

UNIVERSITE PARIS 2 PANTHEON-ASSAS  
INSTITUT DE DROIT COMPARE

\*\*\*\*\*

MASTER 2 RECHERCHE DROIT EUROPEEN COMPARE  
2015 - 2016

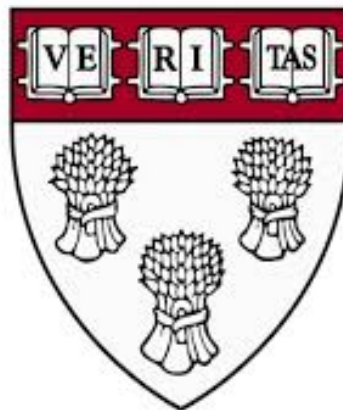


UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

**LES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION À L'ÉPREUVE D'INTERNET :  
ÉTUDE COMPARATIVE FRANCE – ÉTATS-UNIS**

**Claire FORESTIER**

*Sous la direction du Professeur Louis VOGEL*



*Séjour de recherche effectué au sein de l'Université d'Harvard*



## **REMERCIEMENTS**

A Monsieur Louis Vogel, Professeur à l'Université de Panthéon-Assas, Directeur du Master II de Recherche de Droit Européen Comparé, pour avoir accepté de diriger ce mémoire et pour ses précieux conseils.

A la Harvard Law Library et son personnel, pour leur accueil, leur grande disponibilité et leur aide dans mes recherches.

A ma famille et mes amis pour leur patience et leurs encouragements.

## **SOMMAIRE :**

**INTRODUCTION :** Deux raisonnements différents découlant de leurs influences historiques :

**CHAPITRE 1 :** Influences historiques et courants de pensées : l'analyse économique du droit de la concurrence :

I. Les courants de pensées dominants aux Etats-Unis :

A. L'école d'Harvard : l'école des structuralistes :

B. L'école de Chicago : l'école néolibérale:

II. Les influences européennes et françaises :

A. Les approches européennes :

1) L'école de pensée de Fribourg : l'ordo-libéralisme :

2) La situation du Royaume-Uni :

3) Le développement européen :

B. L'approche française :

**CHAPITRE 2 :** Quel mécanisme probatoire pour chaque conception des accords verticaux :

I. Des divergences théoriques :

A. Sur la définition des restrictions verticales :

B. Sur le rôle du pouvoir de marché :

C. Sur la conception de l'efficacité et la notion de bien être des consommateurs :

D. Différents enjeux derrière la vente en ligne :

II. Des stratégies de défense opposées :

A. Evaluation casuistique ou présomption :

B. Charge de la preuve :

## **PARTIE I : Des principes antinomiques face à l'ambivalence des effets de la distribution en ligne :**

**CHAPITRE 1 :** La dualité des conséquences de la distribution en ligne :

I. L'émergence d'effets pro-concurrentiels :

A. Des prix plus compétitifs :

B. L'élargissement de l'éventail de choix :

C. L'extension de la couverture géographique :

II. Le risque d'une augmentation d'atteintes à la concurrence :

## **CHAPITRE 2 : Des principes opposés : l'exemple de la distribution sélective :**

I. En France : une interdiction quasi absolue d'interdire la vente en ligne :

A. Le cadre normatif et l'état du marché :

B. Rappel des faits et procédure :

C. Des exceptions à l'interdiction très restreintes :

1) *L'existence d'une justification objective :*

2) *Le bénéfice d'une exemption par catégorie du règlement n°2790/1999 :*

3) *Le bénéfice d'une exemption individuelle selon l'article 101§3 TFUE :*

II. Aux Etats-Unis : une liberté quasi absolue pour la vente en ligne :

A. Le cadre normatif :

B. Rappel des faits et procédure :

C. Les exceptions possibles soulevées par les juges :

## **PARTIE II : Des principes pouvant être adaptés aux besoins du e-commerce :**

### **CHAPITRE 1 : Les principes de la vente en ligne face aux objectifs politiques :**

I. La question de la protection territoriale au cœur des distinctions des modes de distribution européens :

A. La distribution sélective :

B. La distribution exclusive :

C. Exceptionnellement / Cas des investissements :

II. La concurrence intermarque au cœur des préoccupations américaines :

### **CHAPITRE 2 : Les aménagements possibles à visée économique :**

I. Les restrictions à la vente en ligne autorisées en Europe et en France :

A. Le contrôle par le fournisseur au nom de la cohérence du réseau :

1) L'imposition des normes qualitatives :

2) L'utilisation des plateformes de référencement :

- 3) La nécessité de disposer d'un magasin physique :
- 4) Une restriction à l'égard du fournisseur : territoires exclusifs et franchises :

B. L'imposition des restrictions quantitatives :

- 1) L'imposition d'un chiffre d'affaires minimum pour les ventes physiques :
- 2) Le cas des free riders :

II. La liberté américaine affirmée dans le choix des critères par le fournisseur :

- A. Une grande liberté dans la gestion de son réseau de distribution :
- B. La possibilité pour le fournisseur de se réserver la vente par internet :
- C. Les restrictions géographiques admises : territoires exclusifs et clauses de localisation
- D. L'imposition par le fournisseur de critères discriminants entre ses distributeurs :

### **CHAPITRE 3 : Les aménagements au e-commerce prohibés :**

I. Des interdictions absolues en France et en Europe :

- A. L'imposition de double prix :
- B. L'exigence d'une proportion de ventes physiques :
- C. L'interdiction indirecte de la vente en ligne :
- D. L'émission de pressions sur les recommandations de prix :

II. La générosité des juridictions américaines atténuée :

### **CONCLUSION :**



## **Introduction : Deux raisonnements différents découlant de leurs influences historiques :**

Afin de répondre aux interrogations concernant les mesures prises par les acteurs du droit de la concurrence et les opérateurs, en France et aux Etats-Unis, afin de s'adapter à l'émergence du commerce électronique au sein des réseaux de distribution, nous commencerons par analyser leurs influences historiques ainsi que les mécanismes probatoires de chacun.

## **Chapitre 1 : Influences historiques et courants de pensées : l'analyse économique du droit de la concurrence :**

### **I. Les courants de pensées dominants aux Etats-Unis :**

Précurseurs quant à l'adoption de politiques de concurrence par le biais du Sherman Act de 1890, les Etats-Unis ont reçu l'influence majoritaire de deux courants de pensées économiques : l'école de Chicago conservatrice et l'école d'Harvard plus modérée, s'immiscant chacune dans l'interprétation jurisprudentielle des lois « antitrust ». En effet, la Cour Suprême souhaitait intégrer une appréciation économique dans son raisonnement afin d'assurer la protection de la concurrence.

#### **A. L'école d'Harvard : l'école des structuralistes :**

L'école d'Harvard a prédominé à partir des années 1950 et durant une trentaine d'années. Selon les adeptes<sup>1</sup> de cette approche, les politiques de concurrence auraient pour but de tenter de maintenir l'économie dans une situation de concurrence pure et parfaite, c'est-à-dire cherchant à « prévenir ou neutraliser toutes les situations de domination économique »<sup>2</sup>. Par conséquent, l'objectif serait de lutter contre les comportements affaiblissant la concurrence. Les acteurs du marché étant perçus comme susceptibles de fausser le jeu de la concurrence par l'augmentation de leur pouvoir de marché au détriment du bien être des consommateurs. C'est pourquoi, cette approche a conduit à l'élaboration d'un régime strict concernant les politiques de concurrence.

L'école d'Harvard est habituellement associée à l'utilisation de la « per se rule of illegality » qui assure une certaine sécurité juridique autant aux entreprises qu'aux praticiens, en établissant une liste des pratiques interdites.

---

1 Edouard Hastings Chamberlin, Edward Mason puis Joe Bain.

2 Droit de la concurrence interne et européen 6<sup>e</sup> édition, Marie Malaurie-Vignal. Sirey Université, (p33).



L'influence de l'école d'Harvard a atteint son apogée avec l'application de la « per se rule of illegality » dans l'arrêt : *United States v. Arnold Schwinn & Co.* (1967)<sup>3</sup>. En l'espèce, l'entreprise Schwinn, premier fabricant de vélos aux Etats-Unis, avait mis en place un système de répartition par zones géographiques et de répartition de clientèles. Plusieurs systèmes étaient utilisés via différents rapports entre la société et ses concessionnaires. Dans chacun des cas, le contrat de concession contenait une clause de territorialité exclusive.

Le gouvernement américain recommandait l'utilisation de la règle de raison, arguant que Schwinn appliquait une restriction déraisonnable au commerce en limitant unilatéralement la zone géographique ou les personnes auxquelles ses concessionnaires pourraient revendre leurs produits. Cependant, et pour la première fois, les juges de la cour suprême ont appliqué la règle de « per se rule of illegality » à un cas de restrictions contrôlant et limitant la distribution<sup>4</sup>.

En l'espèce, les restrictions verticales imposées aux distributeurs, dans la revente des biens aux revendeurs franchisés, ont été jugées illégales en soi. La cour a indiqué que ce type de contrôle de distribution n'était pas déraisonnable. Les juges ont distingués deux cas : celui de la société Schwinn, qui était autorisée à imposer des restrictions territoriales pour les produits dont elle était encore propriétaire. Puis, le cas des sociétés ne pouvant émettre de telles restrictions puisque transférant la propriété et par conséquent les risques à leurs concessionnaires. Selon Larry L. Williams<sup>5</sup>, le raisonnement de la cour découlait de la conviction des juges, de la nécessité du contrôle par Schwinn afin de pouvoir rivaliser avec le commerce de masse.

En revanche, le « Plan Schwinn » prévoyant les différents types de rapports avec les concessionnaires violait le Sherman Act.

En résumé, selon l'école d'Harvard, c'est la structure du marché qui détermine le comportement des entreprises et par conséquent l'efficacité du marché. C'est pourquoi, une forte concentration sur un marché déterminé serait la principale barrière à l'entrée. L'objectif des politiques de concurrence serait donc d'empêcher ces fortes concentrations par un fort interventionnisme des autorités et gouvernements afin d'agir sur la structure du marché.

---

3 *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)

4 Gardner, James K. (1968) "A Consignment Approach to Vertical Marketing Restrictions (*United States v. Arnold, Schwinn & Co.*)," *Indiana Law Journal*: Vol. 43: Iss. 2, Article 7.

5 Larry L. Williams, *Distribution and the Sherman Act—The Effects of General Motors, Schwinn and Sealy*, 1967 *Duke Law Journal* 732-740 (1967).

Cette analyse fût sévèrement remise en cause par l'école de Chicago<sup>6</sup>, arguant qu'une interdiction per se risquait également d'interdire des pratiques économiquement favorables, préconisant au contraire une évaluation économique par une approche casuistique.

