



305 INTERNET, DISTRIBUTION ET CONCURRENCE

- 316 La position de la DGCCRF sur les dispositions de la loi Hamon concernant les relations commerciales
Sylvain Beaumont
- 320 L'exception d'inexécution
Paul Grosser
- 323 La loi du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt : aspects de droits des contrats
Carole Varlet-Angove

LES AUTEURS DU MOIS



Sylvain BEAUMONT est avocat au Barreau de Paris, où il pratique le droit économique depuis quinze ans. Il a rejoint en janvier 2013 le cabinet LMBE. Il anime conjointement avec Jeanne-Marie Henriot-Bellargent l'équipe Droit économique du cabinet, dont l'expertise a été reconnue notamment par son classement dans les éditions 2013 et 2014 de Legal 500 dans la rubrique « droit européen, de la concurrence et de la distribution ».



Catherine BREL est actuellement Directrice juridique chez eBay et s'occupe également de la division juridique commerciale Europe Marketplaces. Elle était à l'origine avocat, puis a travaillé successivement comme juriste chez T-Online France (Lagardère Active), Amazon et Yahoo. Elle est titulaire du CAPA, d'un DEA de Droit communautaire (Université de Strasbourg) et d'un Mastère en Droit des affaires et Management international (ESCP Europe).



Anne-Sophie REVERS est avocat au sein du cabinet LEXT (Paris) et intervient en droit de la concurrence-distribution, ainsi qu'en droit de la propriété intellectuelle et communication. Chargée d'enseignement à l'Université de Versailles Saint-Quentin en Yvelines depuis 2010, elle y enseigne actuellement le droit de la propriété intellectuelle au sein du Master 2 de Droit des contrats et de la concurrence.



Allain SOUILLEAUX est directeur juridique de la Fédération des enseignes du Commerce Associé, représentée notamment à la CEPC et au Conseil supérieur de la coopération. Spécialiste en droit de la concurrence et de la distribution, il conseille et informe les groupements de commerçants indépendants et les accompagne dans leur constitution et dans leur fonctionnement. Membre du groupe juridique de COOP.FR, il intervient en tant qu'expert des coopératives de commerçants détaillants et joue également un rôle d'intermédiaire entre les entreprises et les pouvoirs publics.



Juliette VANARD est spécialisée en droit de la distribution et de la concurrence. Elle a été admise au Barreau de Paris en 2006, après un Master en Droit de la concurrence, consommation et propriété intellectuelle, ainsi qu'un Master en Droit des affaires. Parallèlement à son activité d'avocat, elle a mené à bien une thèse sur « Les réseaux de distribution à l'épreuve d'internet ». Elle travaille aujourd'hui au sein du département juridique de PPG Industries.



Carole VARLET-ANGOVE est avocat au barreau de Paris depuis 2004. Elle est associée au sein du cabinet Lachaud Mandeville Coutadeur et Associés depuis 2012. Elle est titulaire de la mention de spécialité en droit rural et présidente de la section Ile-de-France de l'Association française de droit rural.

Paul GROSSER est auteur d'une thèse en droit des contrats (Les remèdes à l'inexécution du contrat ; essai de classification, ss la dir. de J. Ghestin, 2000). Il est agrégé des facultés de droit. Il est professeur à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC), où il dirige le Master 2 de Droit des assurances et de la responsabilité.

