

## Consumer and Competition Day

### Discours de Pierre Rauchs, Président du Conseil de la concurrence

Lorsque le marché unique a été lancé en 1992, nous avons applaudi la disparition des frontières physiques pour que du moins les marchandises puissent librement circuler à l'intérieur de l'Europe. Beaucoup de progrès ont été réalisés depuis, mais on constate cependant que des barrières subsistent pour différentes raisons, que ce soit en vertu de règles techniques pas toujours entièrement harmonisées, que ce soit en raison de préférences des consommateurs qui parfois ont une confiance plus marquée pour les produits commercialisés dans leur pays de résidence. Enfin, les réseaux de distribution continuent souvent de cloisonner le marché suivant les frontières nationales, chose que le commerce luxembourgeois critique régulièrement car il prétend ne pas pouvoir s'approvisionner librement là où les prix sont plus attractifs.

C'est là un défi commun auquel doivent faire face la politique du marché intérieur, la politique des consommateurs et la politique de la concurrence. Et c'est logique que la direction du marché intérieur et de la consommation du Ministère de l'Economie et le Conseil de la concurrence ont proposé l'économie digitale comme sujet de la conférence. En effet, dans une petite économie ouverte comme celle du Luxembourg, où les personnes traversent facilement les frontières pour faire emplette, paradoxalement la commercialisation électronique risque d'isoler les consommateurs résidant au Grand-Duché. L'Union luxembourgeoise des consommateurs se plaint à raison dans un récent communiqué de presse que certaines pratiques sur internet entravent le marché unique.

Ainsi, des clauses de localisation empêchent le consommateur d'avoir une offre complète, par exemple pour le téléchargement de films ou de musique. Sur les sites de comparaison des prix, la majeure partie des produits ne sont pas importables au Luxembourg si le distributeur ne dispose pas de point de vente physique. L'offre d'un grand distributeur online de livres n'est pas toujours disponible quand le client fait une transaction par une carte de crédit luxembourgeoise ; certains prix sont plus élevés pour certains biens et services du simple fait de la résidence de l'acheteur au Grand-Duché... et j'en passe et des meilleures...

A travers toute l'Europe, les autorités de concurrence portent une attention accrue aux restrictions verticales. Le Conseil de la concurrence luxembourgeois n'est pas en reste puisque nous avons il y a plusieurs mois lancé une enquête sur les accords de distribution, où un chapitre sera consacré à l'économie digitale.

Et, lorsqu'on se tourne vers le monde virtuel, il est généralement admis que l'internet a accéléré l'érosion des frontières. Les consommateurs ont tout loisir de comparer les prix à travers l'Europe, de se faire livrer par simple manipulation du clavier toute marchandise quel que soit le lieu d'implantation du commerçant. Toutefois, les choses se passent différemment dans la réalité. Le commerce électronique pose en effet de nouveaux problèmes aux autorités de concurrence et, pour les appréhender, elles doivent se résoudre à appliquer un cadre juridique qui, à l'occasion de sa création, ignorait la formidable révolution digitale.

Je me permettrai d'aborder brièvement trois de ces problèmes qui nous occupent et qui seront développés au cours de la conférence d'aujourd'hui :

les différences de rémunération que les producteurs consentent parfois à leurs distributeurs en fonction du mode de commercialisation, électronique ou traditionnel,

la question de l'interdiction de vente par internet que certains fournisseurs tentent d'imposer dans leur contrats de distribution et, enfin, les problèmes relatifs aux plateformes de vente encore appelés places de marché.

### 1. Les rémunérations différenciées

Beaucoup de producteurs rémunèrent différemment les distributeurs en fonction du mode de commercialisation. La Commission européenne semble avoir une position tranchée sur la question. D'après les lignes directrices de mai 2010, constitue une restriction de vente caractérisée le fait « de convenir que le distributeur paie un prix plus élevé au producteur pour les produits destinés à être revendus par internet que pour les produits destinés à être revendu autrement ».

Le Bundeskartellamt s'aligne sur cette position dans un document d'octobre 2013 intitulé « Vertikale Beschränkungen in der Internet Oekonomie ». Cette position se reflète dans plusieurs décisions rendues dans les affaires Gardena, Dornbacht et Bosch Siemens Haushaltsgeräte.

Cette approche ne semble pas être partagée par l'ensemble des autorités de concurrence. Aux Pays-Bas par exemple, qui se sont également penchés sur le marché des Haushaltsgeräte (appareils de ménage), mais d'une autre marque, ATAG en l'occurrence, le système de prix différenciés a été autorisé, du moins lorsque le producteur n'est pas en situation de position dominante et que la concurrence entre les marques est garantie.

En France, la position de l'Autorité de concurrence est également très nuancée en ce sens que les fabricants peuvent apporter une justification à des rémunérations différenciées selon que la vente intervient en magasin physique ou par internet (avis du 18 septembre 2012 sur la concurrence électronique).

Ces justifications peuvent provenir de l'investissement nécessaire pour entretenir un local de commerce et un stock ou de la prestation d'autres services commerciaux en relation avec les biens vendus. Il faudra évidemment que ces services spécifiques soient précisément documentés et que la rémunération soit justifiée objectivement et demeurer proportionnée.

Le professeur Louis Vogel, que nous avons eu le plaisir d'accueillir l'an dernier à l'occasion de notre conférence sur les 10 ans d'application du règlement 1/2003, le formule comme suit (et je suis assez d'accord sur ce point) :

*« Le droit de la concurrence devrait reconnaître la légitimité de ce type de rémunérations différenciées. A défaut, il franchit la limite entre droit de la concurrence et réglementation administrative a priori favorable à la distribution physique. Il serait en tout état de cause souhaitable que cette question soit tranchée par une décision de justice faisant autorité et si possible par un arrêt de la Cour de justice. »*

## 2. L'interdiction par les producteurs d'interdire les ventes sur internet

Il peut paraître cocasse qu'un producteur tente d'interdire à ses distributeurs de vendre ses produits par internet puisqu'il se prive de cette manière d'une clientèle plus large. Mais ces politiques commerciales peuvent s'expliquer par la nature du produit et la protection d'une image de marque.