### **B. L'école de Chicago : l'école néolibérale :**

Une autre approche, plus dynamique, fût proposée par Aaron Director<sup>7</sup>, désigné comme étant le précurseur de l'école de Chicago. Cette approche est centrée sur l'efficacité découlant du pouvoir de marché. Elle a influencé le droit de la concurrence américain à partir des années 1950 et s'est diffusée dans les années 1970-1980.

Ainsi, la concurrence ne devrait pas résulter de la mise en place de politiques de concurrence mais des forces en présence et, par conséquent, du processus de concurrence sur le marché lui-même. C'est pourquoi, les pratiques anticoncurrentielles telles que les abus de position dominante ou les ententes ne sont pas nécessairement analysées comme néfastes et peuvent même contribuer à l'efficacité du marché par une stimulation de la concurrence.

Par conséquent, concernant les restrictions verticales, l'école de Chicago a abandonné l'utilisation de la règle « per se rule of illegality » au profit de la « rule of reason », privilégiant l'analyse des comportements de marché et leurs conséquences.

Une dizaine d'années après l'arrêt *United States v. Arnold Schwinn & Co.*, la cour suprême procède à un revirement de jurisprudence avec l'arrêt *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*<sup>8</sup>

En l'espèce, le fabricant de téléviseurs GTE Sylvania détenait 2% de parts du marché très concurrentiel. Souhaitant étendre sa part de marché, il conclut des contrats avec de nombreux distributeurs, l'entreprise imposait alors des restrictions territoriales aux revendeurs détaillants. Elle parvint alors à détenir 5% de parts du marché des téléviseurs aux Etats-Unis. Quelque temps plus tard, un détaillant contesta l'ouverture d'un magasin par Sylvania dans le champ territorial qui lui avait été attribué d'une part et d'autre part le refus concernant sa demande d'ouverture d'une seconde franchise dans le champ territorial concédé à un autre détaillant.

En l'espèce, la cour suprême a refusé d'appliquer la distinction faite dix ans auparavant, entre les restrictions liées aux ventes et celles liées aux non ventes. En effet, la majorité des juges, procédant à l'examen des clauses de territorialité, a déclaré que la règle per se utilisée dans *Schwinn* n'était pas applicable en l'espèce, privilégiant l'approche de l'école de Chicago et l'utilisation de la règle

---

6 Piraino, Thomas A. Jr. (2007) "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century," *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4.

7 Richard A. Posner *The Chicago School of Antitrust Analysis*, 127 U. Pa. L. Rev. 925 (1979).

8 *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Incorporated*, 433 U.S. 36, (1977)

de raison. Les juges de la cour suprême, revenant à une analyse traditionnelle<sup>9</sup> et se référant à la protection du bien être des consommateurs, décidèrent que le contrôle des restrictions verticales ne concernant pas les prix ne nécessitait pas l'application de la règle per se, mais devait être réalisé par une mise en balance des effets pro et anti-concurrentiels<sup>10</sup>, appliquant ainsi la règle de raison. Cette appréciation économique des ententes verticales n'avait pas été invoquée lors de l'arrêt Schwinn. Dans *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc*, délaissant la « per se rule of illegality », la cour suprême n'a pas pour autant précisé ses conditions d'application.

En définitive, pour trancher les cas concrets, l'école de Chicago préconise donc aux juges de se concentrer sur plusieurs aspects : d'une part la maximisation du bien être des consommateurs<sup>11</sup> et d'autre part, une analyse économique approfondie pour apprécier les effets réels du comportements soi-disant déviant de l'entreprise en cause.

Pour l'école de Chicago, les coûts imposés aux nouveaux entrants constitueraient des barrières à l'entrée. Ces coûts pouvant venir des économies d'échelles tout autant que des gouvernements par exemple, par le biais des aides d'état, des droits de propriété intellectuelle.

Selon eux, les gouvernements ne devraient intervenir qu'en cas d'ententes injustifiables ou de fusions pouvant créer des monopoles ou faciliter les ententes en réduisant le nombre d'acteurs sur le marché. Ainsi, les tenants<sup>12</sup> de l'approche de l'école de Chicago prônent un interventionnisme minimal et un principe de légalité pour les accords verticaux, le marché ayant la capacité naturelle de se réguler par lui-même en corrigeant les déséquilibres. C'est pourquoi, la structure concentrée ou non du marché ne devrait pas être remise en cause, les autorités devraient plutôt se concentrer sur son efficacité.

Pour autant, l'utilisation de la règle de raison fût critiquée par Posner<sup>13</sup> en raison du manque de sécurité juridique pour les entreprises et estimant : « son contenu largement inconnu ; en pratique, ce n'est pas plus qu'un euphémisme pour non responsabilité ».

---

9 Revenant à l'utilisation de la règle de raison appliquée dans les arrêts *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963) et *Northern Pacific R. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958)

10 Le principe d'efficacité dans la jurisprudence européenne / Aurélien Portuese ; sous la direction de Louis Vogel et de Bruno Deffains / [S.l.] : [s.n.] , 2012. P298-299.

11 *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, by Robert H. Bork. New York: Basic Books, 1978. (voir p98, p178).

12 Les juristes Richard Posner, Robert Bork ou encore les économistes George Stigler, William Baumol, John Panzar ou Robert Willig.

13 Richard A. Posner, "The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision," 45 *University of Chicago Law Review* 1 (1977). P14

Par conséquent, l'influence de ces deux écoles de pensée a conduit à l'adoption de politiques de concurrence posant un « cadre minimum », avec un très faible interventionnisme de l'État. L'idée étant que l'équilibre du marché est directement généré par les acteurs eux-mêmes.

## **II. Les influences européennes et françaises :**

L'union européenne a reçu l'influence de plusieurs courants de pensée, parmi lesquels : l'école de Fribourg, la vision anglaise ainsi que les réflexions menées en France.

### **A. Les approches européennes :**

Au sein de l'Union Européenne, l'Allemagne et le Royaume-Uni ont été les premiers états membres à s'être dotés de mesures relatives au droit de la concurrence.

Principalement influencée par l'école de Fribourg, ce n'est qu'avec la signature du traité de Rome de 1957 que l'émergence de véritables politiques de concurrence a vu le jour au sein de la communauté européenne.

#### **1) L'école de pensée de Fribourg : l'ordo-libéralisme :**

En Europe, l'Allemagne fût le premier pays à mettre en place un cadre juridique corrigeant les déséquilibres et permettant la croissance économique en passant par la régulation du marché. Le cadre fût mis en œuvre dès la fin de la seconde guerre mondiale afin d'assurer la reconstruction du pays, avec l'émergence de l'approche dite de « l'école de Fribourg » se rapprochant à certains égards de celle d'Harvard en ce qu'elle entend interdire les pratiques affectant la structure du marché. De même, cette théorie ordo libérale ne prône pas une analyse économique au cas par cas par la mise en balance des intérêts pro et anti-concurrentiels, l'efficacité économique n'étant pas l'objectif prioritaire.

Ce modèle a voulu créer un système social au sein duquel les individus seraient autant libres que possible du pouvoir économique mais aussi des interventions politiques. La politique concurrentielle doit nécessairement s'inscrire dans un ensemble cohérent d'actions étatiques : elle doit être conjuguée avec des principes de régulation à propos de la politique économique, monétaire ou encore des problématiques liées au marché du travail.

L'important n'est pas le marché lui-même mais l'existence des entreprises les plus importantes et leurs actions sur ce marché. En effet, elles sont perçues comme une menace pour l'économie et les

libertés individuelles. Par conséquent, les fondateurs<sup>14</sup> de cette théorie préconisent l'intervention des états à leur égard, chargés de maintenir une concurrence libre et non faussée sur le marché.

Le rôle de l'état est alors de déterminer les règles, les appliquer et veiller à leur respect afin d'interdire les abus intervenants sur le marché. Il dispose d'un véritable pouvoir « d'ordonnateur<sup>15</sup> ». Pour autant, son rôle, limité constitutionnellement, n'est pas celui d'un état dirigiste.

Les initiateurs de ce courant de pensée partent du principe que le mécanisme de marché est le plus efficace. Cependant, l'idée n'est pas non plus d'appliquer la doctrine du « laissez-faire » mais de créer un cadre juridique suffisamment fort avec une politique de concurrence établie par l'état, nécessaire afin de conjuguer liberté économique<sup>16</sup> et justice sociale dans le but de réduire les inégalités<sup>17</sup>.

## **2) La situation du Royaume-Uni :**

Après la seconde guerre mondiale, le gouvernement anglais soucieux de favoriser le plein emploi et de maintenir l'aide américaine, s'est intéressé à la régulation de la concurrence<sup>18</sup>. Par une loi de 1948, il prévoit des mécanismes préventifs et coercitifs à propos des monopoles et pratiques restrictives<sup>19</sup>. Cette loi ne détaille pas les pratiques illégales ou les conditions particulières d'un monopole, elle fournit uniquement et dans des termes généraux, des indications afin de régler les cas particuliers et prévoit des mécanismes préventifs et coercitifs. Elle diffère donc de l'approche américaine et de la règle « per se rule of illegality ». En 1956, une seconde loi<sup>20</sup> est venue renforcer le contrôle des pratiques commerciales restrictives, ajoutant des modalités d'enregistrement pour les accords restrictifs de concurrence.

## **3) Le développement européen :**

En 1951, les six états membres fondateurs de la communauté européenne signèrent le traité CECA. Le droit de la concurrence faisait partie des questions à régler pour la signature de cet accord.

---

14 L'économiste Walter Eucken et les juristes Franz Böhm et Hans Grossmann-Doerth.

15 Economie sociale de marché : Qu'est ce que cela signifie concrètement ? Siegfried F. Franke et David Gregosz, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2013 (p9).

16 Les bénéfices résultant des forces du marché n'étant pas bloquées et les normes sociales restent garanties (protection des parties faibles, application des droits des travailleurs).

17 « Competition in a Social Market economy » Speech by Commissioner M. Monti at the Conference of the European Parliament and the European Commission on 'Reform of European Competition law' in Freiburg on 9/10 November 2000.

18 Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948.

19 « The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom », LSE Law, Society and Economy Working Papers, United Kingdom Competition Authority, 9/2009.

20 The Restrictive Trade Practices Act 1956.

L'article 65 interdisait les ententes et l'article 66 traitait des concentrations, enfin un dernier article portait sur les abus de position dominante. Pour la première fois, ce type de règles était intégré à un accord multilatéral régional servant de modèle de droit de la concurrence.

Mais ce n'est qu'en 1957, par l'élaboration du Traité de Rome (établissant la communauté économique européenne), que les règles relatives au droit de la concurrence furent véritablement introduites.

