

Décision 2019-MC-01

du 3 juillet 2019

**concernant une demande à voir prononcer des mesures conservatoires
à l'encontre de**

Amazon Services Europe S.à r.l.,

Le président du Conseil de la concurrence ;

Vu la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu la demande de mesures conservatoires en date du 26 mars 2019 introduite par Me Hélène Smuk-Matringe, en représentation de Monsieur Henri Dahmani ;

Vu les observations présentées oralement le 3 avril 2019 par Me Hélène Smuk-Matringe pour le compte de M. Henri Dahmani ;

Vu le complément d'informations à la plainte et à la demande de mesures conservatoires présenté par Me Smuk-Matringe en date du 3 avril 2019 ;

Vu les observations présentées oralement le 25 juin 2019 par Amazon Services Europe S.à r.l. et la pièce additionnelle versée en date du 28 juin 2019 ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

I. Faits

1. Par courrier du 26 mars 2019, Me Hélène Smuk-Matringe a saisi le Conseil de la concurrence pour le compte de Monsieur Henri Dahmani (ci-après : le « plaignant ») d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de la société Amazon Services Europe S.à r.l. (ci-après : « Amazon ») sur base des articles 10 et 12 de la loi modifiée du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « loi relative à la concurrence » ou « loi »). La plainte et la demande de mesures conservatoires visent les comportements d'Amazon vis-à-vis du plaignant qui exerçait en qualité de commerçant tiers actif sur la plateforme d'Amazon (Amazon Marketplace).

2. Selon le plaignant, Amazon aurait commis un abus de position dominante interdit par l'article 5 de la loi et par l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (ci-après : « TFUE ») en faisant usage de la clause figurant « *sous la rubrique « VOTRE COMPTE » dans les « CONDITIONS D'UTILISATION », selon laquelle « AMAZON se réserve le droit de refuser de fournir un service, de clôturer des comptes ou de supprimer ou de modifier des contenus à sa seule discrétion ».*

3. La demande de mesures conservatoires a pour objet le rétablissement du compte vendeur du plaignant sur la plateforme Amazon et d'enjoindre Amazon à suspendre les pratiques dénoncées dans la plainte.

II. Entreprises concernées

4. **Le plaignant** : Monsieur Henri Dahmani
33, rue de l'Arc de Triomphe
F-17100 Saintes, France
Identifiant SIREN n°320 947 906

Monsieur Henri Dahmani est une personne physique active dans le domaine des arts du spectacle vivant. Dans le cadre de son activité, il commercialise en qualité d'entrepreneur individuel du matériel électronique photographique (cameras et drones) via sa société Phot Art International inscrite sous l'identifiant SIRET 320 947 906 00089.

5. **L'entreprise visée par la plainte** : Amazon Services Europe S.à r.l.
38, av. John F. Kennedy L-1855 Luxembourg,
Registre de commerce et des sociétés sous le n° B-93815

Amazon Services Europe S.à r.l. est une filiale d'Amazon.com, Inc. Elle offre notamment des services permettant à des vendeurs tiers de vendre aux consommateurs leurs produits en ligne sur l'Amazon Marketplace.

Ses statuts prévoient que l'objet de la société est :

« to operate programs by which any persons, including without limitation individuals, businesses and other organizations or entities, including affiliates of the Company, may integrate, sell, auction, rent or otherwise distribute products and services of all types and descriptions or any and all websites of the Amazon group an/or utilize the Amazon group e-commerce services, features, and technologies to operate their own websites for the purpose of selling, auctioning, renting or otherwise distributing their products and services, and to conduct any commercial, industrial or financial operations that may in any way contribute directly or indirectly to such purpose. [...]»¹.

III. Faits reprochés

6. En octobre 2016, Monsieur Henri Dahmani s'est inscrit en tant que vendeur tiers sur la plateforme Amazon Marketplace afin de commercialiser en France, Allemagne, Espagne, Italie et au Royaume-Uni via cette plateforme des appareils électroniques de photographie (notamment des caméras et drones) achetés à Hongkong.