Ont également collaboré à ce numéro :

Ombline Ancelin, Avocat à la Cour, Simmons & Simmons LLP
Florence de Bakker, Avocat à la Cour, Simmons & Simmons LLP
Sarah Bros, Professeur à l'Université d'Évry-Val d'Essonne
Jean-David Dreyfus, Professeur de droit public à l'Université Paris Dauphine, avocat à la Cour
Julien Dubarry, Maître de conférences à l'Université Panthéon-Assas (Paris)
Jean-Louis Fourgoux, Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles
Nathalie Fricero, Professeure à l'Université de Nice, Directrice de l'Institut d'études judiciaires
Philippe le Tourneau, Professeur émérite de la faculté de droit de Toulouse
Irène Luc, Conseiller à la cour d'appel de Paris
Richard Milchior, Avocat associé, Granrut Avocats
Christophe Pecnard, Avocat, Nomos - société d'avocats
Michel Ponsard, Avocat à la Cour, UGGC Avocats
Gaëlle Robic, Avocat, Nomos - société d'avocats
Sébastien Robinne, Maître de conférences HDR à l'Université de Perpignan Via Domitia

DIRECTEUR SCIENTIFIQUE

Muriel Chagny, Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin

m.chagny@univ-versailles.fr

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Guy Canivet, Premier président honoraire de la Cour de cassation, membre du Conseil constitutionnel

Jean-Louis Fourgoux, Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles, président de l'Association française d'étude de la concurrence

Franck Gentin, Président du tribunal de commerce de Paris

Anne Oulin-Adam, Docteur en droit, directeur des politiques législatives et juridiques de la CCI Paris Ile-de-France

Gilbert Parleani, Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

Yves Picod, Doyen de la faculté de droit et des sciences économiques de Perpignan, responsable du Centre de droit de la concurrence Yves Serra (EA du CEED)

Jacqueline Rifault-Silk, Doyen à la chambre commerciale de la Cour de cassation

31-35 rue Froidevaux
75685 Paris Cedex 14
Tel. rédaction : 01 40 64 53 66
Fax : 01 40 64 54 66
E-mail : ajca@dalloz.fr

PRÉSIDENTE DIRECTRICE GÉNÉRALE
DIRECTRICE DE LA PUBLICATION
Sylvie FAYE

REDACTION

Redacteur en chef
Xavier DELPECH
x.delpech@dalloz.fr

Rédactrice
Laura CONSTANTIN

Secrétaire de rédaction
Camille DELAUNAY

Directeur artistique
Patrick VERDON

ABONNEMENT - RELATIONS CLIENTS

Yvette NAY, Directrice des abonnements
Marie-Hélène TYLMAN, Responsable relation clients
Revue mensuelle 111 numéros par an
80, avenue de la Marne - 92561 Montrouge Cedex
Tel. : 0 820 800 017 10, 12 C TTC/min. - Fax : 01 41 48 47 92

Prix de l'abonnement 12014
France : 260 € HT
Prix au numéro : 36,76 TTC 36€ HT

ISSN - 2274-295 - N° CPPAP - D616T22338
Imprimerie Champagne - 52200 LANGRES

Dépôt légal - Novembre 2014

Ce numéro contient un encart broché « AJCA/Recueil »

EDITIONS DALLOZ

Société anonyme au capital de 3 956 040 euros
Siège social : 31-35 rue Froidevaux - Paris 14
RCS Paris 572 195 550 - Siret 572 195 550 00098
Code APE : 5811Z
TVA - FR 69 572 195 550

Filiatée des éditions Lefebvre-Sarrut
La reproduction, même partielle,
de tout élément publié dans la revue est interdite.