L'article 85 interdisait les ententes mais prévoyait une exemption (85(3)), l'article 86 interdisait les abus de domination. En outre, il comprenait deux autres articles (90 et 92) à propos des entreprises publiques et des aides d'état.

L'influence de l'approche ordo libérale allemande s'est faite ressentir à travers Hans von der Groeben, premier commissaire à la concurrence ainsi que Walter Hallstein, premier président de la Commission. Les états membres, sont parvenus à un consensus sur l'idée d'un marché unique où l'efficacité du mécanisme de marché permet d'assurer le bien être des consommateurs. Par conséquent, une politique de concurrence protégeant les forces du marché des restrictions par les états membres<sup>21</sup> ou par les opérateurs économiques a été mise en œuvre.

Ainsi, l'intervention limitée de l'état est essentielle dès lors que le marché connaît un déséquilibre concurrentiel, son rôle étant d'assurer un marché libre, préservant le processus de concurrence. De plus, un autre objectif du volet concurrentiel de la régulation était d'écarter les discriminations entre états membres.

Les dispositions relatives à la concurrence furent introduites dans le traité de Rome pour « garantir une concurrence non faussée »<sup>22</sup> au sein du marché intérieur.

## **B. L'approche française :**

Le droit français de la concurrence s'est développé à la suite de la seconde guerre mondiale, s'inspirant des Etats-Unis, il était perçu comme « un instrument de politique économique de l'état »<sup>23</sup> afin de contrôler le fonctionnement du marché, c'est pourquoi il dépend principalement des autorités administratives et du ministre de l'économie. En France, le but du droit de la concurrence est d'être au service des consommateurs et l'efficacité économique. Il prend en considération l'analyse économique et les autorités mettent en place une politique concurrentielle

---

21 Par le biais des aides d'états par exemple.

22 Selon l'article 3 du Traité EC, et depuis l'adoption du Traité de Lisbonne, inséré dans le protocole n° 27 des annexes du TFUE.

23 Louis Vogel, Droit Européen de la Concurrence. Dalloz – Précis Dalloz, 20 novembre 2012.

en lien avec le cadre européen. En France, où le taux d'interventionnisme est fort, le droit de la concurrence est toujours perçu comme un instrument de la politique économique de l'état.

Finalement, le droit européen a reçu l'influence de l'ordo libéralisme notamment pour la rédaction des articles 101 et 102 du TFEU. C'est pourquoi, dès la rédaction des articles européens et des Sections 1 et 2 du Sherman Act américain, les différences étaient évidentes.

## **Chapitre 2 : Quel mécanisme probatoire pour chaque conception des accords verticaux :**

### **I. Des divergences théoriques :**

Plusieurs différences entre les politiques de concurrence en UE et aux Etats-Unis, découlent de leurs influences historiques. Parmi les principales nous pouvons noter : la définition des restrictions verticales, la conception du pouvoir de marché, les concepts de « welfare and efficiency » et enfin les enjeux politiques liés à la vente par internet.

#### **A. Sur la définition des restrictions verticales :**

Au niveau européen, les articles 101§1 et §3 ainsi que le règlement d'exemption par catégories et les lignes directrices concernant les restrictions verticales constituent le socle de la réglementation<sup>24</sup>. Le cadre légal est donc assez strict ce qui induit la définition et des indications concernant l'interprétation des restrictions verticales.

Aux Etats-Unis, la Section 1 du Sherman Act introduit la notion de « conspirations ». Celle-ci se concentre sur l'acte en lui-même plutôt que sur le comportement des parties impliquées. Il suffit que l'accord soit conclu.

A l'égard de ces conspirations, le droit américain ne requiert pas la preuve d'un accord formel. L'entente peut être expresse ou tacite. La principale différence dans la définition des restrictions verticales entre la France et les Etats-Unis réside dans l'importance accordée au principe de liberté de commerce américain, de ce fait une restriction imposée au distributeur par le fournisseur sera admise même si elle limite la concurrence. En France et en Europe, ce type d'accords tomberait sous le jeu de l'article 101§1TFUE, c'est pourquoi l'article 101§1TFUE est analysé comme étant

---

<sup>24</sup> « A comparative study of United States and European Union approaches to vertical policy » James C. Cooper, Luke M. Froeb, Daniel P. O'Brien, and Michael G. Vita, *George Mason Law Review* 13, No. 2 (2005).

plus sévère puisqu'il prend en considération davantage de restrictions verticales. Par conséquent le nombre d'affaires est plus important au sein de l'Union Européenne qu'aux Etats-Unis<sup>25</sup>.

### **B. Sur le rôle du pouvoir de marché :**

Le concept de pouvoir de marché est nécessaire tant au niveau européen qu'aux Etats-Unis afin d'identifier les effets des pratiques en cause sur le marché.

Au niveau européen le concept de pouvoir de marché est identifié par l'existence du seuil inséré dans le règlement d'exemption par catégorie<sup>26</sup> : son application est prévue dès lors que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur sur le marché des fournitures et sur les achats concernés ne dépassent pas 30%. Dans ce cas, le règlement prévoit l'inapplication de l'article 101§1 TFUE à l'accord en cause. Ces seuils fonctionnant comme des filtres, leur respect par les autorités européennes est obligatoire tandis qu'aux Etats-Unis la prise en considération du pouvoir de marché est laissée à l'appréciation des juridictions.

En effet, les juridictions américaines procèdent à un bilan concurrentiel et en tiennent compte en tant que composante parmi d'autres à l'occasion d'une évaluation par la règle de raison. Par ailleurs, la décision d'ouverture d'une enquête ne sera favorable que lorsque le fabricant a un certain pouvoir économique. Si les autorités soupçonnent une certaine puissance sur le marché en cause. L'appréciation par les juridictions est donc d'une importance majeure, les juges disposent d'une très grande flexibilité.

### **C. Sur la conception de l'efficacité et la notion de bien être des consommateurs :**

Ces concepts sont pris en considération aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne pour évaluer l'incidence des restrictions sur la concurrence<sup>27</sup>.

Aux Etats-Unis, le bien être des consommateurs est lié à « l'efficacité allocative » où la répercussion sur celui-ci est directe. En revanche, pour le droit européen de la concurrence, l'article 101 §3 TFUE émet plusieurs conditions et place les gains d'efficacité pour le consommateur au même titre que l'amélioration de : « la production ou la distribution », « le progrès technique ou économique ». Le bien être des consommateurs entre également en jeu pour l'exemption individuelle qui peut être accordée.

---

<sup>25</sup> Julian M. Joshua, Sarah Jordan, Combinations, Concerted Practices and Cartels: Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law Symposium on European Competition Law , 24 Nw. J. Int'l L. & Bus. 647 (2003-2004).

<sup>26</sup> Règlement (UE) No 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

<sup>27</sup> Daskalova Victoria, Consumer Welfare in EU Competition Law: What is It (Not) About? (May 1, 2015). The Competition Law Review (2015), Vol. 11, p 130.



En droit américain comme européen, le concept reste incertain. En effet, la définition du bien être des consommateurs reste discutée aux Etats-Unis<sup>28</sup>, la cour suprême n'en n'a pas donné de définition précise<sup>29</sup>. Au sein de l'Union Européenne, le bien être des consommateurs, malgré qu'il soit un des objectifs du droit européen, reste également imprécis.

#### **D. Différents enjeux derrière la vente en ligne :**

Au sein de l'Union Européenne, la vente par internet pose une problématique plus générale, en effet, elle est devenue un enjeu de la politique de concurrence pour la réalisation du marché intérieur unique.

Dès la rédaction du traité, l'objectif était de créer un marché unique dont les bénéficiaires profitent aux consommateurs<sup>30</sup>. La politique de concurrence favorisait l'émergence d'un ordre économique dont les avantages bénéficieraient aux consommateurs.

Par ailleurs, on constate que le marché en ligne est fragmenté au sein de l'Union Européenne, tandis que le marché physique a réussi à supprimer ces obstacles<sup>31</sup>. Ces freins ont poussé la commission européenne à élaborer une stratégie numérique afin de « mettre le marché unique en ligne ». Cette stratégie numérique pour le marché unique a été en mai 2015. Par ailleurs, « La Commission européenne a identifié l'achèvement du marché unique numérique<sup>32</sup> comme l'une de ses 10 priorités politiques ». Selon la commission, l'objectif vise à « améliorer la position de l'Europe en tant que chef de file mondial dans l'économie numérique », en luttant contre les discriminations géographiques<sup>33</sup> qui handicapent les échanges transfrontaliers. Cette stratégie permettrait une meilleure compétitivité et une baisse du coût pour les consommateurs.

Par opposition, aux Etats-Unis, la problématique d'un marché intérieur unique n'est pas un enjeu politique. En revanche, les juridictions américaines portent une attention particulière à l'amélioration de la concurrence inter marque et prennent également en considération le bien être des consommateurs. Selon Frederic Marty, les politiques de concurrence américaines : « *visent à la*

---

28 Barak Orbach, 'Foreword: Antitrust's Pursuit of Purpose' (2012-2013) Fordham L Rev, 215.

29 Thomas Rosch, 'Monopsony and the Meaning of "Consumer Welfare": A Closer Look at Weyerhaeuser' (paper presented at the Milton Handler Annual Antitrust Review in New York, NY, USA on 7 December 2006).

30 Competition in a Social Market economy. Speech by Commissioner Monti at the Conference of the European Parliament and the European Commission on 'Reform of European Competition law' in Freiburg on 9/10 November 2000.

31 European Commission - Fact Sheet : Boosting e-commerce in the EU. Brussels, 25 May 2016. « À l'heure actuelle, les marchés des services en ligne sont essentiellement nationaux. 7 % seulement des PME européennes vendent leurs produits à l'étranger ».

32 « Un marché unique numérique (DSM) est celui dans lequel la libre circulation des personnes, des services et des capitaux est assurée et où les particuliers et les entreprises peuvent accéder de façon transparente et exercer des activités en ligne dans des conditions de concurrence loyale, et un niveau élevé de consommation et des données personnelles protection, quelle que soit leur nationalité ou leur lieu de résidence ». <[https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/digital\\_single\\_market\\_factsheet\\_final\\_20150504.pdf](https://ec.europa.eu/digital-single-market/sites/digital-agenda/files/digital_single_market_factsheet_final_20150504.pdf)>

33 Discriminations fondées sur la nationalité, la résidence ou le lieu d'établissement.

*maximisation du bien-être du consommateur sous réserve du respect des droits de propriété et de la liberté contractuelle des opérateurs de marché* »<sup>34</sup>.

## **II. Des stratégies de défense opposées :**

Aux Etats-Unis comme en Europe et en France, l'évaluation se concentre sur les effets pro et anti concurrentiels afin de trouver un équilibre entre les restrictions et les bénéfices pouvant être retirés.

