



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence  
*Competition Law Journal*

## Séminaire Philippe NASSE

2 juillet 2013

## Les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne

---

**Colloque** | Concurrences N° 4-2013  
[www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### Emmanuel COMBE

[emmanuel.combe@autoritedelaconcurrence.fr](mailto:emmanuel.combe@autoritedelaconcurrence.fr)

| *Vice-président, Autorité de la concurrence, Paris*

### Laurence IDOT

[laurence.idot@sfr.fr](mailto:laurence.idot@sfr.fr)

| *Professeur de droit, Université Paris-II Panthéon-Assas, Paris*

### Patrick REY

[patrick.rey@tse-fr.eu](mailto:patrick.rey@tse-fr.eu)

| *Professeur d'économie, Université de Toulouse, TSE, Toulouse*

Mardi 2 juillet 2013  
10h-13h

Ministère de l'Économie et des Finances  
Amphithéâtre du CASC  
139 rue de Bercy, 75012 Paris

Autorité  
de la concurrence



DG CCRF



# Séminaire Philippe NASSE

## Les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne

### Introduction

Emmanuel COMBE

| *Vice-président, Autorité de la concurrence*

### Perspectives juridiques

Laurence IDOT

| *Professeur de droit, Université Paris II-Panthéon Assas*

| *Membre, Autorité de la concurrence*

### Perspectives économiques de l'essor de la vente en ligne

Patrick REY

| *Professeur d'économie, Université de Toulouse (TSE)*

**Emmanuel COMBE**

emmanuel.combe@autoritedelaconcurrence.fr

Vice-président, Autorité de la concurrence, Paris

**Laurence IDOT**

laurence.idot@sfr.fr

Professeur de droit, Université Paris-II  
Panthéon-Assas, Paris

**Patrick REY**

patrick.rey@tse-fr.eu

Professeur d'économie, Université de Toulouse,  
TSE, Toulouse

## Abstract

*This set of three papers is derived from the Philippe Nasse's seminar on the new practices in the e-commerce that has held on July 2, 2013 in Paris. The e-commerce has grown very rapidly these past few years and contributes to the competitive animation of the distribution sector by showing new distribution models and new players. The manufacturers, who face the rising of the e-Commerce, develop new business practices. The decisional practice and case law set the level of the trade freedom and the tariffs fixation*

*Ce dossier réunit trois contributions sur les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne présentées le 2 juillet 2013 à Paris lors du séminaire Philippe Nasse. Le commerce électronique a crû à un rythme plus élevé que le commerce de détail physique ces dernières années et contribue à l'animation concurrentielle du secteur de la distribution en faisant apparaître de nouveaux modèles de distribution et de nouveaux acteurs. Face à ce développement du commerce en ligne, certains fabricants développent des pratiques commerciales différenciées selon la nature des distributeurs. La pratique décisionnelle et la jurisprudence précisent le niveau de liberté commerciale et tarifaire dont disposent ces fabricants vis-à-vis de leurs distributeurs en ligne.*

## INTRODUCTION

**Emmanuel COMBE**

Vice-président, Autorité de la concurrence,  
Paris

1. Le commerce en ligne a réalisé en 2011 un chiffre d'affaires de plus de 40 Md€, soit 7 % de l'ensemble du commerce de détail. Mais cette moyenne cache en réalité de fortes disparités selon les types de produits distribués, la part de marché de la vente en ligne apparaissant plus importante pour les produits bruns (15 % du marché) et les produits culturels (18 % du marché), que pour l'alimentaire (3 % du marché).

2. Si l'on se place du point de vue d'une entreprise installée, Internet peut être considéré comme un facteur de risques, mais aussi comme une opportunité. Le premier des risques associés à Internet est d'abord celui de la baisse des prix et des marges. La baisse des prix, liée à l'intensification de la concurrence intramarque – c'est-à-dire entre distributeurs des produits de la même marque – et intermarques, serait ainsi de l'ordre de 10 % sur les produits "bruns" (électroménager de loisir). En particulier, l'entrée de *pure players*, présents uniquement sur le canal de distribution sur Internet, a pu être particulièrement redoutée dans la mesure où ceux-ci n'ont pas à gérer la cohérence tarifaire entre un réseau de distribution physique et la vente en ligne. La baisse des coûts de distribution est aussi vue comme un facteur de baisse des prix, avec comme cas limite la vente de billets d'avion, dont la distribution physique, *via* les agences de voyages, a fortement décliné, au profit de la distribution en ligne, intermédiée ou en direct (site des compagnies aériennes). La concurrence a également été renforcée par la baisse des coûts de recherche, facilitant l'arbitrage des consommateurs. Ces coûts de recherche n'ont toutefois pas totalement disparu, notamment du fait des entreprises, qui réagissent en multipliant les versions d'un même produit et en réservant certaines à un canal de distribution donné (stratégie de *bait-and-switch*). Internet permet enfin de décloisonner les marchés géographiques, remettant en cause les stratégies de discrimination spatiale mises en place par les entreprises. Pour acheter un véhicule automobile à l'intérieur de l'espace économique européen, il est désormais possible de contacter un mandataire en ligne afin qu'il fasse l'arbitrage à la place du consommateur.

3. Outre le risque concurrentiel, Internet a pu être également considéré par les entreprises installées comme une menace pour la valeur de leurs actifs immatériels, que ce soit le capital-marque, la qualité du service après-vente ou la réputation. Il est premièrement difficile de transposer sur Internet des standards de qualité qui sont appliqués au réseau physique, notamment dans le cas de produits qui nécessitent d'être essayés avant d'être achetés. En outre, le consommateur n'est pas toujours bien informé pour évaluer la qualité des produits sur Internet, en particulier lors du lancement de nouveaux produits. Enfin, les fabricants craignent parfois de subir une forme de parasitisme de la part de *pure players*, ces derniers profitant des informations que les consommateurs recueillent auprès des commerçants en dur avant de faire leurs achats sur Internet. Ces *pure players* sont parfois accusés de n'ouvrir que des "magasins fantômes" afin d'être agréés dans un réseau de distribution tout en réalisant l'essentiel de leurs ventes en ligne.

4. Internet n'est pourtant pas seulement facteur de risques, il présente des opportunités d'élargissement du marché et des synergies pour les entreprises installées. La vente en ligne permet d'abord d'élargir la gamme des produits vendus. Par exemple, il est bien connu qu'Amazon propose davantage de livres que n'importe quelle librairie en dur. De manière générale, d'après les résultats d'une étude de

Brynjolfsson et coll. (2003)<sup>1</sup>, Internet augmente le bien-être des consommateurs grâce à la diversité des produits qu'il peut proposer. Internet élargit également le champ géographique des transactions, en permettant aux distributeurs d'accéder aux clients isolés, ainsi que le champ temporel, Internet étant ouvert 24 heures sur 24, y compris le dimanche. En termes de synergies, Internet offre une nouvelle complémentarité avec la vente en magasin, à condition de modifier le positionnement marketing de la vente en dur, comme le montre aujourd'hui l'exemple des magasins de bricolage. Pour ces derniers, Internet a été perçu comme une opportunité d'attirer des clients qui ne venaient pas en magasin, plus jeunes, urbains et "surbookés" que la clientèle habituelle, tandis que le magasin physique était repositionné sur une offre ciblée et une logique de projet. Internet offre également une large gamme de produits, alors que les magasins de bricolage en dur semblent privilégier le gain de temps, avec un choix restreint de produits et des bornes Internet permettant de renvoyer le client vers la bonne référence disponible, et proposent une aide pour des projets plus complexes (rénovation de cuisine ou de salle de bains par exemple).

5. Au final, on peut considérer trois stratégies possibles pour les producteurs installés face à l'essor de la vente en ligne :

- une approche défensive, consistant à brider le commerce en ligne ;
- une réaction oligopolistique, où les fabricants investissent Internet pour ne pas laisser le segment de la vente en ligne à leurs concurrents ;
- une approche optimiste, selon laquelle le fabricant utilise Internet afin d'élargir son marché et de créer des synergies entre l'offre en dur et l'offre en ligne, tout en parvenant à limiter les risques concurrentiels et à protéger ses actifs immatériels.

6. Lorsqu'une entreprise décide d'investir Internet, plusieurs modalités s'offrent à elle. Elle peut être son propre distributeur en créant son propre site Internet ou bien recourir à une plateforme de marché en ligne, comme dans le cas des livres numériques par exemple. L'entreprise peut aussi recourir à des distributeurs en ligne, en autorisant ses distributeurs habituels à vendre sur Internet, ou en contractant avec des *pure players*. Chacune de ces solutions pose diverses questions normatives auxquelles le régulateur doit apporter une réponse.

7. Le principe général est celui de la liberté d'organiser la distribution des produits d'une marque, sous réserve de ne pas porter atteinte à la concurrence intramarque ou intermarques. Une fois ce principe général posé, de nombreuses questions doivent encore être résolues :

- Les spécificités du commerce en ligne autorisent-elles les producteurs à appliquer des règles différentes de celles en vigueur dans le commerce physique ? Typiquement, un fabricant peut-il interdire la vente en ligne à ses distributeurs agréés ? Un producteur peut-il refuser de contracter avec des *pure players* ?
- Comment transposer sur Internet les critères de sélection imposés à un réseau en dur ?
- À quelle condition certaines différenciations entre magasins en dur et vente en ligne, par exemple sur le plan tarifaire ou des conditions d'approvisionnement, sont-elles justifiables ?
- Quelles clauses sont considérées comme des restrictions de concurrence caractérisées, et comment les adapter pour les rendre compatibles avec le droit de la concurrence le cas échéant ? ■

<sup>1</sup> E. Brynjolfsson, Y. J. Hu et M. D. Smith (2003), Consumer Surplus in the Digital Economy: Estimating the Value of Increased Product Variety at Online Booksellers, *Management Science*, *INFORMS*, vol. 49(11), pp. 1580-1596.