LES DISTRIBUTEURS *CLICK & MORTAR* ET LA PRATIQUE DE LA DOUBLE TARIFICATION

par Anne-Sophie Revers
Avocat à la Cour, cabinet LEXT

Depuis quelques années, tant la Commission européenne que l'Autorité de la concurrence, sans oublier le juge de droit commun, ont encouragé le développement du commerce en ligne au sein des réseaux de distribution, rappelant aux fournisseurs qu'il est interdit d'exclure un mode de distribution s'il est apte à la distribution des produits dans les conditions souhaitées. Dans cette perspective, les pratiques visant à décourager les acteurs de la distribution en points de vente physiques de recourir à la vente en ligne peuvent caractériser une restriction à la concurrence. À ce titre, la Commission européenne, soucieuse de préserver les réseaux de distributeurs qui proposent leurs produits à la vente tant sur Internet qu'en points de vente physiques (les *click & mortar*) envisage, dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales⁽¹⁾, la pratique de la double tarification (ou *dual pricing*) comme une restriction caractérisée. La prohibition de cette pratique a fait couler beaucoup d'encre depuis la publication des lignes directrices, provoquant notamment les plus vives critiques de la part de certains auteurs. Revenons sur la définition du *dual pricing* et sur le champ d'application de l'interdiction de cette pratique, ainsi que sur ses enjeux pratiques et ses exceptions.

■ Double tarification : définition et champ d'application

L'interdiction de la pratique vivement critiquée

Au point 52 des lignes directrices, la Commission européenne énonce que constitue une restriction de vente passive caractérisée le fait de « convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par Internet que pour des produits destinés à être revendus autrement ». L'objectif poursuivi par la Commission est clairement énoncé : il s'agit de ne pas « limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients ».

Une partie de la doctrine a vivement critiqué cette disposition des lignes directrices, considérant notamment qu'elle serait contraire à l'article L. 441-6 du code de commerce qui autorise la différenciation des conditions de vente en fonction de catégories d'acheteurs de produits ou de demandeurs de prestations de service⁽²⁾. Interpréter cette disposition comme interdisant toute différenciation tarifaire entre les distributeurs opérant exclusivement en ligne et les autres, conduit effectivement à considérer que les termes des lignes directrices « sont manifestement injustifiés » et qu'ils seraient même déconnectés des réalités du marché puisque les industriels sont « parfois contraints d'opérer une différenciation tarifaire entre leurs clients opérateurs Internet et leurs clients exploitant des points de vente physiques »⁽³⁾.

Il est évident que les services rendus au fournisseur par un distributeur proposant ses produits à la vente en magasin physique sont bien différents de ceux rendus par un *pure player*, c'est-à-dire un distributeur intervenant exclusivement en ligne (notamment dans la mise en avant des produits et/ou le conseil d'un vendeur physique auprès des consommateurs).

En considérant que la Commission « interdit de fixer, directement ou indirectement, un prix de vente différent selon que le produit est vendu par Internet ou par un magasin physique »⁽⁴⁾, il ne fait aucun doute que sa position serait en parfaite contradiction avec l'article L. 441-6 du code

de commerce et à la pratique quotidienne des acteurs économiques visant à différencier les tarifs en fonction des catégories d'acheteurs et des services qu'ils rendent au réseau. Et c'est précisément cette interprétation qui a provoqué ces réactions négatives à l'égard du texte de la Commission.

Le champ d'application de l'interdiction restreint aux *click & mortar*

En s'interrogeant plus spécifiquement sur le champ d'application du texte, il apparaît pourtant que la Commission, en interdisant le fait de « convenir que le distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement », n'a pas entendu remettre en cause les différenciations tarifaires entre les *pure players* et les distributeurs exploitant des points de vente physiques. En effet, elle ne vise que le cas des *click & mortar*, distributeurs opérant à la fois en ligne et hors ligne, et fait ainsi interdiction au fournisseur de convenir qu'un même distributeur paie les produits plus cher lorsqu'il envisage de les commercialiser sur Internet⁽⁵⁾. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à l'objectif affiché de la Commission au point 52 des lignes directrices : interdire toute pratique ayant pour objet ou pour effet de « limiter l'accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients ».

Le distributeur ayant fait le choix de vendre ses produits tant sur la toile qu'en magasin ne peut ainsi, selon la Commission, se voir imposer un prix plus élevé pour les produits destinés à la vente en ligne que pour ceux destinés à un autre mode de distribution. Or, un distributeur *click & mortar* correspond bien à une catégorie d'acheteurs au sens de l'article L. 441-6 du code de commerce au même titre que les *pure players* ou les distributeurs opérant exclusivement en points de vente physiques. Cette interprétation du texte est également confortée par la version anglaise des lignes directrices :

« The Commission thus regards the following as examples of hardcore restrictions of passive selling given the capability of these restrictions to limit the distributor's access to a greater number and variety of customers : an agreement that the distributor shall pay a

(1) Lignes directrices sur les restrictions verticales, JOUE, C 130, 19 mai 2010.