### **A. Evaluation casuistique ou présomption :**

D'un côté, les juridictions américaines ont abandonné l'utilisation des règles de prohibition per se au profit de la règle de raison. Elles réalisent un examen casuistique pour chacune des pratiques mises en cause. Pour cela, les juges mettent en balance les effets pro et anti concurrentiels. L'analyse économique y est par conséquent privilégiée, par ailleurs les juges disposent davantage de souplesse, au détriment de la sécurité juridique<sup>35</sup>. Par conséquent, les tribunaux jouent un rôle majeur pour l'application de la règle de raison.

De l'autre, au sein de l'union européenne, les juges sont plus exigeants face aux accords verticaux. On passe principalement par des présomptions légales réfutables afin de faciliter la charge de la preuve à la partie faible. Le législateur européen a donc la possibilité de fixer des présomptions plus ou moins précises ce qui favorise la prévisibilité et la sécurité juridique.

### **B. Charge de la preuve :**

Aux Etats-Unis, la charge de la preuve repose sur le demandeur qui, en s'appuyant sur le Sherman Act, doit alors démontrer que l'accord, est anticoncurrentiel ou qu'il porte atteinte à la concurrence et ainsi au bien-être des consommateurs. Afin d'évaluer la probabilité et le degré d'atteinte à la concurrence, les juridictions examinent plusieurs critères notamment les parts de marché à l'entrée des parties mises en cause.

Dans un premier temps, le demandeur doit démontrer l'influence anticoncurrentielle de l'entente sur le marché en précisant le marché en cause et l'incidence de la restriction sur celui-ci. Enfin, les effets anti concurrentiels avancés par le demandeur seront mis en balance avec les effets pro

---

34 « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché, Nov 2010, Frédéric Marty. OFCE N°2010-30. (p17).

35 « A Comparative Study of United States and European Union Approaches to Vertical Policy » James C. Cooper, Luke M. Froeb, Daniel P. O'Brien, and Michael G. Vita (2005)

concurrentiels que l'on peut retirer de la restriction. Il faudra par ailleurs vérifier si ces effets ne pourraient être atteints par d'autres moyens moins restrictifs<sup>36</sup>.

En droit européen, la charge de la preuve pèse sur la commission. Elle doit prouver que l'accord a pour « objet ou pour effet, la prévention, la restriction ou la distorsion de la concurrence dans le marché commun ». Le défendeur peut alors apporter la preuve contraire en se basant sur l'article 101 § 3 TFUE. Il peut démontrer que l'accord procure des gains d'efficacité supérieurs à l'atteinte à la concurrence, c'est-à-dire, que toutes les conditions énoncées ont été remplies, et démontrer que la restriction est à la fois favorable à la concurrence mais aussi aux consommateurs<sup>37</sup>.

Avec l'article 101 § 1 TFUE, La commission n'a pas à analyser les effets produits sur la concurrence, il lui serait suffisant de démontrer que l'accord porte atteinte à la liberté économique. Pour autant, la commission n'a pas d'obligation de mise en balance les effets pro et anti concurrentiels de l'accord en question. C'est pourquoi, la charge de la preuve pesant sur la commission semble moins difficile à réaliser que celle qui pèse sur le demandeur américain.

Par ailleurs, le règlement d'exemption par catégorie de 2010 permet de rétablir un équilibre, évitant ainsi l'application automatique de l'interdiction de 101 § 1 TFUE à certains accords déterminés, sans avoir besoin de démontrer « des avantages suffisants pour compenser leurs effets anticoncurrentiels. »

Malgré tout, il semble que le droit européen de la concurrence reste plus sévère que son équivalent américain puisqu'il interdit et condamne des pratiques accordées en droit américain. Par exemple, on observe une différence de seuils pour accorder l'exemption. Lorsque le règlement européen la limite aux entreprises en deçà de 30 % de parts de marché, en général le seuil de référence des juges américains est plus élevé.

---

36 « The Internet : Just Another Distribution Channel? EU and U.S. Competition Policy Approaches to E-Commerce ». Julia Wahl, Siska Troost and Caroline Buts (2015).

37 Competitor agreements under EU competition law - Alexander Italianer. 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute. New York, 26 September 2013.

## **PARTIE I : Des principes antinomiques face à l’ambivalence des effets de la distribution en ligne :**

### **Chapitre 1 : La dualité des conséquences de la distribution en ligne :**

Le e-commerce est soumis à la coexistence de plusieurs conséquences. D’une part, la vente en ligne est favorable à l’émergence de plusieurs effets pro concurrentiels mais de l’autre, elle peut également favoriser des comportements anti concurrentiels.

#### **I. L’émergence d’effets pro-concurrentiels :**

Les réseaux de distribution par internet ont permis d’améliorer le bien être des consommateurs sur plusieurs points : les questions relatives au prix, à l’élargissement du choix des produits et services mais aussi pour l’ouverture géographique des marchés.

##### **A. Des prix plus compétitifs :**

En premier lieu, l’émergence du commerce en ligne a eu une incidence sur les prix des produits et services.

D’une part, il est observé une baisse des prix des produits ou services sur internet (en prenant en considération le coût des frais de livraison) en comparaison des prix en magasin physique.

En effet, d’après une étude de l’autorité de la concurrence de 2012<sup>38</sup>, les coûts liés à la distribution ont diminués, les fabricants pouvant recourir aux distributeurs, mais également passer par une relation directe avec le consommateur. On retrouve un exemple dans le secteur des vacances où les réservations passant par les agences de voyages ont fortement diminuées au profit des réservations en ligne. En revanche, aux États-Unis, la vente de voiture par un concessionnaire physique est obligatoire<sup>39</sup>.

Selon l’avis de la commission européenne du 18 septembre 2012, les prix en ligne seraient en moyenne 10% inférieurs aux prix hors ligne. C’est notamment le cas pour « les produits électrodomestiques ». Par exemple les consommateurs pourraient économiser 10,4% sur les télévisions écran plat en achetant le produit en ligne ou 12,9% sur les fours à micro ondes. On observe le même phénomène pour les produits de pharmacie.<sup>40</sup>

---

38 Avis de l’Autorité de la concurrence n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 « relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique ».

39 « OECD, Policy roundables : vertical restraints for on-line sales » 2013.

40 L’économie réalisée lors d’un achat en ligne est de 5 à 15%.

En ce qui concerne les parfums et cosmétiques de luxe, les écarts de prix sont faibles en raison de la cohérence souhaitée par les distributeurs dans leurs magasins et sur leurs sites internet.

Aux Etats-Unis, d'après une étude datant du 18 avril 2016, les prix en ligne et hors ligne seraient similaires à 69%. Les prix des produits vendus moins chers via le commerce électronique représenteraient 22%<sup>41</sup>.

Pour le secteur de la parapharmacie, les produits sont en général proposés à un prix plus faible en ligne, la différence des prix représenterait 52% de la totalité des produits proposés. Quant au secteur électronique, les prix hors ligne seraient moins élevés pour 13% des produits et en moyenne le prix serait diminué de 9%.

Par ailleurs, selon l'autorité de la concurrence, les frais liés à la distribution bénéficieraient aussi aux pure players<sup>42</sup>, elle estime qu'il gagnerait environ 10% par rapport au brick and mortar<sup>43</sup>.

En outre, les consommateurs ont la possibilité de comparer les prix plus facilement entre les différents distributeurs. Par conséquent, les coûts de recherche sont également abaissés. En effet, il existe des sites comparateurs de prix qui permettent un gain de temps au consommateur et lui facilite la recherche du meilleur prix. Bien qu'aux Etats-Unis, la vente de véhicule automobile par un concessionnaire physique soit obligatoire, les consommateurs ont la possibilité de comparer les prix au préalable sur ce type de site.

Cependant, l'utilisation de ces sites comparateurs n'est pas toujours favorable au consommateur. En effet, les sites mettent en place des stratégies afin d'apparaître dans les premiers résultats et donc parmi les moins chers. Pour cela, les entreprises tentent de cacher le véritable prix du produit en complexifiant l'analyse pour les comparateurs. Ainsi, ils proposent plusieurs variantes ou le même produit dans plusieurs matériaux<sup>44</sup>.

En conclusion, les consommateurs bénéficient généralement d'un prix plus bas en effectuant leurs achats via internet que ce soit en France ou aux Etats-Unis. Cependant avec le commerce en ligne se pose la question des frais de port qui viennent s'ajouter au montant du produit ou service.

La grande majorité des sites internet proposent plusieurs modes de livraison, avec des délais différents et à des frais différents. La livraison peut être effectuée directement au domicile du consommateur, par voie postale, dans des points relais ou, depuis quelques années, dans les magasins physiques qui disposent du site internet, on parlera alors de point de retrait. La question

---

41 « Are Online and Offline Prices Similar? Evidence from Large Multi-Channel Retailers » Alberto Cavallo, MIT & NBER. 18 avril 2016 (p12-13)

42 Entreprises dont l'activité se déroule exclusivement via internet.

43 Entreprises dont l'activité se déroule exclusivement en magasin physique.

44 « Search, Obfuscation, and Price Elasticities on the Internet. » *Econometrica*, 77: 427–452. doi: 10.3982/ECTA5708 Ellison, G. and Ellison, S. F. (2009),.

est de savoir si c'est frais de livraison viennent compenser le gain effectué par les consommateurs en achetant en ligne.

L'étude réalisée par la commission européenne en 2012 a relevé que « la prise en compte de ces frais pouvait nettement réduire, voire, dans certains cas annuler, l'avantage de prix d'Internet ». Par exemple, il ne sera pas intéressant pour le consommateur d'effectuer des achats de « produits électrodomestiques volumineux<sup>45</sup> » via internet, l'économie réalisée par rapport au prix en magasin sera effacée par les frais de livraison. En revanche, les « produits électrodomestiques de grande consommation<sup>46</sup> » conserveront un avantage à hauteur de 5 à 10%.

Par ailleurs, pour les produits de parapharmacie, les parfums et les cosmétiques de luxe, les gains effectués en ligne sont soumis à variation selon le montant de leur commande. Très souvent les sites internet proposeront la livraison gratuite au-delà d'un certain seuil d'achat.

La raison de ces prix moins élevés réside notamment dans l'émergence de nouveaux acteurs qui favorisent la concurrence. Par exemple, les pure players n'ont aucun frais lié à l'installation d'un magasin physique, ils n'ont pas non plus de contrainte concernant une harmonisation de leurs prix en ligne ou hors ligne. Pour illustrer ce phénomène, on remarque selon l'étude de la commission, que les prix des télévisions et appareils photo numériques sont généralement 5 à 10% moins élevés lorsque les produits sont proposés par des pure players.