# Séminaire Philippe NASSE 2 juillet 2013

## Les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne

### PERSPECTIVES JURIDIQUES

Laurence IDOT

Professeur de droit, université Paris-II Panthéon-Assas, Paris

1. Le juriste est quelque peu embarrassé par ce sujet. Non seulement il existe désormais une vaste littérature tant juridique<sup>2</sup> qu'économique sur le commerce en ligne<sup>3</sup>, mais de plus, il travaille surtout sur les textes, la jurisprudence et la pratique décisionnelle. Or, s'agissant des textes, aucun élément nouveau n'est intervenu depuis le remplacement du règlement n° 2790/1999 par le règlement n° 330/2010<sup>4</sup> et l'adoption des nouvelles lignes directrices sur restrictions verticales, qui contiennent maintenant les développements bien connus sur la vente en ligne<sup>5</sup>. La jurisprudence et la pratique décisionnelle sont également limitées. Sans qu'il soit utile de refaire tout l'historique de l'évolution, il est possible de prendre comme point de départ de la réflexion l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne d'octobre 2011 dans la célèbre affaire *Pierre Fabre*<sup>6</sup>.

2. Le bilan n'est pas très riche. Au niveau de l'Union européenne peut être relevée une première décision de la Commission du 12 décembre 2012 qui accepte les engagements de quatre éditeurs dans l'affaire dite *e-Books*<sup>7</sup>, suivie d'une deuxième décision de juillet 2013 visant l'éditeur *Penguin*, dans cette même affaire<sup>8</sup>. Comme souvent maintenant, ce sont les autorités et juridictions nationales qui fournissent les éléments les plus intéressants.

En France, l'on dispose bien sûr de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 janvier 2013, toujours dans l'affaire *Pierre Fabre*<sup>9</sup>. Du côté de l'Autorité de la concurrence, l'on peut relever une décision de décembre 2012<sup>10</sup>, dans l'affaire *Bang et Olufsen* (ci-après, "B & O"), qui fait actuellement l'objet d'un recours. En définitive, c'est dans les avis rendus par l'Autorité que l'on trouve les éléments les plus nouveaux. L'on dispose de trois avis, le premier, l'avis 12 A-20, rendu à la suite d'une autosaisine, porte précisément sur l'évolution du commerce en ligne, ce qui explique qu'il ait été retenu comme point de départ de cette discussion<sup>11</sup>. Il faut y ajouter deux autres avis, le premier de décembre 2012<sup>12</sup> et le second d'avril 2013<sup>13</sup> sur la vente en ligne de médicaments non soumis à prescription.

Dans les autres États membres, si l'on omet les affaires connues et déjà anciennes<sup>14</sup>, peuvent être mentionnées les enquêtes lancées par l'OFT au Royaume-Uni<sup>15</sup>, en particulier celle qui a donné lieu à l'envoi d'une communication de griefs à *Booking.com*, *Expedia* et *Intercontinental Hotel*, qui met en cause des pratiques tarifaires sur l'usage de plateformes<sup>16</sup>. D'autres autorités nationales<sup>17</sup>, dont l'Autorité de la

2 V. not., pour un bilan avant l'adoption des textes de 2010, le colloque organisé par l'AFEC (5 octobre 2009), *Distribution et Internet, Concurrences* no 1-2010.

3 V. not., l'étude faite pour l'OCDE et les références citées, P. Buccirossi, *Vertical Restraints for on-line Sales*, OCDE, DAF/COMP(2013)1.

4 Règlement (UE) no 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, § 3, TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *JOUE*, no L 102, 23 avril 2010.

5 Lignes directrices sur les restrictions verticales, *JOUE*, no C 130, 19 mai 2010, pts 52 et s.

6 CJUE, 13 octobre 2011, aff. C-439/09, parmi les commentaires, en français, M. Behar-Touchais, *RDC*, 2012, p. 522 ; M. Debroux, *Concurrences* no 1-2012, p. 88 ; G. Demme, *JDE*, 2011, n° 184 pp. 297-298 ; D. Ferré, *Concurrences* no 1-2012, p. 117 ; D. Ferrier, *JCP* éd. G, 2011, no 51 p. 2529 ; L. Idot, *Europe*, 2011, comm. 471 ; J.-L. Lesquins et L. Ferchiche, *JCP* éd. E, 2011, no 43-44, pp. 9-11 ; P. Probs, *RDUE*, 2011, no 4, p. 741 ; C. Robin, *RLDC*, 2011, n° 28, p. 26, et 2012, no 30, p. 23 ; C. Vilmart, *JCP* éd. E, 2011, no 47, pp. 28-35 ; L. Vogel, *JCP* éd. E, 2012, no 11, p. 25.

7 Comm. eur., déc. 12 décembre 2012 (aff. COMP/39.847 — *E-BOOKS*), résumé publié, *JOUE*, no C 73, 13 mars 2013 ; v. not., *Concurrences* n° 2-2013, p. 68, obs. N. J.-D., V. Pironon, *Comm. com. élect.*, 2013, comm. 79.

8 Comm. eur., comm. art. 27, § 4, aff. COMP/39.747, *JOUE*, no C 112, 19 avril 2013, déc. 25 juillet 2013, IP/13/746.

9 CA Paris (pôle 5, ch. 5-7), 31 janvier 2013, disponible sur le site de l'Autorité ; v. not., *Concurrences*, n° 2-2013, p. 89, note A.-C. M. C. Vilmart, *JCP* éd. E, 2013, n° 8, p. 25, L. Idot, *Europe*, 2013, comm. 135, M. Malaurie-Vignal, *Con. conc. cons.*, 2013, comm. 76, M. Chagny, *Comm. com. élect.*, 2013, comm. 78, G. Amédée-Manesme, *JCP* éd. E, 2013, 1133.

10 Aut. conc., déc. 12-D-23, 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma ; *Concurrences*, n° 1-2013, p. 105, obs. D. L. F. M. Malaurie-Vignal, *Con. conc. cons.*, 2013, comm. 30, A. Mendoza-Caminade, *JCP* éd. E, 2013, 1202.

11 Aut. conc., avis 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique ; v. not., N. J.-D., *Concurrences*, n° 1-2013, p. 73, N. Pétrignet et J. d'Huart, *Con. conc. cons.*, 2012, alerte 65, M. Malaurie-Vignal, *Con. conc. cons.*, 2012, comm. 279, N. Kouchnir-Cargill et P. Reis, *RLDA*, 2012 n° 77, p. 31, M. Chagny, *Comm. com. élect.*, 2013, comm. 43, R. Christol, *RLDC*, 2013, n° 34, p. 21.

12 Aut. conc., avis 12-A-23 du 13 décembre 2012 relatif à un projet d'ordonnance et un projet de décret transposant la directive no 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 modifiant la directive no 2011/83/CE instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain (...); *adde*, V. Pironon, *Comm. com. élect.*, 2013, comm. 44.

13 Aut. conc., avis 13-A-12 du 10 avril 2013 relatif à un projet d'arrêté de la ministre des Affaires sociales et de la Santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique ; *adde*, M. Malaurie-Vignal, *Con. conc. cons.*, 2013, comm. 158.

14 V. not., les affaires analysées par R. Saint-Esteben, *Distribution, internet et la pratique décisionnelle récente des autorités de concurrence*, in *Distribution et Internet*, préc. ; *adde*, en Allemagne (*Ciba vision*, 2009) et aux Pays-Bas (*Groen Trend v. Atag Etna*, 2005).

15 V. sur le site de l'OFT, [www.offt.gov.UK/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98-current/electronic-platform-services](http://www.offt.gov.UK/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98-current/electronic-platform-services).

16 OFT, communiqué de presse, 31 juillet 2012, disponible sur le site de l'OFT.

17 V. également l'introduction de poursuites en Allemagne et en Suisse, MLex, 26 juillet 2013 et 29 août 2013.

concurrence, saisie par un syndicat hôtelier de pratiques similaires émanant des mêmes opérateurs en France, commencent à examiner le problème.

3. Le sujet imparti porte sur les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne. La difficulté est de déterminer à partir de quand il est possible de considérer qu'une pratique est nouvelle. La résistance de certains opérateurs à de nouvelles formes de commercialisation est une constante. Il suffit d'évoquer la fameuse affaire de la *dermopharmacie* qui a marqué les premiers jours du Conseil de la concurrence à peine créé<sup>18</sup>, sans oublier les innombrables affaires *Chapelle* qui ont encombré son rôle dans les années 1990. Certes, si l'on se reporte à l'avis 12-A-20, l'Autorité a identifié une évolution dans les pratiques de certains secteurs, en particulier un intérêt soudain pour la distribution sélective, ce qui n'était pas le cas auparavant. Mais nous sommes déjà au milieu de l'année 2013 et les données ont certainement déjà évolué depuis l'instruction. C'est sans doute dans les enquêtes en cours que l'on trouve le plus d'éléments véritablement nouveaux.

4. Quoi qu'il en soit, il n'est pas inutile de faire un bilan sur la situation en ce milieu de l'année 2013. Si l'on se limite à l'analyse strictement juridique, la problématique est constante. Le juriste est essentiellement confronté à deux séries de questions qui recouvrent des distinctions classiques. Il s'agit de déterminer jusqu'où doit aller l'encadrement tant de l'accès à la vente en ligne (I.) que de ses modalités (II.).

## I. L'encadrement de l'accès à la vente en ligne

5. L'idée de base qui anime les diverses autorités est identique. En l'état, les modes de distribution – en dur, et en ligne – sont complémentaires et cette complémentarité doit être préservée. Mais, à partir de là, le principe et les exceptions ont été inversés pour les deux problèmes apparus en pratique, ce qui n'est pas neutre et emporte des conséquences importantes quant à la charge de la preuve. Dans la première situation – possibilité d'interdire aux distributeurs existants de vendre en ligne –, le principe est l'interdiction de la pratique, laquelle peut être éventuellement justifiée (1.). À l'inverse, dans la seconde – possibilité d'exclure les *pure players* –, l'on admet la licéité de l'exclusion, sous réserve que cela ne porte pas atteinte à la concurrence (2.).