Or, la Cour de Justice de l'Union européenne a tranché net en prohibant de façon générale l'interdiction de vente électronique imposée par les producteurs aux distributeurs. Saisie par une question préjudicielle française, la CJUE, dans un arrêt Pierre Fabre du 13 octobre 2011, a dit pour droit que l'interdiction par une société de cosmétique et d'hygiène corporelle instaure une restriction verticale par objet lorsqu'il interdit à ses distributeurs la vente sur internet, c'est-à-dire sans la présence d'un pharmacien diplômé.

Toujours en France, la Cour d'appel de Paris a également rendu un arrêt intéressant à cet égard dans l'affaire Bang & Olufsen le 13 mars 2014. La Cour retient de façon classique qu'en interdisant de manière totale et absolue à ses distributeurs agréés de vendre par Internet, « portant notamment sur des produits moins élaborés et moins chers de la gamme Bang & Olufsen tels que les écouteurs, les casques audio et les accessoires », le fabricant leur a imposé des restrictions non indispensables au maintien d'un réseau de distribution efficient. Par un raisonnement a contrario, la Cour semble donc considérer que les produits plus complexes pourraient justifier une interdiction de la vente en ligne.

## 3. Les places de marché

Les places de marché tels qu'eBay, Amazon, Booking.com ont introduit un nouveau mode de commercialisation en donnant une plateforme de vente à des fournisseurs et à des distributeurs qui bouleverse assez radicalement le modèle classique de la distribution. Les consommateurs peuvent y trouver leur bonheur, mais le pouvoir de marché que ces plateformes sont en train d'acquérir doit interpeller les autorités de concurrence et avertir les organisations des consommateurs. S'il est bien vrai que ces sites permettent au consommateur

de découvrir toute la variété des biens et services propres à satisfaire ses besoins, que la comparaison des offres lui permet de faire le choix parfait, des dangers le guettent sournoisement. Ne se trouve-t-il pas piégé par la présentation préférentielle de certaines offres, est-ce qu'il ne doit pas craindre que certains services, d'après-vente notamment, ne soient pas assurés quand il contracte sur ces réseaux ? Faudra-t-il sans a priori promouvoir les ventes sur ces plateformes sans se soucier des effets de leur force de marché ? Et de façon plus générale, la totale transparence des prix sur internet ne favorise-t-elle pas les ententes notamment par le jeu de « Spiderware », ces logiciels qui parcourent automatiquement le web pour signaler toute différence de prix ?

Ce sont ces questions-là qui se trouvent aussi au cœur de la conférence d'aujourd'hui couplé au problème que ces sites relèvent souvent d'entreprises intégrées qui placent leurs propres produits sur leurs pages d'accueil. Là encore, les réponses aux interrogations ne sont pas en tous points identiques et les débats vont bon train.

Le Bundeskartellamt a sévèrement condamné des fabricants tels que Asics pour avoir interdit la vente sur les places de marché online. En revanche, les lignes directrices de la Commission européenne sont moins catégoriques car elles précisent que « *le fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs* »

Nous voyons donc à travers ces quelques exemples que les problèmes posés par le commerce électronique font débat et que les solutions adoptées par les autorités de concurrence et la Commission diffèrent sensiblement à première vue. Est-ce là un risque pour le bon fonctionnement du réseau ECN (European Competition Network) ?

Pas nécessairement, puisqu'on peut arguer que les marchés analysés par les différentes autorités ne sont pas identiques et que les affaires doivent être analysées concrètement dans le contexte particulier de chaque marché de produit et de chaque marché géographique. On ne doit cependant pas ignorer que ces décisions en apparence divergentes peuvent aussi révéler

des dissensions au niveau de la théorie. La Commission européenne est parfaitement consciente du rôle fédérateur qu'elle doit jouer pour qu'en Europe, le droit de la concurrence européen soit appliqué de manière uniforme. Elle est à la hauteur de sa tâche car c'est finalement sous son impulsion que les débats sont fructueux au sein de l'ECN. N'oublions pas qu'en ce qui concerne les sites de réservation hôtelière, ce sont les intenses discussions qui ont permis de débloquent une situation à première vue compliquée et ce sont ces discussions qui ont amené Booking.com à proposer une solution unique qui s'appliquera sur les territoires de l'ensemble des Etats membres où les autorités de concurrence n'avaient pas encore engagé de procédures. Les réunions sur le sujet des verticales en mode électronique se suivent à un rythme très soutenu et on doit saluer que ces réunions sont bien denses et laissent les autorités nationales exposer leurs expériences concrètes, ce qui permet assurément de trouver dans le dialogue constant des solutions convergentes.

Il faut à cet égard saluer l'effort de la DG concurrence et de Madame la commissaire Vestager, lesquelles ont lancé une enquête sectorielle de grande envergure dont nous attendons avec impatience le résultat. Je suis ravi que Johannes Laitenberger, le tout nouveau directeur général, nous ait fait le grand honneur d'avoir choisi cette conférence pour son tout premier voyage en sa nouvelle qualité. Johannes, comme tu connais certaines personnes de ce pays et que tu maîtrises les langues du pays, y compris le portugais, tu n'es pas dépaysé en ce lieu ; the floor is yours ... après la pause-café.