7. Il ressort de la plainte que le type d'abonnement souscrit par le plaignant ne comprenait pas le service de livraison par Amazon, le plaignant restant personnellement en charge des livraisons vers les clients finals.

8. Selon ce dernier, Amazon a procédé à des changements ponctuels dans les conditions de vente des produits du plaignant (changements de prix et modification de délais de livraison en défaveur du plaignant) ainsi qu'à des remboursements injustifiés sans demande préalable au plaignant, changements qui lui auraient attiré des soucis logistiques et des pertes financières.

9. En date du 17 janvier 2017 et suite à des échanges d'emails avec le personnel d'Amazon que le plaignant qualifie d'insatisfaisants, son compte vendeur a été clôturé par Amazon.

IV. Analyse des conditions justifiant des mesures conservatoires

10. D'après l'article 12 de la loi relative à la concurrence, l'intervention du président du Conseil de la concurrence dans le cadre de mesures conservatoires est soumise à quatre conditions :

a) Existence d'une procédure au fond

11. La première condition subordonne l'adoption de mesures conservatoires à l'existence d'une procédure au fond. Cette condition est réalisée dans la mesure où l'acte introductif de M. Henri Dahmani du 26 mars 2019 soumet au Conseil de la

¹ Statuts coordonnés au 29 janvier 2018.

concurrence à la fois une plainte recevable en la forme et une demande de mesures conservatoires en application des articles 10 et 12 de la loi relative à la concurrence.

b) Demande expresse du plaignant

12. L'adoption de mesures conservatoires doit faire l'objet d'une demande expresse du plaignant. Cette condition est également réalisée dans la mesure où la demande de mesures conservatoires est expressément formulée de manière concomitante dans l'acte introductif du 26 mars 2019.

c) Violation *prima facie* du droit de la concurrence

13. La troisième condition n'est pas expressément énoncée dans le texte, mais en découle implicitement, ainsi que le Conseil l'a confirmé, notamment dans sa décision 2012-MC-02 du 24 août 2012 : les éléments du dossier doivent révéler une violation *prima facie* du droit de la concurrence. Au stade des mesures conservatoires, il n'est toutefois pas requis que la preuve de cette violation soit établie de façon absolue et avec le même degré de certitude que dans le cadre d'une procédure au fond devant aboutir à une décision définitive du Conseil. Il suffit, mais il est toutefois nécessaire, de constater sur base des pièces du dossier une présomption de violation raisonnablement forte. Dans le cadre d'un abus de position dominante, cette appréciation requiert d'une part le constat d'une éventuelle position dominante dans le chef de l'entreprise visée, ce qui implique nécessairement une définition au moins sommaire du marché en cause et, d'autre part, le constat d'un comportement susceptible d'être qualifié d'abus au sens de l'article 5 de la loi relative à la concurrence ou de l'article 102 TFUE.²

i) Définition du marché

14. Le plaignant allègue un abus de position dominante de la part d'Amazon sur le marché de services de plateforme en ligne. Sur ce marché en amont, Amazon met à la disposition d'entreprises une plateforme de vente en ligne, permettant à ces entreprises de s'adresser aux consommateurs et de vendre leurs produits (marché en aval).

15. Selon le plaignant, ce marché concernerait, du côté des vendeurs, uniquement les entreprises « *qui n'ont pas les moyens d'assurer elles-mêmes leur visibilité sur Internet* »³.

16. Toutefois, le Conseil ne dispose d'aucun élément à l'appui de cette définition du marché pertinent. S'il est certes constant qu'il existe des prestataires, tels qu'Amazon, qui détiennent des plateformes de vente en ligne permettant à des tiers d'offrir leurs produits, il n'est pas certain que la définition du marché fournie par le plaignant résiste à un test économique. En effet, pour être correctement délimité,

² Voir, en ce sens, la décision du Conseil 2008-MC-01 du 22 janvier 2008.