### 1. L'encadrement des interdictions pesant sur les distributeurs existants

6. Il est habituel de commencer l'analyse en rappelant la liberté dont jouissent les producteurs dans l'organisation de leur réseau<sup>19</sup>. Cela s'explique sans doute par le contexte dans lequel sont intervenues les premières décisions, mais cette approche est réductrice. En effet, le problème est plus général, et le recours à la vente en ligne peut se poser

18 Cons. conc., déc. 87-D-15, 9 juin 1987.

19 V. encore avis 12-A-20, pts 314 et s.

hors réseau<sup>20</sup>. Pour introduire un peu de nouveauté sur un sujet désormais bien connu, il est possible de mettre en parallèle la jurisprudence *Pierre Fabre* et le premier avis rendu par l'Autorité de la concurrence sur la vente en ligne de médicaments, de décembre 2012, sur les projets de texte transposant la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011<sup>21</sup>.

### 1.1. L'affirmation des solutions

7. Le contexte des deux affaires est de prime abord différent, puisque la distribution des médicaments est assurée hors de tout réseau, alors que Pierre Fabre a mis en place un réseau de distribution sélective. Cela explique que les interdictions de vente en ligne soient d'origine réglementaire pour les médicaments, tandis qu'elles sont d'origine conventionnelle pour les produits cosmétiques.

Cela étant, les auteurs des restrictions avancent ensuite un raisonnement identique pour les justifier, lequel est fondé dans les deux cas sur la nature du produit. S'agissant du projet de décret, le gouvernement a naturellement mis en avant des considérations de santé publique pour légitimer le fait que la vente en ligne, réservée aux pharmaciens inscrits en France, soit exclue pour les médicaments, en donnant une définition large de ces derniers. L'entreprise *Pierre Fabre* a, de même, soutenu que la nature des produits de dermopharmacie justifiait des conseils personnalisés qu'il n'était pas possible de rendre en cas de vente en ligne, ce qui revenait de fait à interdire ce mode de commercialisation aux distributeurs agréés<sup>22</sup>.

8. De même, malgré des fondements variables dus aux contextes distincts, les différents organes de contrôle sont parvenus à des solutions comparables.

S'agissant des projets de textes gouvernementaux, même si elle n'a pas été intégralement suivie à l'origine<sup>23</sup>, la position de l'Autorité a été très claire. L'interdiction de la vente en ligne ne devrait pouvoir jouer que pour les médicaments soumis à prescription médicale et être, en revanche, exclue pour tous les médicaments non soumis à prescription, qu'ils soient en accès direct ou derrière le comptoir. Partant du principe de liberté, l'Autorité a fait jouer de manière classique les deux tests de nécessité et de proportionnalité. Saisi sur le terrain de la légalité des textes, le Conseil d'État a confirmé cette analyse<sup>24</sup>.

20 V. par ex., sur la notion d'accord, où l'affaire *Bayer*, qui sert de référence, concerne les relations entre les fabricants pharmaceutiques et les grossistes répartiteurs, qui ne reposent pas sur un réseau de distribution.

21 Avis 12-A-23, préc.

22 V. la position identique du *Bundeskartellamt* en 2005, dans une affaire portant sur la commercialisation de lentilles de contact.

23 Le gouvernement a promulgué l'ordonnance no 2012-1427 du 19 décembre 2012, qui a introduit deux articles sur le commerce électronique par une pharmacie d'officine aux articles L. 5125-34 et L. 5125-36 du code de la santé publique. V. not., V. Siranyan, "La vente au public des médicaments par internet : une évolution inéluctable pour les pharmacies françaises", *Con. conc. cons.*, 2013, étude, n° 8.

24 CE, 14 février 2013, sur la suspension de la mesure ; *adde*, le commentaire de J.-L. Fourgoux, *RLDA*, avril 2013, no 4541 ; CE, 17 juillet 2013 (req. no 365 317, 366 195, 366 468, sur l'annulation de l'article L. 5125-34).

Dans l'affaire *Pierre Fabre*, alors que le Conseil de la concurrence, appuyé par la Commission<sup>25</sup>, s'était fondé sur l'interprétation du règlement n° 2790/99 pour voir, dans l'interdiction faite à un revendeur agréé d'avoir son propre site Internet, une restriction de vente passive, qui est une restriction caractérisée au sens de l'article 4 sous c) du règlement, la Cour de justice a suivi un raisonnement plus complexe. Prenant appui dans un premier temps sur la jurisprudence des années 1970-1980, elle s'est demandé si le système de distribution sélective était justifié, soit par la nature du produit, soit par l'image de luxe de ce dernier. Ayant répondu par la négative, elle a pu conclure que l'interdiction de vente en ligne était une restriction de concurrence par objet. S'interrogeant, dans un deuxième temps, sur le point de savoir si le contrat était couvert par une exemption par catégorie, elle a confirmé la qualification de restriction de vente passive et l'analyse de l'article 4 c) du règlement n° 2790/99 proposée par le Conseil et la Commission, tout en donnant par ailleurs une interprétation stricte à l'exception de la clause de localisation, dont elle a indiqué qu'elle ne pouvait jouer que pour le commerce physique<sup>26</sup>. Enfin, la Cour a rappelé, dans un troisième temps, que toute restriction de concurrence, y compris les restrictions par objet, pouvait bénéficier à titre individuel de l'article 101, § 3, TFUE si l'entreprise rapportait la preuve des quatre conditions, mais en l'absence d'éléments, et dans le cadre d'un recours sur question préjudicielle, il ne lui était pas possible d'aller plus loin.

9. Ces solutions ont été résumées dans la formule désormais célèbre : il est interdit d'interdire. En définitive, tout distributeur, qu'il soit ou non membre d'un réseau, doit pouvoir recourir à la vente en ligne. Les exceptions sont très limitées et ne peuvent porter en pratique que sur la vente de substances dangereuses pour des raisons de sécurité ou de santé<sup>27</sup>.

## 1.2. L'appréciation des solutions

10. Premier constat, cette jurisprudence a été naturellement confirmée. L'affaire *Pierre Fabre* est revenue devant la cour d'appel de Paris, qui a rendu son arrêt le 31 janvier dernier<sup>28</sup>. L'arrêt comporte deux parties. S'agissant de l'application de l'article 101, § 1, TFUE, l'analyse est naturellement reprise par la cour d'appel de Paris et il ne pouvait en être autrement. Non seulement les arrêts de la Cour de justice ont un effet *erga omnes*, mais, de plus, en l'espèce, la Cour de justice avait mentionné qu'elle donnait au juge du fond des éléments pour statuer. En revanche, tel n'était pas le cas sur l'application de l'article 101, § 3, TFUE. Sur ce point, l'arrêt est plus intéressant, car c'est la première fois que l'on a une analyse aussi fouillée sur le § 3 en France depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004. De plus, la cour d'appel de Paris, se fondant sur les lignes

directrices de la Commission de 2004<sup>29</sup>, fait une lecture plutôt innovante du texte à la lumière de la théorie des efficacités. Au final, le bénéfice de la dérogation est refusé.

Au-delà de la dermopharmacie, la solution a également été confirmée pour autre exclusion *de facto* dans l'affaire *Bang & Olufsen*, qui porte sur des produits de haute technicité, domaine dans lequel la distribution sélective a toujours été admise. À l'origine, la procédure avait été engagée à l'encontre de plusieurs fabricants de matériel hi-fi qui interdisaient à leurs distributeurs agréés de vendre sur Internet. Certains d'entre eux ont proposé des engagements qui ont été acceptés en 2006 par le Conseil de la concurrence<sup>30</sup>. À l'instar de *Pierre Fabre*, B & O a refusé. L'adoption tardive de cette nouvelle décision d'interdiction<sup>31</sup> s'explique par la suspension de l'instruction dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice. Elle fait actuellement l'objet d'un recours, ce qui justifie qu'elle ne soit pas examinée en détail. Il semble néanmoins que la difficulté concerne moins l'analyse juridique – très claire depuis l'arrêt *Pierre Fabre* – que les données factuelles : y avait-il vraiment en l'espèce une interdiction pesant pour les distributeurs agréés de vendre sur Internet ?

11. Deuxième constat, cette jurisprudence a été globalement mal perçue, mais il est possible de répondre aux principales critiques, qui, au demeurant, ne peuvent être adressées qu'à la Cour de justice, les autorités et juridictions nationales n'ayant désormais de marge de manœuvre que par rapport aux données factuelles.

Il a d'abord été reproché à la Cour d'avoir tenu un raisonnement fondé sur le principe de libre circulation<sup>32</sup>. Cette critique n'est pas déterminante. En premier lieu, elle n'est nullement choquante en droit de l'Union européenne, du fait du lien étroit qui a toujours existé entre le principe de libre circulation et le principe de concurrence. L'objectif d'intégration des marchés a longtemps prévalu sur l'objectif de régulation. En deuxième lieu, cette analogie est logique. Il est utile – et en cela la comparaison de l'affaire *Pierre Fabre* et des avis de l'Autorité est intéressante – que des contraintes réglementaires, traditionnellement contrôlées au regard du principe de libre circulation, et des contraintes conventionnelles, examinées au regard des règles de concurrence, soient assujetties à des exigences comparables et, en particulier, aux tests de nécessité et de proportionnalité.

De manière plus générale, de nombreux commentateurs ont soutenu que le raisonnement de la Cour de justice n'était pas conforme à l'analyse économique des restrictions verticales. L'impact sur la concurrence intermarques serait finalement limité, puisque la part de marché de *Pierre Fabre* est limitée à 20 % et que les autres fabricants ont ouvert leur réseau. Cela n'est pas davantage convaincant. La licéité du comportement d'une entreprise ne peut dépendre du fait que les autres entreprises aient accepté de modifier leurs pratiques. Par ailleurs, une part de marché de 20 %, au-delà

25 Cette dernière est, en effet, intervenue en tant qu'*amicus curiae* sur le fondement de l'article 15, § 3, du règlement no 1/2003. V. le texte de son intervention sur le site de la DG comp.

