'exemption par catégorie nécessite un examen à titre individuel sous les conditions fixées à l'article 81 du Traité de Rome. Lorsque la procédure de retrait du bénéfice de l'exemption est appliquée, la Commission doit démontrer que l'accord de distribution tombe sous le coup de l'article 81, §1 et qu'il ne satisfait pas à toutes les conditions de l'article 81, §3. En résumé, la Commission doit établir qu'il n'y a aucun progrès économique pouvant profiter aux consommateurs. Une telle conclusion conduit fatalement à la mort du réseau de distribution en cause...

Toutes choses égales par ailleurs, il ressort de ces différentes considérations que la question de l'intérêt du consommateur doit être au cœur du processus d'auto-évaluation réalisé par le producteur à la tête d'un réseau de distribution fermé. Ce dernier doit se demander si les contraintes, standards, obligations et autres critères qu'il a instaurés pour contrôler sa stratégie de distribution sur internet rencontrent effectivement les besoins et les attentes des consommateurs. En d'autres termes, les moyens contractuels mis en œuvre par le producteur en matière de revente de ses

produits en ligne vont-ils dans le sens d'une amélioration de la qualité des services offerts aux consommateurs et d'une meilleure réponse à leurs besoins ?

On peut penser que de telles questions ne sont pas uniquement d'ordre juridique, mais qu'elles sont également de nature stratégique...

Christophe COLLARD

Professeur au département sciences juridiques de l'E.D.H.E.C.

Christophe ROQUILLY

Professeur-responsable du département sciences juridiques de l'E.D.H.E.C.

(30) *V. supra*, première partie, B, 2.

(31) *V. point 119-8* des lignes directrices.