³ Plainte, page 7.

le marché doit comprendre tous les produits ou services considérés comme substituables en raison de leurs caractéristiques.

17. Il faudrait notamment établir si les plateformes disponibles changent en fonction du produit offert, si les différentes plateformes sont, du point de vue du consommateur, interchangeables et, avant tout, s'il y a des concurrents d'Amazon et, le cas échéant, sur quels marchés géographiques.

ii) Position dominante

18. A supposer que le marché en cause ait été correctement défini, il y a lieu d'examiner les arguments du plaignant visant à établir une position dominante d'Amazon sur ce marché.

19. Au soutien de son allégation, le plaignant se réfère à l'Avis 12-A-20 de l'Autorité française de concurrence⁴ dont il ressortirait qu'Amazon serait « *prédominante* ».

20. Or, ledit Avis ainsi que l'enquête y contenue, réalisée par la Fédération des entreprises de vente à distance ne reflètent aucunement un tel constat. Ces pièces montrent que parmi les entreprises fournissant des plateformes en ligne, Amazon, eBay et PriceMinister détiennent les sites web les plus visités. Ces informations ne permettent donc pas d'en tirer des conclusions sur la position détenue par Amazon sur le marché pertinent.

21. Le fait que la société Amazon soit souvent bien classée dans les résultats des moteurs de recherche n'est pas non plus un élément déterminant permettant de tirer une conclusion définitive sur la position dominante de cette société sur le marché en cause.

22. Nonobstant les développements qui précèdent, en raison des conclusions sub d) la question de la position dominante peut rester ouverte.

iii) Abus de position dominante

23. Outre les éléments qui précèdent, il y a également lieu d'examiner si les comportements visés par la plainte sont susceptibles de constituer une pratique abusive.

24. À cet égard, il n'est pas exclu que l'exclusion des opérateurs d'un marché de manière discriminatoire ou non-équitable puisse être constitutive d'un abus de la part d'une entreprise en position dominante.

⁴ Avis 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, Autorité de la concurrence française.

d) Atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ou à l'ordre public économique

25. Pour déterminer si les pratiques dénoncées permettent de prononcer des mesures conservatoires, il convient d'apprécier le caractère grave et irréparable de l'atteinte portée à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante.

26. Le plaignant n'allègue pas que le comportement d'Amazon serait susceptible de porter atteinte à l'ordre public économique. Il soutient, en revanche, que ce comportement l'empêche de vendre ses produits sur Internet, à savoir des appareils électroniques divers. Ce faisant, le plaignant fait valoir qu'il se trouve dans une relation commerciale de forte dépendance par rapport à Amazon.

27. Ainsi que l'a confirmé l'Autorité française de la concurrence dans une décision de mesures conservatoires récente⁵, afin de caractériser une situation de dépendance économique, il convient d'apprécier si les quatre critères suivants sont réunis : (i) la marque du fournisseur jouit d'une notoriété suffisante ; (ii) le fournisseur détient une part de marché importante sur le marché concerné ; (iii) la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du client est importante ; (iv) le client ne dispose pas d'une solution alternative dans des conditions techniques et économiques comparables.

28. Bien que la notion d'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique ne soit pas directement transposable en droit luxembourgeois, le Conseil se rallie aux critères dégagés par l'Autorité de la concurrence française. En effet, afin de démontrer une atteinte grave et irréparable à son entreprise, le plaignant doit démontrer en quoi la rupture des relations commerciales le prive de la possibilité d'écouler ses produits sur Internet dans des conditions techniques et économiques comparables.

29. Or, le plaignant n'a pas fourni d'indication que, après son éviction de la plateforme d'Amazon, il n'aurait pas pu réaliser ses ventes sur d'autres plateformes, telles que, notamment, celles détenues par eBay ou PriceMinister ou encore via son site Internet propre. Ce critère fait donc défaut.