26 V. égal. en ce sens, Lignes directrices, préc., pt 57.

27 CJUE, 13 octobre 2011, préc., pt 60.

28 Préc.

29 JOUE, no C 101, 27 avril 2004.

30 Cons. conc., déc. 06-D-28, 5 octobre 2006.

31 Aut. conc., déc. 12-D-23, préc..

32 V. notamment L. Vogel, EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012, *JECLP*, 2012.

du seuil de sensibilité, n'est pas neutre. Enfin, il ne faut pas oublier la nature de la pratique. Il s'agit d'une restriction à l'utilisation d'un nouveau mode de commercialisation, traditionnellement condamnée.

12. En définitive, ne pouvant se fonder, sauf cas exceptionnels, sur la nature du produit pour exclure la vente sur Internet, certains fabricants ont décidé d'agir en amont en introduisant un critère fondé sur la qualité du distributeur, de manière à limiter l'accès des *pure players*.

## 2. L'encadrement des restrictions pesant sur les pure players

13. Pour certains produits, l'exclusion des *pure players* peut être justifiée. La décision est parfois prise par les autorités publiques. Un exemple est fourni par les textes récemment adoptés en France sur le commerce en ligne des médicaments non soumis à prescription<sup>33</sup> réservé aux seuls pharmaciens disposant déjà d'une officine, solution qui a été validée par le Conseil d'État<sup>34</sup>.

On ne s'intéressera à ce stade qu'aux restrictions d'origine conventionnelle. L'on assiste actuellement à un développement de la distribution sélective, y compris dans des secteurs qui n'y avaient pas traditionnellement recours. Le choix de ce mode d'organisation permet de limiter la vente par les *pure players* en introduisant dans les critères d'agrément la détention d'un magasin physique. Dans cette situation, les principes sont inversés par rapport à l'hypothèse précédente. L'on part d'une licéité de principe, mais qui connaît des limites.

### 2.1. La licéité de principe

14. La licéité de cette pratique, qui consiste à exiger la détention d'un point de distribution physique, est en principe admise. La Commission le dit dans ses lignes directrices<sup>35</sup> et le Conseil de la concurrence l'a décidé dans l'affaire *Festina*, dont la solution a été confirmée par la cour d'appel de Paris<sup>36</sup>. La solution a été reprise plus récemment par l'Autorité dans l'avis sur le commerce en ligne<sup>37</sup>. L'idée est notamment de garantir une certaine symétrie entre les distributeurs du réseau et de lutter contre le parasitisme, ou encore d'assurer un maillage territorial des points de vente physiques, qui soit satisfaisant<sup>38</sup>.

33 Arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, qui détaille les conditions exigées des pharmaciens qui veulent ouvrir un site de vente en ligne, *JORF* no 144, 23 juin 2013, p. 10446.

34 CE, 17 juillet 2013, préc.

35 Préc., pt 54.

36 V., dans l'affaire des montres *Festina*, Cons. conc., déc. 06-D-24, 24 juillet 2006, et sur recours, CA Paris, 16 octobre 2007. V. égal. déc. 06-D-28 et 07-D-07.

37 Préc., pts 330 et s. Ces dernières renvoient également à d'anciennes prises de position de la Commission, notamment dans les affaires *Yves Saint-Laurent Parfums* (IP/01/173, 17 mai 2001), et *B & W Loudspeakers* (IP/02/916, 21 juin 2002).

38 *Idem*, pts 341 à 343.

En pratique, deux catégories de distributeurs mixtes existent, comme l'a montré notamment l'enquête de l'Autorité. Dans le secteur de l'électroménager, de gros distributeurs traditionnels se sont diversifiés en ouvrant, parallèlement à leurs magasins physiques, un site de vente en ligne, mais l'on trouve également des *pure players*, qui disposent de moyens suffisants, pour ouvrir le point de vente physique nécessaire à l'entrée dans le réseau.

15. Pour éviter le contournement de l'exigence de détention d'un point de vente physique, les fabricants peuvent être tentés de procéder à ce que l'avis sur le commerce en ligne nomme "*le renforcement des exigences relatives au point de vente physique*". Différentes modalités peuvent être envisagées.

Elles peuvent porter sur la détention du magasin *stricto sensu*. Le fabricant peut introduire une exigence temporelle, soit détenir le magasin depuis un certain temps, ou encore une exigence quantitative<sup>39</sup>, soit détenir non plus un seul magasin, mais plusieurs<sup>40</sup>. En principe, ces restrictions sont licites<sup>41</sup>, la Commission précisant, dans les lignes directrices, "*un ou plusieurs points de vente*"<sup>42</sup>.

Elles peuvent porter également sur l'activité réalisée dans ce magasin en dur. La pratique la plus répandue consiste à exiger qu'une certaine proportion des ventes soit réalisée hors ligne. Pour la Commission, une telle pratique est licite, qu'elle soit stipulée en volume ou en valeur, et peut être déterminée de manière identique pour tous les distributeurs, ou arrêtée de manière individuelle<sup>43</sup>. Une variante, plus problématique, consiste à demander une répartition du chiffre d'affaires entre les ventes en ligne et les ventes hors ligne, sous réserve que cela ne limite pas la part des ventes réalisées par Internet. Pour assurer le contrôle de ces mesures, des clauses de remontée d'informations sur les ventes Internet sont fréquemment insérées. Elles peuvent soulever également des difficultés, en particulier lorsque le fabricant exploite parallèlement son propre site Internet<sup>44</sup>.

16. Contrairement à ce qui a été parfois affirmé<sup>45</sup>, l'Autorité ne remet pas en cause la possibilité d'exiger la détention d'un point de vente physique. Simplement, la licéité d'une pratique n'est jamais absolue et connaît des limites en fonction des circonstances.

### 2.2. Les limites de la solution

17. Jusqu'à présent, l'on disposait de peu d'éléments en dehors des décisions d'engagements adoptées par le Conseil de la concurrence. La donnée nouvelle résulte de l'avis sur le

39 Avis 12-A-20, pt 285.

40 *Idem*, pt 286.

41 *Idem*, pt 347.

42 Lignes directrices, préc., pt 54.

43 *Idem*, pt 52, sous c).

44 Avis, préc., pts 359 et 360.

45 Y. Utzschneider, in *Concurrence, distribution et entreprises : quelles difficultés pratiques et contentieuses ? Comment les gérer ? in Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence, RLDA*, juin 2013, supp. au no 83, pp. 36-37.



commerce électronique qui a pu être interprété comme un avertissement lancé aux opérateurs<sup>46</sup>. En effet, l'avis insiste sur le fait que cette faculté peut être remise en cause si les exigences apparaissent injustifiées et si elles restreignent la concurrence<sup>47</sup>, ce qui a suscité des interrogations de la part des opérateurs. Le problème, semble-t-il, se dédouble.

**18.** Il faut d'abord s'interroger sur le point de savoir si le recours à la distribution sélective est licite. De manière traditionnelle, si toutes les conditions posées par la Cour de justice dans l'arrêt *Metro I*<sup>48</sup> sont remplies, l'on considère que la distribution sélective purement qualitative échappe à l'interdiction de l'article 101, § 1, TFUE. Cela étant, il ne faut pas oublier les conditions préalables d'applicabilité, à savoir que le recours à ce mode de distribution ne peut pas être généralisé et doit être justifié par la nature du produit (produits de luxe ou de haute technicité). Or, ce critère ne semble pas rempli pour certains produits pour lesquels des fabricants ont manifesté un intérêt récent pour la distribution sélective. Le recours à la distribution sélective est dès lors restrictif de concurrence, mais il peut bénéficier de la zone de sécurité mise en place par les règlements d'exemption par catégorie qui se sont succédés, si les conditions en sont remplies, ce qui suppose l'absence de restrictions caractérisées et le non-franchissement du seuil – ou maintenant des seuils – en part de marché. Cette analyse tout à fait classique a été suivie par le Conseil de la concurrence dans les décisions d'acceptation d'engagements de 2006<sup>49</sup>.

Reste ensuite le problème de la non-application ou du retrait du bénéfice du règlement en cas d'effet cumulatif. Certes, jusqu'à présent, la théorie n'a joué que pour des contrats d'approvisionnement exclusif, mais elle pourrait très bien s'appliquer également à la distribution sélective. Au moment de l'examen des décisions de la Commission dans le secteur des parfums par le Tribunal au milieu des années 1990, cette question avait pu être envisagée.

**19.** Il faut ensuite se demander si la détention d'un magasin physique ainsi que toutes les exigences qui visent à éviter le contournement de cette condition sont bien justifiées et proportionnées. En effet, il ne faut pas que le recours à de la distribution sélective s'avère un moyen détourné d'exclure une nouvelle forme de commercialisation. La Cour de justice l'avait indiqué dès l'arrêt *AEG* de 1983<sup>50</sup> et le Tribunal l'a rappelé dans l'affaire *Vichy*<sup>51</sup> en 1996 à propos de la dermopharmacie. En d'autres termes, l'on retrouve les tests habituels de nécessité et de proportionnalité.

Les éléments à prendre compte sont à la fois multiples et variables en fonction des cas d'espèce : attractivité des produits couverts, difficultés à ouvrir un magasin physique<sup>52</sup>...

<sup>46</sup> M. Chagny, Distribution sélective et Internet : Développements récents en droit de la concurrence, *Rev. jurisp. com.*, mars/avril 2013, p. 147.

<sup>47</sup> Avis préc., pts 333 et 334.

<sup>48</sup> V. le rappel opéré dans l'arrêt *Pierre Fabre*, préc.

<sup>49</sup> Cons. conc., déc. 6-D-24, 6-D-28, préc., et 7-D-07, 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

<sup>50</sup> CJCE, 25 octobre 1983, aff. 107/82.

<sup>51</sup> TPICE, 12 décembre 1996, aff. T-19/91.

<sup>52</sup> *Idem*, pts 335 à 347.

L'exigence de plusieurs magasins et l'addition d'objectifs de vente renforcent naturellement les effets restrictifs éventuels<sup>53</sup>. Plus les conditions sont multipliées par le fabricant et plus il sera difficile de remplir le test de proportionnalité. De plus, là encore, il ne faut pas oublier l'effet cumulatif de réseaux similaires<sup>54</sup>.