Concernant le secteur de la parapharmacie, les sites échappent à la contrainte du maintien d'une certaine cohérence de prix entre les ventes physiques et les ventes en ligne. En effet, contrairement au secteur des produits cosmétiques et des parfums où les écarts de prix en ligne et hors ligne sont très limités, aucune grande enseigne de parapharmacie disposant de magasins physiques n'est présente sur internet.

Enfin, il faut noter que les click and mortar sont soumis à coûts de distribution plus élevés que les pure players. En effet, ils doivent supporter tous les coûts liés à leur magasin physique. Selon l'étude de la commission européenne, les charges des click and mortar sont évalués entre 25 et 30% de leur chiffre d'affaires, tandis que ceux des pure players représentent 15 à 20% de leur chiffre d'affaires. En effet, disposer d'un magasin physique contraint à des coûts immobiliers et des charges salariales plus élevées.

Malgré tout, les ventes en lignes via les pure players ne sont pas dénuées de coûts de distribution.

Les charges auxquelles ils doivent faire face concernent principalement «(i) la logistique amont (approvisionnement, contrôle qualité, stockage, conditionnement, préparation de commandes,

---

45 Lave-linges, lave-vaisselles et réfrigérateurs.

46 Télévision, ordinateur, four à micro ondes.

étiquetage, etc.) ; (ii) la logistique aval (livraison) ; et (iii) la gestion des flux retour (liée par exemple à l'exercice du droit de rétractation, au service après-vente ou au recyclage)» ainsi que les frais liés au marketing afin d'acquérir une certaine notoriété.<sup>47</sup> Face au grand nombre de sites concurrents et face au click and mortar qui disposent souvent déjà d'une certaine notoriété, ces frais ont tendance à être de plus en plus importants.

## **B. L'élargissement de l'éventail de choix :**

Avec le développement du commerce électronique, les consommateurs bénéficient également d'un avantage supplémentaire en terme de choix. En effet, plusieurs facteurs permettent aux sites internet de proposer une gamme de produits élargie par rapport aux magasins physiques.

En effet, selon l'OCDE<sup>48</sup>, si la demande pour certains produits n'est pas suffisamment élevée, il est peu probable qu'ils se maintiennent en rayon, tandis qu'ils continueront d'être proposés sur internet. Par exemple, on estime qu'en moyenne les librairies en ligne propose « 57 fois plus de titres qu'une grande librairie indépendante traditionnelle »<sup>49</sup>.

Un autre exemple est proposé par l'étude de la commission européenne dans laquelle un distributeur de produits électrodomestiques, disposant de points de vente en ligne et physiques, a indiqué proposer en ligne : « environ [20 000-30 000] références (...) contre [5 000-10 000] références pour un magasin ».

Aux Etats-Unis, selon Alberto Cavallo, 81% des produits proposés en magasins seraient disponibles en ligne.

Dans les magasins traditionnels, la gestion des stocks et des approvisionnements est une difficulté quotidienne qui laisse peu de place aux produits de niche. Les sites internet n'étant pas soumis à ce type de contraintes, seront à même de proposer ce type de produits. Bien que, la vente en ligne nécessite un référencement des produits sur une page consacrée pour chacun d'eux, les coûts resteront inférieurs.

Néanmoins de rester compétitif, les magasins physiques qui ont développé leur site internet (appelés les click and mortar) peuvent y intégrer des places de marché. Cela leur permet d'étendre leur gamme de produits sans être contraint par une gestion des stocks délicate puisque ce sont les partenaires référencés qui s'en chargeront.

---

47 « Référencement payant sur les moteurs de recherche et sites comparateurs de prix, bannières publicitaires, etc. » Avis de l'Autorité de la concurrence n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 « relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique ».

48 OECD, Policy roundables : vertical restraints for on-line sales, 2013.

49 Brynjolfsson, E., Y. J. Hu, and M. D. Smith. « Consumer Surplus in the Digital Economy: Estimating the Value of Increased Product Variety at Online Booksellers. » Management Science 49 (11). (2003)

Il faut également noter que la vente en ligne permet de collecter plus facilement des informations sur les clients, donc de créer des bases de données concernant la demande, ce qui vient renforcer la facilité de la gestion des stocks.

Si l'émergence de la vente en ligne a permis l'élargissement de la gamme de produits, elle a également permis la création de nouveaux produits. Si nous reprenons l'exemple des librairies en ligne, les livres numériques dits « ebooks » sont apparus, ils sont toujours proposés à un coût moindre que leurs homologues papiers, ce qui encore une fois contribue au bien être des consommateurs.

Enfin, avec la vente en ligne, les consommateurs peuvent également choisir d'effectuer leurs achats à tout instant, par rapport aux magasins physiques, les sites de vente en ligne ne sont pas contraints au respect des horaires d'ouverture.

### **C. L'extension de la couverture géographique :**

Un autre facteur ayant contribué au bien être des consommateurs est l'ouverture géographique des zones de chalandises. Le commerce en ligne a amélioré la rapidité des commandes et accéléré la communication tout au long de la chaîne de distribution, par ailleurs les produits peuvent être proposés aux consommateurs situés à l'autre bout du monde.

En théorie, les barrières géographiques seraient supprimées avec les sites de vente en ligne. Pour autant, la pratique démontre que les achats restent en majorité dans des zones frontalières. Selon Hortaçsu, Martínez-Jerez, et Douglas<sup>50</sup>, les consommateurs privilégient les sites des pays voisins pour des raisons culturelles, les zones géographiques à proximité proposeraient des produits correspondant aux goûts des consommateurs partageant la même culture, mais aussi pour des raisons de sécurité juridique en cas de manquement au contrat, les démarches seraient facilitées.

## **II. Le risque d'une augmentation d'atteintes à la concurrence :**

Avec l'émergence des systèmes de distribution en ligne, certaines atteintes à la concurrence sont devenues plus risquées. En effet, le commerce électronique a engendré une plus grande transparence des caractéristiques et prix des produits. L'information circule instantanément ce qui pourrait faciliter des actes anticoncurrentiels tels que l'augmentation d'ententes, l'affaiblissement

---

<sup>50</sup> Hortaçsu, A., F. A. Martínez-Jerez, and J. Douglas. « The Geography of Trade in Online Transactions: Evidence from eBay and Mercadolibre. » *American Economic Journal: Microeconomics* (2009)



de la concurrence inter marques ou encore des phénomènes de parasitisme, au détriment du bien être des consommateurs.

En premier lieu, les restrictions verticales liées à la vente en ligne seraient susceptibles d'engendrer l'augmentation d'ententes en amont ou en aval. En effet, les ventes en ligne permettent aux clients mais aussi aux autres acteurs sur le marché, de bénéficier d'une plus grande transparence sur les prix. Une entente pourrait donc survenir, si la concurrence intermarque était faible et qu'en parallèle une politique de coordination pouvait être mise en place.

Par ailleurs, en fonction des prix de détail, les prix de gros seront fixés. Or, si le prix de détail varie, la fixation des prix de gros sera rendue plus compliquée, les accords concernant les prix permettraient alors de se passer des prix de détail et serait susceptibles de favoriser les ententes.<sup>51</sup>

En outre, la distribution en ligne peut également engendrer des risques plus importants de concurrence déloyale et de parasitisme. En effet, les distributeurs investissent pour faire prospérer leurs ventes, améliorer l'attractivité des produits, or cela peut également bénéficier aux autres distributeurs qui n'auront réalisé aucun investissement. C'est souvent le cas pour les réseaux de franchises. Par exemple, lorsqu'un des franchisés réalise des investissements qui sont susceptibles de profiter aux autres franchisés, cela favorise l'ensemble de la marque et non pas le seul franchisé à l'origine de l'investissement. C'est pourquoi, il serait plus opportun de coordonner leurs actions afin d'éviter des phénomènes de parasitisme.

Enfin, le commerce électronique pourrait engendrer un affaiblissement de la concurrence. En effet, les restrictions verticales, notamment celles concernant les prix, pourraient engendrer une baisse de la concurrence intramarque<sup>52</sup>.

## **CHAPITRE 2 : Des principes opposés : l'exemple de la distribution sélective :**

### **I. En France : une interdiction quasi absolue d'interdire la vente en ligne :**

Le principe des autorités de concurrence françaises est celui d'une interdiction quasi absolue, nous analyseront le cas de la jurisprudence « Pierre Fabre » et le rejet des exceptions à l'interdiction d'interdire la vente en ligne.

#### **A. Le cadre normatif et l'état du marché :**

---

51 Jullien, B. and Rey, P. (2007), Resale price maintenance and collusion. The RAND Journal of Economics, 38: 983–1001.

52 OECD : « Policy roundables : vertical restraints for on-line sales » (2013).

Au niveau du droit de l'Union Européenne, l'affaire concernait l'application de l'article 101§1 TFUE et la possibilité pour les clauses litigieuses de tomber sous le jeu de l'exemption de l'article 101§3 du TFUE. La réglementation française applicable était l'article L420-1 du Code de commerce prohibant les ententes.

A l'époque des faits, Pierre Fabre détenait 20% de parts de marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. Le marché était à la fois soumis à une importante concurrence intra et inter marque. En effet, d'une part Pierre Fabre disposait de 23 000 points de vente (intra marque) et d'autre part, les distributeurs pouvaient vendre en ligne les produits des concurrents. Cependant, pour son appréciation, la cour semble avoir laissé de côté l'état de la concurrence sur le marché<sup>53</sup>.

### **B. Rappel des faits et procédure :**

En l'espèce, les onze sociétés les plus importantes du secteur des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle étaient soupçonnées de pratiques illicites par le conseil de la concurrence<sup>54</sup> français qui procéda à son auto-saisine le 27 juin 2006<sup>55</sup>. En effet, ces entreprises interdisaient la vente de leurs produits par internet en limitant la liberté des distributeurs agréés.

Parmi eux, seul Pierre Fabre Dermo-Cosmétique refusa de se plier aux injonctions du conseil de la concurrence<sup>56</sup> et de modifier ses contrats de distribution sélective, en confirmant la restriction faite à l'égard de ses distributeurs agréés.

Ainsi, la revente de certains produits, comportait des restrictions insérées dans leurs conditions générales de distribution et de vente : la présence d'un diplômé en pharmacie était imposée et par conséquent la vente dans un espace physique.

*« Le distributeur agréé doit justifier de la présence physique et permanente dans son point de vente, et pendant toute l'amplitude horaire d'ouverture de celui-ci, d'au moins une personne spécialement qualifiée par sa formation pour :*

- *acquérir une parfaite connaissance des caractéristiques techniques et scientifiques des Produits (...), nécessaire à la bonne exécution des obligations d'exercice professionnel définie au paragraphe 1.4 ci-après,*
- *donner, de façon habituelle et constante, au consommateur toutes informations relatives à la bonne utilisation des Produits (...)*

---

53 Concurrences N° 1-2012 – Colloque – Réseaux de distribution et droit de la concurrence. « La distribution par internet après l'arrêt Pierre Fabre – 2011 » L. Vogel.