(2) L. Vogel, La distribution par Internet après l'arrêt *Pierre Fabre*, JCP E n° 11, 15 mars 2012, 1182 ; L. Vogel, *EU Competition Law applicable to Distribution agreement: review of 2011 and Outlook for 2012*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Advance access, published April 10, 2012.

(3) J.-C. Grall et T. Lamy, Internet et la question du « *dual pricing* », RLC 2010/25, n° 1676.

(4) L. Vogel, La distribution par Internet après l'arrêt *Pierre Fabre*, préc.

(5) Pour un avis similaire : R. Christol, Avis de l'Autorité de la concurrence sur le commerce en ligne : beaucoup de bruit pour peu ?, RLC 2010/34, n° 2189.

higher price for products intended to be resold by the distribution online than for products intended to be resold offline ». La référence au distributeur dans la deuxième partie de la phrase confirme que l'interdiction ne vaut qu'à l'égard d'un seul et même distributeur opérant à la fois en ligne et hors ligne.

L'Autorité de la concurrence, dans son avis du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, a d'ailleurs clairement affirmé que « les fabricants ont la possibilité d'appliquer des conditions tarifaires distinctes aux opérateurs traditionnels et aux *pure players* », en rappelant que « cette différenciation tarifaire n'est en principe susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle que dans la mesure où elle émane d'une entreprise en position dominante ou d'un accord de volontés entre opérateurs économiques, mais il faut que l'ampleur du différentiel produit puisse avoir des effets anticoncurrentiels, en limitant la pression concurrentielle que ces *pure players* sont censés pouvoir exercer sur le commerce traditionnel, ensuite, et que ce différentiel tarifaire ne s'appuie, enfin, sur aucune justification objective »⁽⁶⁾.

L'Autorité de la concurrence confirme ainsi que la différenciation tarifaire entre un distributeur exploitant exclusivement un point de vente physique et un *pure player* ne constitue pas, en soi, une pratique anticoncurrentielle. Dans cette perspective, elle confirme également notre interprétation de l'interdiction de la double tarification envisagée par la Commission européenne en intitulant le paragraphe relatif à cette pratique comme suit : « la différenciation tarifaire à l'égard d'un même opérateur, pour ses ventes en ligne et ses ventes hors ligne »⁽⁷⁾. Dans ces conditions, le principe d'interdiction posé par la Commission européenne est-il, comme ont pu l'avancer certains auteurs, déconnecté des réalités du marché ou, au contraire, conforme au comportement des acteurs économiques ? —

■ Double tarification : incidences pratiques et exceptions au principe d'interdiction

Possibilité de convenir d'une redevance fixe

Les fournisseurs interrogés par l'Autorité de la concurrence dans le cadre de la préparation de son avis sur le commerce en ligne ont indiqué ne pas pratiquer de différenciation tarifaire à l'égard de leurs distributeurs *click & mortar* selon que les produits sont destinés à être vendus sur Internet ou en magasin physique. L'avis de l'Autorité indique que, en pratique, les fournisseurs soumettent ces distributeurs aux mêmes conditions générales de vente catégorielles. Dans ces conditions, l'interdiction de principe de la pratique du *dual pricing* semble conforme aux réalités du marché. Surtout, les rédacteurs des lignes directrices ont pré-

cisé, au point 52, que l'interdiction de la double tarification « n'exclut pas que le fournisseur s'entende avec l'acheteur sur une redevance fixe (c'est-à-dire une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaldrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne ».