**20.** Le message de l'Autorité est clair. Si, au terme d'une analyse individuelle, cette exigence n'était pas justifiée, le retrait de l'exemption pourrait être envisagé<sup>55</sup>.

Cette approche multicritère a été critiquée au motif qu'elle engendrait une insécurité juridique et était susceptible d'accroître le contentieux<sup>56</sup>. La critique est excessive. D'une part, lorsque le Conseil de la concurrence a admis l'exigence de détention d'un point de vente physique, il l'a fait au regard des circonstances de l'espèce. L'on ne peut nullement en déduire qu'il a posé une règle générale admettant dans toutes les situations cette restriction. D'autre part, les entreprises ne peuvent vouloir gagner sur tous les tableaux. Dans ce cas de figure, au lieu de qualifier la restriction de restriction par objet, l'Autorité retient finalement une analyse par les effets, laquelle est en général précisément réclamée par les entreprises. L'insécurité juridique est inhérente à cette analyse. C'est au demeurant un raisonnement comparable qui est suivi s'agissant de l'encadrement des modalités de la vente en ligne.

## II. L'encadrement des modalités de la vente en ligne

**21.** Les questions sont multiples et il n'est pas possible de toutes les envisager<sup>57</sup>. Mais de manière schématique, l'on peut distinguer les conditions requises des distributeurs pour l'utilisation des sites (1.) des conditions que les producteurs imposent quant à la fourniture de leurs produits (2.).

### 1. Les conditions liées à l'utilisation des sites

**22.** Dans l'avis 12-A-20, ces conditions sont examinées en liaison avec l'accès à Internet<sup>58</sup>, car elles ont été identifiées chez des fabricants qui avaient recours à la distribution sélective. Elles peuvent toutefois exister en dehors d'un tel système<sup>59</sup> et ne concernent pas uniquement les *pure players*. Il s'agit d'exigences indistinctement applicables à tous les distributeurs qui souhaitent avoir recours à Internet pour

<sup>53</sup> *Idem*, pt 338.

<sup>54</sup> *Idem*, pt 340, qui renvoie au pt 179 des lignes directrices de la Commission.

<sup>55</sup> Avis 12-A-20, pt 333, qui renvoie au pt 176 des lignes directrices de la Commission.

<sup>56</sup> V. par ex., Y. Utzschneider, article précité note 44.

<sup>57</sup> Sur la vente en ligne par les pharmaciens, v. l'avis 13-A-12, qui condamne l'interdiction envisagée par un arrêté du ministre des Affaires sociales de vendre sur le même site des médicaments et des produits cosmétiques, ainsi que l'obligation d'avoir les mêmes locaux de stockage.

<sup>58</sup> Avis préc., pts 289 et s.

<sup>59</sup> Sur l'hypothèse des contraintes réglementaires, v. arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, préc.

commercialiser les produits. Elles varient naturellement suivant le secteur d'activité, mais les conditions générales, requises pour la grande majorité des produits, peuvent être isolées de certains cas particuliers.

## 1.1. Les conditions générales

23. La Commission admet que le *“fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet, comme il le ferait pour un magasin”*<sup>60</sup>. Elle affirme ensuite un principe d'équivalence, en ce sens que les conditions imposées à la vente en ligne ne sont pas nécessairement celles imposées à la vente hors ligne, sous réserve qu'elles doivent *“poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables”*<sup>61</sup>. Ces règles sont rappelées dans l'avis 12-A-20<sup>62</sup>. Plus que les principes, leur mise en œuvre peut s'avérer délicate. La Commission se borne à donner deux exemples, mais des éléments peuvent être tirés de la pratique décisionnelle antérieure, ainsi que de l'avis 12-A-20.

24. Certaines conditions sont liées à l'offre des produits. Tel est le cas des normes de qualité requises pour le site, de la charte graphique, de la représentation visuelle des produits en ligne qui doit être compatible avec l'image de marque du produit, de l'exigence d'un univers dédié. Les solutions adoptées dans le cas particulier de la vente de produits dermatopharmaceutiques sont simplement rappelées dans l'avis<sup>63</sup>.

Se rattache également à l'offre l'encadrement des mesures auxquelles le distributeur peut avoir recours pour la promotion du produit, qu'il s'agisse de la publicité, de l'achat et de l'utilisation des mots-clés aux fins de référencement<sup>64</sup>. Toujours dans la ligne de la décision n° 07-D-07, l'Autorité confirme que des clauses visant à interdire aux distributeurs d'utiliser la dénomination sociale ou la marque du fabricant comme mot-clé dans les moteurs de recherche sont disproportionnées<sup>65</sup>.

25. D'autres conditions portent sur l'acte d'achat.

En amont de l'acte d'achat se pose la question des prestations de conseil et d'assistance. Il est possible de requérir du distributeur la mise en place d'un système permettant de répondre aux demandes des clients par e-mail ou téléphone. Dans certains cas, comme pour les produits cosmétiques, le conseil doit être assuré par une personne diplômée. Dans d'autres, le fabricant peut exiger que l'acheteur potentiel se rende dans un point de vente physique pour obtenir un conseil supplémentaire<sup>66</sup>. L'exemple extrême a été fourni par la décision 06-D-28, où a été admis le fait que le client doive justifier avoir assisté à une démonstration du produit pour pouvoir l'acheter en ligne.

60 Lignes directrices, pt 54, 1<sup>re</sup> ligne.

61 *Idem*, pt 56.

62 Avis, préc., pts 349 et s.

63 *Idem*, v., pour la pratique des fabricants, pts 289 et s., et, pour l'analyse juridique, pt 351, qui renvoie à la décision 07-D-07.

64 *Idem*, pts 298 et s.

65 *Idem*, pts 356 à 358.

66 *Idem*, pts 303 à 306.

S'agissant de l'acte d'achat *stricto sensu*, à l'instar de la Commission<sup>67</sup>, l'Autorité admet l'utilité de la clause qui limite le nombre de produits vendus au consommateur pour éviter le développement du commerce parallèle<sup>68</sup>, tandis que la Commission fait une allusion à l'existence de contraintes spécifiques pour l'application de systèmes de paiements sécurisés.

La dernière série de conditions porte fréquemment sur la livraison du produit et les services après-vente. La Commission donne notamment l'exemple des délais de livraison qui peuvent être imposés pour la vente en ligne, mais d'autres modalités sont parfois requises par les fabricants. Enfin, le service après-vente doit également être assuré, ce qui peut à nouveau justifier l'existence de services spécifiques, comme la présence d'une *hot-line*<sup>69</sup>.

26. Le raisonnement est toujours le même. L'imposition de ces standards de qualité doit être nécessaire et proportionnée eu égard aux spécificités du produit en cause.

## 1.2. Les cas particuliers

27. Un premier problème concerne tous les fabricants, puisqu'il porte sur l'imposition de conditions liées à l'utilisation de plateformes tierces. La Commission admet que le fabricant peut réglementer les conditions d'accès à la plateforme et notamment imposer le respect des normes et conditions convenues pour un site propre, ce qui peut conduire à interdire que les clients accèdent au site du distributeur *via* un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce<sup>70</sup>.

La question se pose de savoir si le fabricant peut aller plus loin et refuser que ses distributeurs agréés soient présents sur des sites de place de marché. Le Conseil l'a admis dans la décision sur les cosmétiques, mais uniquement parce qu'en l'espèce et à l'époque, les plateformes n'apportaient pas de garanties suffisantes<sup>71</sup>.

28. La vente en ligne des médicaments, visée par l'avis 13-A-12, fournit un exemple sectoriel intéressant de contraintes excessives. Examinant le projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, l'Autorité a identifié pas moins de quatre séries de restrictions qui soulevaient de réels problèmes.

S'agissant des conditions de l'offre, le projet d'arrêté du ministre des Affaires sociales envisageait, en effet, d'interdire aux pharmaciens de proposer médicaments et produits de parapharmacie sur le même site. À l'inverse, il prévoyait l'obligation d'utiliser les mêmes locaux de stockage pour les médicaments délivrés en officine et ceux vendus sur Internet. L'Autorité a émis des réserves sur ces deux restrictions.

67 Lignes directrices, pt 56 *in fine*.

68 Avis, pt 353.

69 Lignes directrices, pt 56 *in fine*; avis, pts 307 à 309 et 352.

70 Lignes directrices, pt 54 *in fine*.

71 Cons. conc., déc. 07-D-07, § 100 et s.

S'agissant des relations avec le client, l'Autorité a également remis en cause l'obligation pour l'acheteur de remplir pour chaque commande un questionnaire de santé. Un tel questionnaire peut s'avérer nécessaire lors du premier achat, mais l'exiger à chaque fois devient disproportionné. Enfin, et de manière logique, l'Autorité a condamné l'atteinte à la liberté tarifaire des pharmaciens, le projet d'arrêté leur imposant de pratiquer les mêmes prix sur Internet et dans leur officine. Ces deux restrictions ont disparu de l'arrêté définitif. Le client donne les renseignements lors de l'ouverture d'un compte et le pharmacien conserve sa liberté de fixer les prix.

## 2. Les conditions relatives à la fourniture des produits

29. L'avis 12-A-20 a également montré que les fabricants pouvaient également être tentés d'intervenir sur la fourniture des produits. En schématisant, l'on peut distinguer des pratiques de différenciation (2.1.) des pratiques d'alignement (2.2.).

### 2.1. Les pratiques de différenciation

30. Ces pratiques de différenciation sont elles-mêmes variées, car elles peuvent porter sur différents éléments, comme les produits, les conditions d'approvisionnement<sup>72</sup>. La liberté du fabricant trouve alors une limite dans le fait que la différenciation ne doit pas conduire à un refus de fourniture susceptible d'être qualifié de pratique anticoncurrentielle. En dehors de l'hypothèse rare de l'abus de position dominante, sur le terrain du droit des ententes, tout dépend du cadre juridique mis en place, lequel doit être le plus souvent analysé à la lumière du règlement n° 330/2010<sup>73</sup>.