54 Devenue autorité de la concurrence depuis le 13 janvier 2009.

55 Décision n° 07-D-07.

56 Décision n° 08-D-25. (p19-20)

- *conseiller instantanément et sur le point de vente, le Produit (...) le plus adapté au problème spécifique d'hygiène ou de soin, notamment de la peau et des phanères, qui lui est soumis.*

*Cette personne qualifiée doit être titulaire pour ce faire, du diplôme de Pharmacien délivré ou reconnu en France ».*

*« Le distributeur agréé doit s'engager à ne délivrer les Produits (...) que dans un point de vente matérialisé et individualisé (...) ».*

Par la suite, Pierre Fabre interjeta appel devant la Cour d'Appel de Paris. Celle-ci, soucieuse des incidences quant à l'affectation du commerce entre états membres<sup>57</sup>, et constatant des moyens sérieux, sursi à statuer et posa une question préjudicielle à la Cour de Justice de l'Union Européenne. Comme le rappelle la Cour de Justice : *« La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 81, paragraphes 1 et 3, CE et du règlement (CE) n° 2790/1999<sup>58</sup> de la Commission, du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ».*<sup>59</sup>

Le 13 octobre 2011, la Cour de Justice confirme qu'une clause insérée dans un contrat de distribution sélective, ayant pour conséquence d'interdire un mode de commercialisation, est constitutive d'une restriction « par objet » au sens de l'article 101§1 TFUE. Elle ajoute néanmoins qu'une telle clause faisant l'objet de justifications objectives est susceptible d'échapper à la prohibition de l'article 101§1.

Par ailleurs, l'exemption par catégorie prévue à l'article 2 du règlement n'est pas applicable en l'espèce. En effet, l'article 4 c) prévoit que : *« l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux (...) qui ont pour objet la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché ».*

Et au point 54, la Cour précise : *« Une clause contractuelle, telle que celle en cause au principal, interdisant de facto Internet comme mode de commercialisation a, à tout le moins, pour objet de restreindre les ventes passives aux utilisateurs finals désireux d'acheter par Internet et localisés en dehors de la zone de chalandise physique du membre concerné du système de distribution*

---

57 Depuis l'arrêt AEG-Telefunken/Commission du 25 octobre 1983, les accords de distribution sélective sont analysés comme ayant nécessairement une influence sur le marché commun (Point 33).

58 Remplacé par le règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 §3 TFUE à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

59 Affaire C-439/09.

*sélective* ». En revanche, elle émet la possibilité d'une exemption individuelle prévue à l'article 101§3 TFUE.

Mettant un terme à la sage judiciaire et confirmant les jurisprudences antérieures, le 31 janvier 2013, la Cour d'Appel de Paris condamne l'entreprise Pierre Fabre, rejetant sa demande d'appel : *« Rejette le recours formé par la société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique contre la décision n° 08-D-25 du Conseil de la concurrence du 29 octobre 2008, sauf en ce qu'il porte sur la rédaction du résumé prévu par l'article 4 de cette décision »*.

### **C. Des exceptions à l'interdiction très restreintes :**

A la suite de l'arrêt préjudiciel, il semblait difficile pour la requérante d'échapper à l'interdiction d'interdire découlant de l'application de l'article 101 § 1 du TFUE. En revanche, deux issues restaient envisageables : l'existence d'une justification objective et le bénéfice d'une exemption individuelle prévue par l'article 101 § 3 du TFUE.

#### **1) L'existence d'une justification objective :**

Selon la Cour de Justice de l'Union Européenne, dans son arrêt préjudiciel : *« L'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une clause contractuelle (...) constitue une restriction par objet (...) si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée »*.

Par conséquent, l'avocat général M. Jan Mazák<sup>60</sup> évoque en effet, que l'interdiction absolue de vendre sur internet, faite par un fabricant à ses distributeurs pourrait être admise si celle-ci se rapportait aux *« propriétés des produits en cause »*.

Premièrement, la Cour d'Appel de Paris a relevé que ces produits ne faisant pas partie de la catégorie des médicaments ne sont, par conséquent, pas soumis aux mêmes exigences. En outre, les moyens, relatifs à la sécurité des consommateurs, évoqués par la demanderesse à l'appui de sa demande, ne sont pas justifiés et sont donc considérés comme inopérants.

Enfin, au regard des engagements pris par les autres entreprises présentes sur le marché concerné, il semble possible *« d'assurer le respect de la qualité des produits et un conseil personnalisé au client via internet et donc de concilier la préservation de la qualité et de l'usage des produits et la vente en ligne desdits produits par les distributeurs agréés »*

---

<sup>60</sup> Conclusions de l'avocat général présentées le 3 mars 2011, Affaire C-439/09.

C'est pourquoi, la Cour d'Appel de Paris a conclu : « *que la clause contractuelle interdisant de facto toutes les formes de vente par internet pour les produits en cause n'apparaît donc pas justifiée par un objectif légitime* ».

### **2) Le bénéfice d'une exemption par catégorie du règlement n°2790/1999<sup>61</sup> :**

Selon les articles 2 et 3 du règlement « concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées », la demanderesse était susceptible de bénéficier d'une exemption par catégorie pour les accords passés avec ses distributeurs agréés, contenant les clauses litigieuses.

En effet, la part de marché détenue par Pierre Fabre ne dépassait pas le seuil fixé à 30%, en 2007, la requérante détenant 20% de parts de marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

Cependant, selon l'article 4 c) dudit règlement : « *L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux accords verticaux qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulés avec d'autres facteurs sous le contrôle des parties, ont pour objet: (...)*

*c) la restriction des ventes actives ou des ventes passives aux utilisateurs finals par les membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, sans préjudice de la possibilité d'interdire à un membre du système d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé* ».

La Cour de Justice de l'Union Européenne interprète (au point 59), la clause litigieuse comme étant constitutive d'une restriction caractérisée notamment au regard d'une restriction des « ventes actives et passives ». Selon elle, la demanderesse ne pourrait bénéficier de l'exemption par catégorie.

Sur ce point, contesté par la demanderesse, la Cour d'Appel de Paris a considéré « *Que c'est à juste titre que la Décision retient que la pratique d'interdiction de vente sur internet au sein d'un réseau de distribution sélective constitue une "restriction caractérisée"* ».

Ainsi, la Cour d'Appel de Paris a écarté la possibilité pour la requérante de bénéficier de l'exemption par catégorie prévue par le règlement européen.

### **3) Le bénéfice d'une exemption individuelle selon l'article 101§3 TFUE :**

Etant donné le refus de l'exemption par catégorie, la seule exception à l'interdiction de l'article 101§1 TFUE reste la possibilité d'une exemption individuelle. La cour de Justice de l'Union Européenne a indiqué laisser cette possibilité à l'appréciation de la juridiction française.

Cette exemption introduite à l'article 101 § 3 TFUE peut être accordée si plusieurs conditions

---

<sup>61</sup> Remplacé depuis le 20 avril 2010 par le règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission.

cumulatives sont réunies : « *Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:*

- *à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,*
- *à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises et*
- *à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:*
  - a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs,*
  - b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence ».*

Selon l'entreprise Pierre Fabre, les quatre conditions requises seraient remplies. En effet, concernant les deux conditions positives, la requérante soutient que l'obligation de présence d'un pharmacien diplômé pouvant délivrer des conseils personnalisés en toute sécurité bénéficie en grande majorité aux consommateurs. Par ailleurs, elle soutient que cette restriction de vente en ligne serait nécessaire afin d'éviter la contrefaçon de leurs produits ainsi que les phénomènes de parasitisme pouvant survenir. Par conséquent, cela bénéficierait également aux consommateurs.

En outre, la requérante soutient également remplir les deux conditions négatives requises. En effet, la vente par internet ne permettrait pas de délivrer un conseil personnalisé ou tout au moins de qualité altérée, elle engendrerait une augmentation des risques de contrefaçon et de parasitisme, et par conséquent la restriction serait indispensable.

Enfin la clause prohibant la vente en ligne aux distributeurs agréés n'a pas, selon la requérante, pour effet d'éliminer la concurrence que ce soit intra ou intermarque.

La Cour d'Appel de Paris, s'appuyant sur l'arrêt préjudiciel ainsi que les lignes directrices de la commission<sup>62</sup>, afin de procéder à l'examen du « caractère indispensable » de cette prohibition, a réalisé un bilan concurrentiel de ces pratiques et examiné leurs incidences au bénéfice des consommateurs.

Selon elle : « *Il en résulte qu'en interdisant de façon totale et absolue à ses distributeurs agréés de commercialiser sur internet les produits contractuels, la société PFDC leur impose des restrictions qui ne sont pas indispensables pour garantir aux consommateurs un service de conseil personnalisé de qualité* ». Par ailleurs, « *aucun élément n'établit que l'interdiction de vente par internet des produits (...) serait de nature à éviter un essor des contrefaçons de ces produits et qu'autoriser la*

---

<sup>62</sup> Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

*distribution en ligne par ces distributeurs conduirait à accroître la contrefaçon ».*

Enfin : « *les restrictions résultant de la pratique en cause n'apparaissent pas indispensables pour éviter des phénomènes de "parasitage" ».*

Par conséquent, les conditions cumulatives de l'article 101 paragraphe 3 du TFUE n'étant pas réunies, l'exemption individuelle sollicitée par Pierre Fabre fût également rejetée<sup>63</sup>.

Par conséquent, l'interdiction émise par un fabricant à ses distributeurs agréés, de vendre par internet, que ce soit explicitement ou implicitement en insérant des clauses aboutissant au même résultat, méconnaissant les exigences de l'article 101 § 1 du TFUE, constitue une restriction « par objet »<sup>64</sup> et ne peut bénéficier d'une exemption individuelle prévue à l'article 101§3 du TFUE ou d'une exemption par catégorie prévue par le règlement n°2790/1999.

La jurisprudence Pierre Fabre permet de démontrer qu'en France, comme en Europe, le principe reste qu'il est « interdit d'interdire » la vente par internet à ses distributeurs. Bien qu'existant des exceptions à ce principe, elles restent très limitées et leur bénéfice semblent extrêmement difficile à obtenir en pratique. Au contraire, aux Etats-Unis, un principe de liberté semble quasi absolu.

## **II. Aux Etats-Unis : une liberté quasi absolue pour la vente en ligne :**

Aux Etats-Unis le principe est celui d'une grande liberté dans l'organisation de son réseau de distribution. Nous nous intéresserons à la jurisprudence « Leegin » afin d'illustrer la politique de concurrence appliquée aux réseaux de distribution en ligne.