Ainsi, la rémunération de services de coopération commerciale assise sur le chiffre d'affaires opéré en point de vente physique constitue indirectement une double tarification puisque, comme le souligne l'Autorité de la concurrence, plus le produit est vendu en magasin et

plus le prix d'achat du produit diminue⁽⁸⁾. Une telle pratique tarifaire pouvant décourager le distributeur *click & mortar* de proposer ses produits à la vente en ligne, elle constitue pour la Commission une restriction caractérisée aux ventes passives puisque, rappelons-le, c'est bien l'effet dissuasif du double prix qui doit être évité.

Dans cette perspective, une redevance fixe, correspondant à une rémunération des services non assise sur le chiffre d'affaires opéré hors ligne, est expressément autorisée par la Commission afin de « soutenir les efforts de vente hors ligne » du distributeur *click & mortar*. La situation inverse est également envisagée puisqu'il est possible de convenir d'une redevance fixe afin de soutenir les efforts de vente en ligne. Mais, en réalité, cette option sera moins souvent choisie par les fournisseurs puisque, comme relevé plus haut, le magasin physique rend des services plus nombreux qu'Internet.

Exception tenant à des circonstances particulières : l'exemple des coûts subis par le fournisseur

Au paragraphe 64 des lignes directrices, il est indiqué que la pratique de la double tarification peut être mise en œuvre dans des « circonstances particulières », notamment lorsque « les ventes à réaliser en ligne entraînent pour [le fournisseur] des coûts sensiblement plus importants que les autres formes de vente. »

L'élargissement par certains auteurs du champ d'application de l'interdiction les ont conduits à critiquer de la même manière l'exception au principe : « la façon dont l'exception est rédigée est par elle-même révélatrice car elle ne tient pas compte de la réalité du commerce. [...] Le fournisseur ne pratique pas la différenciation tarifaire en fonction de ses propres coûts, qui sont les mêmes quel que soit le canal de distribution, mais des services rendus par les acheteurs, qui sont différents selon les canaux »⁽⁹⁾. Sauf que, lorsque l'on analyse l'interdiction comme visant exclusivement une double tarification à l'égard d'un seul et même distributeur *click & mortar*, l'exception prend tout son sens. D'ailleurs, la Commission européenne donne un exemple, non limitatif, de la situation dans laquelle la vente en ligne peut entraîner des coûts supplémentaires pour le fournisseur : cela sera par exemple le cas « lorsque les ventes hors ligne incluent une installation à domicile par le distributeur, contrairement aux ventes en ligne, [car] ces dernières peuvent occasionner davantage de plaintes et de demandes d'intervention en garantie des clients auprès du fabricant ». Dans pareille hypothèse, la Commission examinera si la restriction est susceptible, ou non, de limiter les ventes par Internet et de restreindre les capacités du distributeur *click & mortar* à atteindre le maximum de clients⁽¹⁰⁾.

En définitive, en imposant au distributeur *click & mortar* de limiter la part de ses ventes réalisées par Internet ou en lui imposant une double tarification, les fabricants, en restreignant les capacités de diversification de clientèle du distributeur, entravent l'efficacité économique du marché, ce qui justifie pour les autorités de la concurrence la qualification de restriction caractérisée.

En imposant au distributeur *click & mortar* de limiter la part de ses ventes réalisées par Internet ou en lui imposant une double tarification, les fabricants entravent l'efficacité économique du marché, ce qui justifie la qualification de restriction caractérisée.

(6) Avis n° 12-A-20 du 18 sept. 2012, p. 51.

(7) Avis n° 12-A-20 du 18 sept. 2012, préc., p. 52.

(8) Avis n° 12-A-20 du 18 sept. 2012, préc., p. 53.

(9) L. Vogel, La distribution par internet après l'arrêt *Pierre Fabre*, préc.

(10) Lignes directrices sur les restrictions verticales, préc., pt 64.