Dans l'avis 12-A-20, l'Autorité s'est surtout intéressée aux pratiques de différenciation tarifaire en reprenant une distinction entre deux types de différenciation tarifaire.

31. La différenciation tarifaire peut être opérée par les fabricants entre les différentes catégories de distributeurs, par exemple entre les *brick and mortars*, les *click and mortars* et les *pure players*. Deux difficultés de l'analyse doivent être relevées : d'une part, la jurisprudence concerne principalement l'application de l'article 102 TFUE, ce qui est une situation exceptionnelle ; d'autre part, en France, il faut tenir compte de l'incidence du titre IV sur les pratiques restrictives.

Hors le cas de l'abus de position dominante, la pratique de différenciation est en principe licite, sauf si elle peut tomber sous la qualification d'entente. Indépendamment de la condition relative à l'existence du concours de volontés entre le fabricant et les distributeurs, encore faudrait-il démontrer que l'ampleur du différentiel a des effets anticoncurrentiels. Dans le cadre d'une action éventuelle, il faudrait également examiner la justification des remises et leur caractère proportionné<sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Avis, pts 268 et s.

<sup>73</sup> *Idem*, pts 239 à 248.

<sup>74</sup> *Idem*, pts 255 à 257.

32. Une autre hypothèse concerne la différenciation à l'égard d'un même opérateur entre les canaux pour les ventes en ligne et les ventes hors ligne. La Commission a pris position dans les lignes directrices<sup>75</sup>. Le principe est celui de l'interdiction de ces pratiques de double prix, lesquelles sont qualifiées de restrictions caractérisées<sup>76</sup>.

Deux tempéraments peuvent néanmoins être envisagés. La Commission n'exclut pas le principe d'une redevance fixe payée par l'acheteur pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne<sup>77</sup>. Il faut toutefois veiller à ce que le système mis en place ne vise pas à dissuader les ventes en ligne, comme le rappelle l'Autorité<sup>78</sup>. De plus, à supposer que la différenciation soit jugée restrictive de concurrence, le fabricant pourrait encore essayer de la justifier pour bénéficier de l'article 101, § 3, TFUE, en démontrant par exemple que les ventes en ligne engendrent pour lui des coûts plus importants<sup>79</sup>.

33. Une fois, de plus, tout dépend des circonstances d'espèce. En dehors du fait que ces pratiques de différenciation ne peuvent être appréhendées que si elles répondent à la qualification d'une pratique anticoncurrentielle, l'Autorité constate simplement qu'en incitant les distributeurs à proposer des services valorisés, de telles pratiques peuvent s'avérer bénéfiques, mais encore faut-il qu'elles soient justifiées et qu'elles ne conduisent pas à l'éviction des *pure players*<sup>80</sup>.

### 2.2. Les pratiques d'alignement

34. D'autres pratiques tarifaires ont retenu récemment l'attention. Il s'agit de clauses dites "de parité", parfois appelées clauses de la nation la plus favorisée (dites "NPF" ou plus fréquemment, en anglais, "MFN")<sup>81</sup>. On parle également de clauses APPA (*across-platform parity agreements*). La pratique ne fait que s'adapter, car, dans l'affaire *Hoffman-Laroche*, la Cour de justice avait déjà jugé contraire à l'article 86 du traité de Rome, devenu 102 TFUE, la clause dite "anglaise" insérée par le groupe suisse en position dominante dans ses contrats d'approvisionnement exclusif, qui libérait le client de son obligation de fourniture si *Hoffman-Laroche* refusait de s'aligner sur le prix inférieur pratiqué par un concurrent de cette dernière<sup>82</sup>. Ce type de stipulations contractuelles, dans le contexte particulier du commerce en ligne, a été examiné dans deux séries d'affaires qui sont encore partiellement en cours : l'affaire *e-Books*, d'une part, l'affaire *Booking.com*, d'autre part.

35. Dans l'affaire *e-Books*, pour réagir à la pression concurrentielle d'Amazon sur le livre électronique, marquée par le lancement du Kindle, les principaux éditeurs se sont

<sup>75</sup> Lignes directrices, pt 52, sous d) et pt 64

<sup>76</sup> Avis, pt 258.

<sup>77</sup> Lignes directrices, pt 52 sous d) *in fine*.

<sup>78</sup> Avis, pts 262 à 264.

<sup>79</sup> Lignes directrices, pt 64.

<sup>80</sup> Avis, pts 265 à 269.

<sup>81</sup> Cette terminologie est à bannir s'agissant de contrats entre entreprises, même si elle s'est imposée en pratique, du fait de son utilisation outre-Atlantique.

<sup>82</sup> CJCE, 13 février 1979, aff. 85/76, *Rec.*, p. 461 ; sur la clause anglaise, v. pts 102 et s.

concertés pour proposer à Apple un schéma contractuel fondé sur le modèle d'agence. Indépendamment de l'incidence, dans certains États membres, des réglementations sur le prix unique du livre, un tel système présente l'avantage pour les éditeurs de contrôler le prix de revente. Les accords prévoyaient également la rémunération d'Apple, sous forme d'une commission de 30 % en tant qu'agent. Ils comportaient enfin une clause dite "NPF" (sic), selon laquelle l'éditeur était tenu de s'aligner dans l'iBookstore d'Apple sur les prix de détail inférieurs pratiqués par d'autres revendeurs.

La Commission a émis des préoccupations de concurrence qui ont conduit Apple et quatre éditeurs à prendre des engagements qui ont été acceptés par la première décision du 12 décembre 2012 et qui aboutissent notamment à la suppression de la clause dite "NPF". Des engagements similaires viennent d'être adoptés par l'éditeur Penguin en juillet 2013<sup>83</sup>.

36. La situation est particulière. Il ne s'agit pas d'une simple relation verticale entre un fabricant et son revendeur, mais d'un faisceau de relations verticales conçues sur le même modèle qui s'ajoute à une concertation horizontale. S'agissant de la relation verticale, l'interdiction de prix imposés ne trouve, en principe, pas à s'appliquer puisque l'on est en présence d'un contrat d'agence, sauf à requalifier le contrat et à le considérer comme un "faux" contrat d'agence, ce qui, compte tenu de la puissance d'Apple, et du montant de sa commission, aurait pu certainement être envisagé.

Qualifier la clause de parité de clause NPF est non seulement impropre sur le plan terminologique, mais également sur le plan juridique. Il ne s'agit pas d'une véritable clause du client le plus favorisé, puisque les parties ne s'engagent pas sur le prix d'une transaction qui intervient entre eux. L'on est sur un marché biface, puisque le client final passe par l'intermédiaire plateforme, en l'occurrence l'iBookstore. Quoi qu'il en soit, la clause de parité soulève une réelle difficulté, puisqu'aucun distributeur n'aurait pu vendre d'*e-books* à des prix plus bas qu'Apple. L'on comprend que la Commission ait négocié sa suppression.

37. L'affaire *Booking.com/Expédial/Intercontinental* est encore moins avancée sur le plan procédural. L'OFT a envoyé une communication des griefs à l'encontre des deux opérateurs de plateformes, qui concluent avec le groupe d'hôtels, Intercontinental, des accords contenant des clauses APPA aux termes desquelles les hôtels de cette chaîne ne peuvent pas vendre leurs chambres à des prix plus faibles sur d'autres plateformes en ligne.

À la différence de l'affaire *e-Books*, il n'y a plus vraiment de concurrence entre un produit traditionnel et un nouveau produit. Dans la réservation des chambres d'hôtel, le nouveau format a nettement pris l'avantage. Il ne semble pas y avoir de concertation horizontale entre les entreprises qui ont recours aux plateformes pour écouler leurs produits. Les problèmes de concurrence concernent plutôt les relations horizontales entre les plateformes. L'Autorité ayant été saisie d'une affaire similaire impliquant ces plateformes, de même que les autorités allemande et suisse, il sera intéressant de comparer les résultats.

38. L'analyse économique de ces clauses, du moins dans le contexte du commerce en ligne, en est à ses débuts<sup>84</sup>. Il est avancé que ces clauses pourraient être justifiées pour permettre de développer les investissements importants nécessaires au déploiement des plateformes, mais elles peuvent avoir de sérieux effets négatifs sur la concurrence, en particulier entre les plateformes. Elles constituent par ailleurs d'importantes barrières à l'entrée.

39. Il ne fait pas de doute que les données évolueront très vite et que de nouveaux problèmes devront être tranchés. Les textes en droit des pratiques anticoncurrentielles sont heureusement rédigés de manière assez générale pour s'adapter aux nouvelles données et les autorités de concurrence, quelles qu'elles soient, veilleront certainement à ce que le commerce en ligne ne soit pas entravé par des pratiques injustifiées<sup>85</sup>. ■

83 Déc. préc., 12 décembre 2012 et 25 juillet 2013.

84 V. P. Buccrossi, préc., et l'intervention de P. Rey, *infra*.

85 Ces clauses soulèvent également des difficultés au regard du titre IV sur les pratiques restrictives. V. sur ce point, en dernier lieu, l'avis de la CEPC n° 13-10 du 16 septembre 2013 sur les relations commerciales des hôteliers avec les entreprises exploitant les principaux sites de réservation hôtelière. Les clauses de parité sont jugées contraires à l'442-6-II-d.c.com..

## PERSPECTIVES ÉCONOMIQUES DE L'ESSOR DE LA VENTE EN LIGNE

Patrick REY

Professeur d'économie, université de Toulouse – TSE, Toulouse

1. L'arrivée de la vente en ligne en tant que nouveau canal de distribution entraîne deux implications majeures. Premièrement, elle amène les fabricants à s'interroger sur l'articulation de la distribution de leurs produits entre les réseaux physique et en ligne, d'une part, à cause du renforcement de la concurrence intramarque et, d'autre part, à cause de l'asymétrie entre ces deux canaux en termes de services de distribution (information, démonstration, service après-vente, etc.). Deuxièmement, l'essor de la vente en ligne a augmenté le recours aux accords de parité de prix, selon lesquels le prix du produit d'une marque donnée, chez un distributeur donné, est lié à celui des marques concurrentes chez le même distributeur ou à celui du même produit chez les autres distributeurs. Cela pose la question du modèle de relation entre les producteurs et les distributeurs, notamment son basculement du modèle de distribution classique à celui de l'agence, où les plateformes de distribution perçoivent une commission par transaction effectuée mais laissent le producteur fixer le prix de vente final.