### **A. Le cadre normatif :**

Les restrictions verticales en droit américain tombent sous le jeu de la Section 1 du Sherman Act de 1890 selon lequel : « *Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy*

---

63 Morgan Hardy « Fin de la saga judiciaire Pierre Fabre : confirmation de l'illicéité de l'interdiction de la vente en ligne » Le petit Juriste (5 mai 2013).

64 « Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la clause contractuelle figurant dans les contrats de distribution sélective de la société PFDC exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'internet pour ces ventes, constitue une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE ».

*hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court ».*

Ainsi, pour qu'une restriction verticale soit analysée comme étant illégale, il faut tout d'abord être en présence d'un « contract » ou « combination in the form of trust or otherwise » ou « conspiracy ». Cela implique donc un accord entre deux parties ou plus qui restreint la concurrence de façon déraisonnable. La Section 1 du Sherman Act n'est pas applicable aux actes unilatéraux.

En premier lieu, il est important de rappeler que le système américain est caractérisé par un système juridique où la jurisprudence jouit d'une grande importance. Tandis que les textes relatifs au droit de la concurrence sont très peu modifiés depuis leur entrée en vigueur, c'est grâce à elle que les règles évoluent en grande majorité.

Depuis l'arrêt *Standard Oil Company v. U.S.* de 1911, l'analyse des restrictions verticales se fait en appliquant la règle de raison<sup>65</sup>.

L'interprétation des restrictions verticales sous l'angle de la règle de raison laisse une grande marge de manœuvre aux entreprises et leur laisse une grande liberté économique, les juridictions font preuve de beaucoup d'indulgence pour leur admission<sup>66</sup>. Progressivement l'interprétation des textes par les juridictions américaines a débouché sur une interdiction des restrictions verticales uniquement « déraisonnablement » selon Accardo.<sup>67</sup>

En effet, selon les juges américains, les restrictions verticales, bien que restrictives de concurrence, peuvent également donner lieu à des effets proconcurrentiels. Il faut donc mettre en balance les effets anticoncurrentiels et ceux favorables à la concurrence, en somme, établir un bilan concurrentiel pour chaque restriction, donc réaliser une évaluation au cas par cas.

En outre, certaines restrictions verticales tombent sous le jeu du Clayton Act, plus précisément le Robinson-Patman Act relatif à la discrimination impliquant les prix ou les services.

## **B. Rappel des faits et procédure :**

En l'espèce, la société Leegin avait conclu un accord pour la vente en ligne de ses vêtements par la société PSKS. Leegin avait mis en place une politique de prix de revente minimum pour l'ensemble

---

<sup>65</sup> Raychaudhuri « Vertical restraints in competition law: the need to strike the right balance between regulation and competition ». *National University of Juridical Science Law Review*, 4, 609-624. (2011)

<sup>66</sup> « Different approaches to internet commerce and antitrust in the EU and the US » Louis A. Schapiro, *Mlex Magazine*, July-September 2012.

<sup>67</sup> Accardo, G. « Vertical Antitrust Enforcement: Transatlantic Perspectives on Restrictions of Online Distribution under EU and U.S. Competition Laws. *Transatlantic Technology Law Forum - Working Paper No. 12.*



de ses détaillants. PSKS n'ayant pas respecté cette politique, Leegin a interrompu la livraison de ses produits.

Par conséquent, PSKS a assigné Leegin en justice, alléguant que ces accords fixant les prix minimum étaient illégaux en vertu de la Section 1 du Sherman Act. La question soulevée par cette affaire était de savoir les accords verticaux concernant les prix de revente minimaux devaient rester illégaux per se.

Selon Leegin, l'utilisation d'une règle per se pour ce type d'accords était dépassée puisqu'ils peuvent permettre un renforcement de la concurrence et bénéficier aux consommateurs. La société a argumenté en faveur de l'utilisation de la règle de raison et d'une analyse plus poussée des effets concurrentiels.

Après le refus de ses arguments en première instance et en appel, la décision de la cour suprême fût en sa faveur, elle a conclu que la règle de la raison était la norme appropriée pour l'évaluation des restrictions de prix verticaux, abandonnant ainsi le précédent de la jurisprudence *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* (1911)

En effet, selon la cour, même si dans certains cas, les accords verticaux concernant les prix minimum peuvent faciliter les ententes entre fabricants, ils sont rarement anticoncurrentiels et souvent, peuvent accroître la concurrence intramarques.

Ainsi, alors qu'auparavant seule l'imposition de prix de revente minimum tombait sous une interdiction « per se », depuis la jurisprudence Leegin, toutes les restrictions verticales sont appréhendées par une analyse appliquant la règle de raison. Contrairement au droit européen de la concurrence, il n'existe pas de restrictions caractérisées, l'analyse des restrictions faites sous l'angle de la règle de raison englobe l'ensemble de ces aspects.

Par ailleurs, depuis cet arrêt, plusieurs éléments sont pris en considération pour analyser la légalité des restrictions verticales. D'une part, les juges américains soumettent autant les restrictions relatives au prix et celles qui ne le sont pas, à une analyse par la règle de raison.<sup>68</sup> Ce que confirment les juges dans l'arrêt Leegin.

Par ailleurs, une enquête approfondie des effets de ces restrictions sur la concurrence ne sera effectuée que lorsque le fabricant détient un certain pouvoir de marché que ce soit en amont ou en aval. En l'absence d'un tel pouvoir de marché, la charge de la preuve des effets anticoncurrentiels,

---

68 (OECD, 2013, p. 151 : OECD. (2013). Policy Roundtables Vertical Restraints for On-line Sales.

incombant au demandeur, se révèlera trop difficile pour envisager l'illégalité des pratiques restrictives<sup>69</sup>.

Enfin, on peut noter que les juridictions américaines se concentrent davantage sur les effets des restrictions sur la concurrence inter-marques plutôt que sur ceux sur la concurrence intra-marques<sup>70</sup>.

### **C. Les exceptions possibles soulevées par les juges :**

Malgré l'abandon de l'illégalité per se des accords sur les prix de revente minimum, la Cour Suprême en procédant à l'application de la règle de raison a indiqué plusieurs cas pour lesquels ceux-ci étaient anticoncurrentiels.

Premièrement, lorsque la fixation de ces prix est utilisée pour la mise en place d'ententes sur les prix afin de protéger un détaillant par rapport aux autres revendeurs qui pourraient avoir des coûts de distribution moins élevés. Ce serait également le cas lorsqu'un fabricant qui détient un certain pouvoir de marché souhaite empêcher la vente de produits de plus petits concurrents par ses distributeurs.

Enfin, les prix de vente minimum seraient également anticoncurrentiels lorsqu'ils obligent les fabricants à éliminer les vendeurs pouvant proposer un prix de vente très faible et par conséquent constituent des ententes sur les prix.

A la suite de la jurisprudence Leegin, les arrêts *Babyage.com, Inc. v. Toys "R" Us, Inc.* de 2008 puis *McDonough v. Toys "R" Us, Inc.* datant de 2009 ont confirmé que certaines restrictions sur les prix peuvent être jugées anticoncurrentielles.

Alors qu'avec l'affaire Leegin, les juges de la Cour Suprême ont modifié leur raisonnement au profit de l'utilisation de la règle de raison, au contraire, le raisonnement des juges européens est basé sur des articles du traité définissant et énumérant certains types de restrictions interdites. Si de prime abord il semble que les raisonnements soient en opposition, en pratique les juridictions européennes permettent de réfuter les présomptions contenues dans les articles du TFUE, en s'appuyant notamment sur les exemptions possibles qui permettent de tempérer les règles du traité. En revanche, force est de constater qu'aux Etats-Unis les restrictions seront plus facilement justifiées. En effet, il semble que les juridictions américaines admettent de façon plus large les justifications indiquant des effets proconcurrentiels. Par exemple, pour le droit européen, même une petite société qui fixerait des prix minimum de vente réaliserait une pratique anticoncurrentielle. Au contraire, comme aux Etats-Unis il sera nécessaire de démontrer que cette pratique engendre un

---

69 (Rosch, 2012, pp. 54-55) Rosch, J. T. (2012). Developments in the Law of Vertical Restraints.

70 (Accardo, 2012, pp. 97-101) Vertical Antitrust Enforcement: Transatlantic Perspectives on Restrictions of Online Distribution under EU and U.S. Competition Laws. Transatlantic Technology Law Forum - Working Paper No. 12.

effet anticoncurrentiel sur le marché en cause, une petite entreprise aura peu de chance d'être sanctionnée.

## **PARTIE II : Des principes pouvant être adaptés aux objectifs politiques et besoins du e-commerce :**

Après avoir analysé les principes français et américains qui semblent de prime abord en opposition, il paraît dès lors nécessaire d'étudier les aménagements et exceptions possibles afin d'apprécier des possibles rapprochements.

### **CHAPITRE 1 : Les principes de la vente en ligne face aux objectifs politiques :**

#### **I. La protection territoriale au cœur des distinctions des modes de distribution européens :**

Les lignes directrices de la Commission de 2010 se sont adaptées à l'évolution de la distribution qui intègre désormais des questions liées au e-commerce. En effet, les lignes directrices distinguent en fonction du type de distribution en cause.

##### **A. La distribution sélective :**

Pour la distribution sélective, elles rappellent au point 56 que toute restriction au e-commerce constitue une restriction caractérisée. *« Dans un système de distribution sélective, les distributeurs devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique ».*

##### **B. La distribution exclusive :**

Si pour la distribution sélective la commission ne distingue pas le cas des ventes actives et passives, au contraire, elle les prend en considération s'agissant de la distribution exclusive. En effet, internet permet aux utilisateurs d'atteindre des produits auxquels le commerce physique ne leur donnerait pas accès, les distances ne sont plus un obstacle. Pour autant les limites géographiques sont primordiales dans la distribution soumise à des contrats d'exclusivité. C'est pourquoi, dans l'hypothèse d'une vente active, une restriction concernant l'utilisation d'internet sera traitée de la

même façon que dans le cas de la distribution sélective, elle sera considérée comme étant une restriction caractérisée. En revanche, dans le cadre d'une vente passive, une limitation du e-commerce tombera sous le jeu du règlement d'exemption.

La commission rappelle au point 52 qu'elle considère en principe l'utilisation d'internet comme des ventes passives : « *En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits. En règle générale, l'utilisation par un distributeur d'un site internet pour vendre des produits est considérée comme une forme de vente passive, car c'est un moyen raisonnable de permettre aux consommateurs d'atteindre le distributeur (...). Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive. Il en va de même lorsqu'un client choisit d'être (automatiquement) informé par le distributeur et que cela conduit à une vente* ».

Par ailleurs : « *par "ventes passives", on entend le fait de satisfaire à des demandes non sollicitées, émanant de clients individuels, y compris la livraison de biens ou la prestation de services demandés par ces clients* ».