30. Le seul document attestant une inscription sur la plateforme de Rakuten n'est pas susceptible de remettre en cause ce constat⁶. Il ne témoigne ni de l'impossibilité d'y réaliser des ventes, ni des efforts entrepris par le plaignant pour y réaliser des ventes. En outre, ne sont pas constatées de démarches auprès d'autres plateformes, pour vendre ses produits.

31. Par ailleurs, l'affaire dite *Amadeus* 19-MC-01, n'est pas comparable à la présente affaire en ce sens que la part du marché détenue par le fournisseur du service électronique en cause sur le marché pertinent (à savoir Google), ainsi que sa position sur ce marché, n'est pas comparable à la situation d'Amazon dans la présente affaire.

⁵ Décision n° 19-MC-01 du 31 janvier 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus.

⁶ Plainte, annexe 12.

32. En effet, il est établi dans l'affaire Amadeus que 90 % des recherches sur Internet en France sont effectuées à l'aide de Google ; en outre, les barrières à l'entrée sur ce marché sont plus élevées en raison de la technologie requise⁷.

33. En revanche, en ce qui concerne les plateformes de vente en ligne, des telles barrières à l'entrée sur le marché pertinent n'ont pas été alléguées ni prouvées. Il en va de même en ce qui concerne la part de marché d'Amazon sur le marché pertinent, qui reste inconnue à ce stade.

34. Il en découle qu'il existe des différences substantielles entre l'affaire Amadeus de l'Autorité française de la concurrence et l'affaire présente, qui ne permettent pas de tirer des conclusions sur l'applicabilité du même raisonnement au cas d'espèce.

35. Selon le plaignant, il y a atteinte grave et irréparable à son entreprise du fait de son impossibilité d'accès à la plateforme d'Amazon. Cependant, il convient de constater que le Conseil a établi dans sa décision 2012-MC-02 le niveau de preuve requis pour que la demande de mesures conservatoires soit considérée comme suffisamment étayée⁸. A ce titre, le Conseil a établi qu'une argumentation qui reste abstraite et théorique n'est pas satisfaisante, les affirmations devant être étayées à l'aide d'éléments probants suffisants.

36. Finalement, selon l'article 12 de la loi, les mesures conservatoires doivent répondre à une situation d'urgence. Cet aspect ressort également des travaux préparatoires de la loi du 23 octobre 2011, qui précisent que « *les mesures conservatoires sont par définition urgentes et doivent intervenir dans un court laps de temps afin de prévenir l'attente grave, immédiate et irréparable à l'ordre public économique ou à l'entreprise plaignante* »⁹.

37. En effet, la période de plus de deux ans qui s'est écoulée entre la date de la clôture du compte vendeur par Amazon et le dépôt de la plainte auprès du Conseil est difficilement compatible avec la notion d'urgence qui est requise lors d'une décision de mesures conservatoires.

38. Pour l'ensemble de ces raisons, la notion d'atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ne peut pas être retenue.

39. N'ayant établi, au stade actuel de la procédure, ni le constat *prima facie* d'un abus de position dominante dans le chef d'Amazon, ni une atteinte grave et irréparable à l'entreprise plaignante ou à l'ordre public économique, la demande en instauration de mesures conservatoires ne saurait être accordée.

⁷ Décision 19-MC-01 du 31 janvier 2019, page 23.

⁸ Décision 2012-MC-01 du 24 août 2012.

⁹ Travaux préparatoires, document parlementaire n° 5816/00 p.27.

Adopte la présente décision :

Article unique

La demande de mesures conservatoires est rejetée.

Ainsi décidé à Luxembourg, le 3 juillet 2019.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Pierre Barthelmé', is centered on the page.

Pierre Barthelmé
Président

La présente décision est susceptible d'un recours en annulation devant le Tribunal administratif. Le délai de recours est de trois mois à partir de la notification de la présente décision. Le recours est introduit par requête signée d'un avocat à la Cour.