### I. L'articulation entre le réseau physique et la distribution en ligne

#### 1. Le rôle de la concurrence intramarque sur l'intensité concurrentielle de l'ensemble de la chaîne

2. En premier lieu, le succès de la distribution en ligne entraîne une augmentation de la concurrence intramarque, c'est-à-dire entre distributeurs des produits d'une même marque, et modifie la coordination verticale entre producteurs et distributeurs. En principe, le producteur peut fixer un prix de vente désiré, par exemple en ajustant le prix de gros, et récupérer tout ou partie des profits à travers des droits de franchise ou des commissions imposées aux distributeurs. En cas de fort pouvoir de marché en aval, par exemple, le fabricant pratiquera un prix de gros peu élevé, afin d'éviter une double marge sur ses produits, et récupérera ses profits à travers un droit de franchise élevé. *A contrario*, en cas de forte concurrence intramarque, il pratiquera un prix de gros élevé de façon à maintenir un prix de détail élevé, qu'il compensera par une réduction du droit de franchise. Dans les deux cas, l'essentiel pour le fabricant est de garantir que le prix payé par le consommateur corresponde au prix de "monopole intégré", qui maximise le profit de l'ensemble de la chaîne (producteur et distributeur). Une augmentation de la concurrence intramarque

peut ainsi conduire à une modification des relations tarifaires entre le producteur et ses distributeurs, sans que le consommateur bénéficie d'une baisse des prix.

3. Il existe toutefois des limites à la possibilité de contrôle des prix par le producteur. Premièrement, Jean Tirole et moi-même (*AER* 1986)<sup>1</sup> avons montré que lorsque les distributeurs disposent de plus d'informations que le producteur au niveau local, par exemple sur les coûts de distribution ou sur le niveau de la demande, ou lorsque les distributeurs font face à une incertitude sur ces mêmes conditions de vente, il peut être difficile pour le producteur de contrôler parfaitement le prix de vente de ses produits, et le choix de la structure de tarification peut être biaisé vers une limitation de l'intensité concurrentielle. Dans un autre article, Hart et Tirole (*Brookings* 1990)<sup>2</sup> ont montré qu'une forte concurrence en aval (entre distributeurs) pouvait diminuer le pouvoir de marché des fabricants. Si un fabricant doit négocier avec des franchisés potentiels pour la distribution de ses produits, celui-ci a intérêt à promettre un fort pouvoir de marché à chaque franchisé avec lequel il contracte, tout en cherchant à augmenter le nombre de contrats de franchise de façon à accroître son profit. Anticipant ces deux intérêts antagonistes, le franchisé n'acceptera de payer le prix fort auprès du fabricant que si ce dernier parvient à s'engager de manière crédible à octroyer un pouvoir de marché élevé au franchisé. Ce même raisonnement peut s'appliquer à l'ensemble des conditions tarifaires entre les fabricants et les distributeurs.

4. Par ailleurs, le mécanisme simple décrit précédemment, permettant à un fabricant de contrôler de fait le prix de vente de ses produits, n'implique pas que la concurrence intramarque n'a aucun effet sur le sort des consommateurs. La situation est en effet différente lorsque l'on prend en compte l'impact de la concurrence intramarque sur le niveau de concurrence intermarques, c'est-à-dire entre les différentes marques présentes sur un marché de produits donné. Selon les travaux menés avec Joseph Stiglitz (1988 et 1995)<sup>3</sup>, ainsi qu'un article de Bonanno et Vickers (1988)<sup>4</sup>, une

<sup>1</sup> P. Rey et J. Tirole (1986), The Logic of Vertical Restraints, *The American Economic Review*, vol. 76, no 5, pp. 921-939.

<sup>2</sup> O. Hart et J. Tirole (1990), Vertical Integration and Market Foreclosure, *Brookings Papers on Economic Activity* (Microeconomics), pp. 205-285.

<sup>3</sup> P. Rey et J. Stiglitz (1988), Vertical restraints and producers' competition, *European Economic Review*, Elsevier, vol. 32(2-3), pp. 561-568. P. Rey et J. Stiglitz (1995) The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition, *The RAND Journal of Economics*, vol. 26(3), pp. 431-451.

<sup>4</sup> G. Bonanno et J. Vickers (1988), Vertical Separation, *The Journal of Industrial Economics*, vol. 36, no 3, pp. 257-265.

intensification de la concurrence intramarque implique une concurrence plus directe et plus “frontale” entre les marques vis-à-vis des consommateurs. Ce dernier article montre que lorsque l’on impose une séparation verticale, on passe d’une concurrence directe et frontale entre structures intégrées à une concurrence indirecte et, de ce fait, moins intense entre marques rivales. Les travaux avec Stiglitz portent sur la concurrence entre réseaux de franchises, où les produits de différents fabricants sont distribués par des réseaux d’enseignes monomarkes, ce qui correspond par exemple au mode de distribution des concessionnaires automobiles, tout du moins jusqu’à récemment. Ces travaux montrent que l’on réduit l’intensité de la concurrence en aval ; on passe là encore d’une concurrence assez frontale entre marques rivales à une concurrence indirecte et moins intense. En effet, si un fabricant augmente ses prix, cette hausse sera répercutée par ses propres distributeurs, atténuant de ce fait la pression concurrentielle exercée sur les distributeurs des marques concurrentes ; en l’absence de forte concurrence intramarque entre ces derniers, ils auront tendance à “accompagner” la hausse de prix initiale, en augmentant à leur tour les prix des marques rivales, encourageant ainsi le premier fabricant à hausser ses prix. À titre d’exemple, on peut citer le marché de la bière au Royaume-Uni où, historiquement, les brasseurs ont longtemps été propriétaires des pubs, et distribuaient quasi exclusivement leurs propres bières dans leurs pubs ; il y avait alors concurrence directe entre brasseurs pour attirer les clients dans leurs pubs. Les *Beer Orders* de 1989 ont imposé une séparation verticale entre les brasseurs et les pubs, conduisant de ce fait à une concurrence indirecte à deux niveaux, les brasseurs se faisant concurrence pour attirer les pubs (souvent avec des contrats d’exclusivité ou de quasi-exclusivité) et les pubs, pour leur part, se faisant concurrence pour attirer les clients. Cette concurrence indirecte à deux niveaux a eu tendance à entraîner des prix plus élevés, comme l’a montré l’analyse empirique de Margaret Slade<sup>5</sup>. *A contrario*, on peut penser que l’ouverture des frontières et les importations parallèles, qui ont contribué à augmenter la concurrence intramarque entre concessionnaires automobiles, ont aussi contribué à renforcer la concurrence entre marques rivales. On peut de même estimer que la “révolution Internet” intensifie la concurrence entre distributeurs d’une même marque, mais aussi la rivalité des marques concurrentes.

5. Notons enfin que le principal bénéfice, pour le consommateur, d’une intensification de la concurrence intramarque, *via* par exemple le développement d’importations parallèles ou le développement de la distribution en ligne, est de faire baisser “le niveau général” des prix. Il serait donc éminemment réducteur de mesurer l’impact d’Internet sur la baisse des prix à travers la seule différence entre les prix pratiqués en magasins et ceux proposés en ligne, car l’essor de la vente en ligne fait aussi baisser les prix en magasin.

## 2. L’asymétrie dans la fourniture des services de distribution et ses conséquences sur l’organisation de la distribution

6. Les magasins physiques peuvent se distinguer des distributeurs en ligne grâce à différents services de distribution. Avant l’achat, des vendeurs en boutique peuvent informer le consommateur et lui fournir des conseils personnalisés. Le client peut aussi voir directement le produit et assister à des démonstrations, ce qui l’aide à évaluer plus précisément la qualité du produit. Lors de l’achat, l’environnement du magasin, les efforts de diminution d’attente en caisse ou la disponibilité de places de parking font également partie de ses services de distribution. Enfin, après l’achat, divers services après-vente ou de maintenance peuvent être proposés au consommateur.

7. Les intérêts des deux types de distributeurs (en dur ou en ligne) ainsi que ceux du fabricant peuvent converger ou au contraire diverger selon les acteurs et les services fournis. Ces services de distribution augmentent en général la demande, ce qui entraîne des externalités verticales partagées entre le producteur et le distributeur, mais aussi horizontales, liées au parasitisme dont peuvent profiter les distributeurs en ligne. Ces externalités, c’est-à-dire le fait que certains agents bénéficient des investissements des magasins en dur sans coût supplémentaire pour eux, engendrent des problèmes de coordination, dans la mesure où ces bénéfices externes ne sont pas pris en compte par les distributeurs lorsqu’ils décident d’investir dans ces services.

8. Dans le cas d’une structure de distribution intégrée, rassemblant le fabricant et le réseau de distribution, le niveau optimal de service est fixé en fonction des préférences du consommateur marginal, c’est-à-dire celui qui est presque indifférent entre le fait d’acheter ou non. En l’absence de coordination amont-aval, le niveau de service effectif risque d’être inférieur au niveau optimal. Enfin, en cas de parasitisme dont profiteraient des distributeurs concurrents, le niveau de service effectif est encore plus faible.

9. Face à ce problème de coordination, il est nécessaire pour le fabricant d’aligner les intérêts des différents distributeurs. Il est premièrement possible de contractualiser une obligation de service, à travers la mise en place d’un cahier des charges et d’un réseau de distribution sélective, éventuellement accompagné de remises pour services rendus. Cette contractualisation s’accompagne néanmoins de coûts de vérification. D’autres incitations, plus indirectes, comme des clauses d’exclusivité, ou la limitation de la concurrence par les prix à travers un contrôle du prix de vente, peuvent aussi être mises en œuvre, le cas échéant limitées dans le temps et dans l’espace.

5 M. Slade (1998), *Beer and the Tie: Did Divestiture of Brewer-Owned Public Houses Lead to Higher Beer Prices?* *Economic Journal*, vol. 108, pp. 565-602.

## II. Les accords de parité de prix

### 1. Les spécificités de la relation d'agence

10. Contrairement à la relation “habituelle” entre producteur et distributeur, selon laquelle le détaillant achète les biens ou services en gros et fixe lui-même le prix de vente, la relation d'agence permet au producteur de fixer le prix de vente final, la plateforme de distribution percevant une commission par transaction effectuée. Cette relation apparaît semblable à la pratique d'imposition du prix de vente (RPM pour “*resale price maintenance*”) par les fabricants auprès des distributeurs, dans le cas de la relation verticale traditionnelle. Les économistes comparent les deux types de relation et leur impact sur le bien-être des consommateurs en modélisant la mise en place d'une clause RPM dans une relation entre producteur et distributeur.

11. Si l'on s'intéresse aux biens et services de consommation courante, il existe de nombreuses relations “croisées” entre producteurs et distributeurs, permettant aux consommateurs de choisir à la fois entre les produits d'une marque A et d'une marque B, et entre les services d'un distributeur 1 et d'un distributeur 2, qu'il s'agisse d'une enseigne ou d'une plateforme. Pour chaque négociation bilatérale entre un fabricant – par exemple A – et un distributeur – disons 1 –, ces acteurs prennent en compte l'impact du prix des produits A vendus chez 1 sur leurs marges sur ces produits concernés, mais “internalisent” également l'impact sur la marge de A réalisée chez le distributeur 2 et la marge de 1 sur les produits fabriqués par B. Typiquement, une baisse du prix du produit A vendu chez 1 diminue la demande du produit B chez 1, et donc les marges associées.

12. Une étude coécrite avec Thibaud Vergé et publiée en 2010<sup>6</sup> montre qu'en théorie, en l'absence de marge en amont – éventuellement remplacée par des droits de franchise permettant de rapatrier les profits en amont –, les acteurs internaliseraient l'ensemble des conséquences de leurs décisions sur toute l'industrie, et pratiqueraient un “prix de monopole intégré”, c'est-à-dire prenant en compte l'intérêt collectif de l'ensemble des acteurs. Toutefois, soutenir de tels niveaux de prix en dépit de la concurrence intramarque nécessiterait des prix de gros élevés, sensiblement supérieurs aux coûts, engendrant des marges amont sources non internalisées. De fait, en pratique, on observe des prix inférieurs au niveau de monopole, mais pas nécessairement concurrentiels. Notre étude montre également qu'avec l'imposition du prix de vente (ou RPM), il peut exister des équilibres avec des prix encore plus élevés. Une étude empirique de Bonnet et Dubois (*RAND* 2010)<sup>7</sup> sur le marché de l'eau en bouteille durant la période de mise en œuvre de la loi Galland montre que le modèle économique reflétant le mieux les données du marché est celui de tarifs binômes

6 P. Rey et T. Vergé (2010), Resale Price Maintenance And Interlocking Relationships, *The Journal of Industrial Economics*, vol. 58(4), pp. 928-961.

7 C. Bonnet et P. Dubois (2010), Inference on Vertical Contracts between Manufacturers and Retailers Allowing for Non Linear Pricing and Resale Price Maintenance, *The RAND Journal of Economics*, vol 41(1), pp. 139-164.

assortis d'une clause RPM (rendue possible par le seuil de revente à perte). Les auteurs montrent à l'aide de simulations que l'interdiction de la RPM conduirait à une baisse des prix, ce qui serait bénéfique aux consommateurs.

### 2. La clause du “client le plus favorisé”

13. Nous avons vu que lorsqu'il existe des relations croisées entre les différents fabricants et distributeurs, l'introduction de prix de vente imposés est préjudiciable à la concurrence. Thibaud Vergé et moi-même nous intéressons dans un travail en cours à l'introduction de clauses de parité dans le cadre de réflexion présenté jusqu'ici.

14. On constate qu'il existe en réalité deux types de clauses de parité selon l'identité de celui qui fixe librement le prix de vente du produit. Un premier type de clause a été évoqué par l'Office of Fair Trading (“OFT”) dans un cas récent de distribution de cigarettes au Royaume-Uni (*Imperial Tobacco*). Les fabricants de cigarettes laissaient les marchands de tabac libres de fixer le prix de leurs cigarettes, à la condition qu'il ne soit pas supérieur à celui des marques concurrentes. Selon l'autre type de clause de parité, davantage présent dans le secteur du numérique (e-books, sites de réservation d'hôtels), et lié à l'existence d'un modèle d'agence, le prix est fixé par le fournisseur, mais celui-ci est contraint d'afficher les mêmes prix sur les plateformes concurrentes.

15. Il s'agit d'un sujet d'actualité dans la mesure où certaines pratiques relatives à cette clause de parité de prix font l'objet de plaintes auprès des autorités de concurrence. Aux États-Unis et en Europe, certaines pratiques dans la distribution de livres numériques, qui a basculé de la distribution classique vers un modèle d'agence à l'initiative d'Apple, font l'objet de diverses procédures. Concernant la réservation en ligne de nuitées d'hôtel, l'OFT du Royaume-Uni a d'ores et déjà communiqué des griefs à certaines plateformes en ligne, tandis qu'en France, le 2 juillet 2013, l'Union des métiers et des industries de l'hôtellerie (UMIH) a annoncé avoir saisi l'Autorité de la concurrence au sujet des pratiques de ces mêmes sites de réservation.

16. La littérature économique aborde surtout cette question sous l'angle de la clause du “client le plus favorisé”. Cette dernière pratique, dont la variante la plus courante en France correspond au slogan “*Si vous trouvez moins cher ailleurs nous vous remboursons la différence*”, est *a priori* intéressante pour le consommateur, puisqu'elle l'assure de bénéficier du meilleur prix. Néanmoins, cette pratique permet de fait aux distributeurs de s'engager de manière crédible à maintenir des prix élevés, puisque toute baisse de prix serait répercutée par les distributeurs concurrents.

17. Dans l'étude en cours avec Thibaud Vergé, nous transposons ces clauses dans le cadre des relations croisées évoquées précédemment, où par exemple les consommateurs peuvent trouver sur différentes plateformes l'ensemble des chambres d'hôtel disponibles sur le marché. Selon nos premiers résultats, le basculement du modèle de distribution classique à un modèle d'agence peut augmenter les prix s'il existe une plus forte différenciation entre les produits

distribués en amont qu'entre les différentes plateformes, ce qui peut effectivement être le cas pour la distribution de produits sur Internet. En outre, les clauses de parité peuvent introduire une "friction" dans les négociations bilatérales et conduire à des prix plus élevés, de même que l'imposition du prix de vente, comme nous l'avons vu précédemment. Ces résultats sont néanmoins encore fragiles en raison de la complexité des relations croisées entre les différents fabricants et distributeurs, et dépendent fortement de la manière dont sont prises les décisions entre les acteurs (de manière séquentielle ou concomitante, selon la crédibilité des engagements pris, ou selon la forme que prennent les commissions demandées par les plateformes). ■



**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

# CONCURRENCES

## Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,  
Laurent Cohen-Tanugi,  
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,  
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,  
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,  
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,  
Mario Monti, Christine Varney, Bo  
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

## Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,  
Nadia Calvino, Thierry Dahan,  
John Fingleton, Frédéric Jenny,  
William Kovacic, Neelie Kroes,  
Christine Lagarde, Doug Melamed,  
Mario Monti, Viviane Reding,  
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,  
Christine Varney...

## Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,  
Murielle Chagny, Claire Chambolle,  
Luc Chatel, John Connor,  
Dominique de Gramont, Damien Gérardin,  
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,  
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,  
Joëlle Simon, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,  
Thierry Dahan, Luc Gyselen,  
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,  
Laurence Idot, Frédéric Jenny,  
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,  
Catherine Prieto, Patrick Rey,  
Didier Théophile, Joseph Vogel...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la  
pratique des engagements, Droit pénal et  
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles  
in the EU...

## Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,  
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,  
Suisse, Sweden, USA...

## Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,  
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,  
François Lévêque Penelope Papandropoulos,  
Anne Perrot, Etienne Pfister,  
Francesco Rosati, David Sevy,  
David Spector...

## Chroniques

### ENTENTES

Michel Debroux  
Nathalie Jalabert-Doury  
Cyril Sarrazin

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty  
Anne-Lise Sibony  
Anne Wachsmann

### PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany,  
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa,  
Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré,  
Didier Ferrié, Anne-Cécile Martin

### CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Jean-Mathieu Cot,  
Ianis Girgenson, Jacques Gunther,  
David Hull, David Tayar

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne  
Bruno Stromsky  
Jérôme Gstalter

### PROCÉDURES

Pascal Cardonnel  
Alexandre Lacresse  
Christophe Lemaire

### RÉGULATIONS

Hubert Delzangles  
Emmanuel Guillaume  
Jean-Paul Tran Thiet

### SECTEUR PUBLIC

Centre de Recherche en Droit Public  
Jean-Philippe Kovar  
Francesco Martucci  
Stéphane Rodrigues

### JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Florian Bien, Karounga Diawara,  
Pierre Kobel, Silvia Pietrini,  
Jean-Christophe Roda, Julia Xoudis

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John, Sophie-Anne  
Descoubes, Marianne Faessel-Kahn,  
François Souty, Stéphanie Yon

## Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot  
Alain Ronzano, Bastien Thomas

## Bibliographie

Institut de recherche en droit international  
et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

## Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	556,14 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	485 €	495,19 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + e-archives)</i>	715 €	855,14 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	155 €	158,25 €

## Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	635 €	759,46 €
--	-------	----------

## Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	815 €	974,74 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print &amp; electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	915 €	1094,34 €

## Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name* .....

e-mail .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

Code postal | *Zip Code* ..... Pays | *Country* .....

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)* .....

## Formulaire à retourner à | *Send your order to*

### Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)

### Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France**