Enfin, afin d'éviter tout doute possible, les lignes directrices indiquent que : « *La publicité ou les actions de promotion générale sont considérées comme un moyen raisonnable d'atteindre ces clients s'il serait intéressant pour l'acheteur de réaliser ces investissements même s'ils n'atteignaient pas des clients établis sur les territoires (exclusifs) d'autres distributeurs ou faisant partie d'une clientèle allouée à d'autres distributeurs* ».

Par opposition, la commission considère que les ventes actives se caractérisent par « des efforts visant à atteindre spécifiquement un territoire ou une clientèle particuliers » (Point 53). Le vendeur, tout en ayant conscience qu'il dépasse son territoire exclusif, effectue donc des démarches volontaires pour prospector des clients supplémentaires. Les lignes directrices énumèrent quelques exemples de ventes actives au point 51 et 53 : « *par publipostage, y compris l'envoi de courriels non sollicités, ou au moyen de visites, le fait de prospector une clientèle déterminée ou des clients à l'intérieur d'un territoire donné par le biais d'annonces publicitaires dans les médias, sur internet ou d'autres actions de promotion ciblées sur cette clientèle ou sur les clients situés dans ce territoire* » ; « *À titre d'exemple, des bandeaux visant un territoire particulier placés sur les sites internet de tiers constituent une forme de vente active sur le territoire où ces bandeaux apparaissent. (...) Par exemple, payer un moteur de recherche ou un fournisseur d'espace publicitaire en ligne pour qu'ils diffusent une publicité spécifiquement aux utilisateurs établis sur un territoire particulier constitue une forme de vente active sur ce territoire* ».

Finalement, l'interdiction de recourir à la vente en ligne exigée par le fournisseur à l'égard du distributeur ne sera possible que dans des cas très limités. Favorisant l'émergence de la distribution en ligne et son développement dans le secteur du e-commerce, les lignes directrices poursuivent en énumérant une liste d'exemples de restrictions de ventes passives caractérisées tels que le renvoi automatique des clients situés hors de son territoire exclusif vers d'autres distributeurs exclusifs concernés, l'annulation des commandes en ligne dont le paiement serait souhaité être effectué avec une carte qui révélerait l'appartenance à une autre territoire exclusif (Point 52 a) et Point 52 b)). Malgré tout, le fournisseur sera à même d'exiger sur le site du distributeur la présence de liens renvoyant aux sites des autres distributeurs exclusifs concernés ou du fournisseur lui-même.

En outre, si le point 52 c) indique qu'une limitation du volume total des ventes en lignes constituerait une restriction caractérisée, il poursuit en modulant cette restriction. En effet, le distributeur pourra indiquer un certain niveau d'exigence en fixant des seuils en valeur absolue des ventes physiques par rapport aux ventes en ligne, ceci dans l'optique d'éviter la constitution de magasins dits « alibis »<sup>71</sup>.

### **C. Le cas des investissements :**

Enfin, les lignes directrices de 2010, évoquent la possibilité exceptionnelle d'appliquer une protection territoriale lorsque le fournisseur procède à des investissements. En effet, le point 61 dispose : *« Lorsque le distributeur doit réaliser des investissements importants pour créer et/ou développer un nouveau marché, les restrictions imposées aux ventes passives d'autres distributeurs sur le territoire concerné ou à la clientèle visée qui sont nécessaires pour que le distributeur récupère ces investissements ne relèvent généralement pas de l'article 101, paragraphe 1, pendant les deux premières années au cours desquelles le distributeur vend les biens ou services contractuels sur ce territoire ou à cette clientèle, même si ce type de restriction caractérisée est normalement présumé relever de l'article 101, paragraphe 1 »*.

Par conséquent, le distributeur ne pourra protéger son réseau physique que durant deux années<sup>72</sup>.

## **II. La concurrence intermarque au cœur des préoccupations américaines :**

A la différence du droit européen, le droit de la concurrence américain ne connaît pas de préoccupations liées au marché intérieur. Par conséquent, aux Etats-Unis, on ne retrouve pas de

---

<sup>71</sup> « Vente en ligne et concurrence : la distribution sélective à l'épreuve de l'Internet, Réaction de la CCIP à l'avis de l'Autorité de la concurrence relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique ». Michel Clair. 29 novembre 2012.

<sup>72</sup> Pour une application voir : CA Paris 18 Avril 2008 « SARL PMC Distribution / SAS Pacific Création ».

distinction entre les différents modes de distribution (sélectif, exclusif), on ne retrouve pas non plus une différence de traitement concernant les ventes actives et passives. Les règles européennes peuvent paraître complexes aux américains qui n'ont pas d'équivalent. En effet, les juridictions américaines traitent l'ensemble des restrictions verticales de la même façon, peu importe qu'elles soient liées à la vente via internet ou à la vente physique. La vente en ligne est un canal de distribution parmi les autres.

Par ailleurs, les tribunaux admettent plus facilement les restrictions verticales en général. En effet, celles-ci sont analysées via la règle de raison qui met en balance ses effets anticoncurrentiels et les gains d'efficience qu'elle pourra générer.

En outre, les juges se concentrent sur les conséquences de ces restrictions et notamment les effets sur la concurrence intermarque. Les restrictions deviennent problématiques si elles sont susceptibles d'éliminer la concurrence intermarque ou de l'amoindrir. Au contraire, si les restrictions augmentent la concurrence intermarque, le fabricant dispose d'une grande liberté pour imposer des restrictions à ses distributeurs. La liberté du fabricant est toujours au premier plan, les juridictions privilégient la liberté de choix du fournisseur pour ses affaires et selon les conditions posées à l'avance.

Les fabricants peuvent s'appuyer sur la « Colgate défense » découlant de l'arrêt *United States v. Colgate & Co.* de 1919<sup>73</sup>.

Dans cette affaire, la Cour Suprême américaine a affirmé le principe selon lequel les sociétés ont le choix de leurs partenaires commerciaux mais aussi le choix des critères et conditions qu'elles souhaitent imposer pour faire des affaires. Enfin, il leur est permis de mettre un terme de façon unilatérale aux contrats les liant à des distributeurs qui ne respectent pas ces conditions.

Lorsque cette défense n'est pas suffisante, la doctrine américaine estime que les restrictions de concurrence qui ne portent pas sur les prix sont moins susceptibles d'être anticoncurrentielles, en particulier lorsqu'il n'y a pas de puissance de marché et dès lors que la concurrence intermarque se trouve renforcée.

## **Chapitre 2 : Les aménagements possibles à visée économique :**

Les juridictions européennes et américaines estiment que les restrictions qui ne portent pas sur les prix des produits ou services sont considérées comme étant plus favorable à la concurrence que celles imposant des prix minimum ou maximum.

---

<sup>73</sup> *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919).

En revanche, aux Etats-Unis aucun principe n'est établi que le distributeur bénéficie d'un droit de vente en ligne. En effet, le fabricant peut choisir d'imposer une restriction à la vente en ligne, celle-ci sera alors soumise à un examen via la règle de raison. La restriction pourrait produire un effet négatif sur la concurrence intramarque mais être autorisée si elle est favorable à la concurrence intermarque.

Les juridictions américaines accordent une grande importance aux justifications apportées. En effet, en principe, le fournisseur dispose d'une grande liberté et peut prendre toutes les mesures qui lui semblent cohérentes pour l'organisation de son réseau de distribution. En revanche, chacune d'elles devra être justifiées dans le cas où ses effets seraient examinés en vertu de la règle de raison. En théorie donc, toute interdiction à la vente en ligne peut être prise par un fabricant mais cela nécessite une justification s'appuyant sur des effets concurrentiels favorables.

## **I. Les restrictions à la vente en ligne autorisées en Europe et en France :**

Certaines restrictions à la distribution en ligne sont tolérées par les autorités européennes en raison de leur caractère jugé nécessaire à la concurrence.

### **A. Le contrôle par le fournisseur au nom de la cohérence du réseau :**

Comme pour les ventes réalisées dans des magasins physiques, les fabricants souhaitent garder un certain contrôle sur la vente en ligne de leurs distributeurs. Ils avancent notamment la nécessité du maintien d'une cohérence au sein de leur réseau de distribution<sup>74</sup>. En principe, comme pour les ventes physiques, le fabricant reste maître de son réseau de distribution et garde la possibilité d'exercer un certain contrôle.

#### **1) L'imposition des normes qualitatives :**

Les lignes directrices de 2010 le rappellent au point 54 : « *Toutefois, dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin, un catalogue, une annonce publicitaire ou une action de promotion en général. Cela peut être utile en particulier pour la distribution sélective* ».

Cependant, malgré la possibilité pour le fabricant de garder un contrôle sur ses différents réseaux de distribution, physique ou en ligne, ce contrôle ne doit pas apparaître disproportionné face à l'objectif de cohérence, faute de quoi cela reviendrait à une interdiction pure et simple de vendre via internet. C'est pourquoi, les lignes directrices de la Commission ont repris cette idée au point 56 : «

---

<sup>74</sup> Colloque 2010 « Distribution exclusive et sélective à l'épreuve de la vente en ligne et des nouvelles « règles » applicables aux restrictions verticales ». Muriel Chagny. Revue concurrence N° 4-2010.

*La Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique ».*

Les fabricants ont la possibilité d'adapter les critères de sélection en fonction du canal de distribution<sup>75</sup>. En revanche, « *cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution* ».

Par exemple, le 5 octobre 2006<sup>76</sup>, le Conseil de la concurrence a admis des critères de sélection particuliers pour la vente en ligne. En l'espèce, au regard de la technicité, de la grande valeur ainsi que de la qualité du matériel Hi-Fi proposé, le fabricant a pu imposer une condition nécessaire pour la vente en ligne. Le client devra alors prouver par une attestation qu'il a reçu au préalable, des conseils spécialisés en magasin.

## **2) L'utilisation des plateformes de référencement :**

Selon une décision rendue par le Conseil de la concurrence français le 8 mars 2007<sup>77</sup>, le fabricant a la possibilité d'exclure l'utilisation des plateformes par ses distributeurs. Le point 54 des lignes directrices lui permet également de prendre des mesures d'autorisation ou d'interdiction concernant les liens mis en place par ses distributeurs, renvoyant vers ces plateformes.

En effet, avec les plateformes, les vendeurs ne sont pas toujours connus, ainsi il sera plus aisé pour les vendeurs non agréés de distribuer des produits du réseau. En ce sens, les lignes directrices de 2010 disposent au point 54 : « *De même, un 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. Par exemple, si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce* ».

---

75 Colloque 2010 « L'approche de la distribution en ligne par l'autorité de la concurrence ». Irène Luc : les aménagements à la vente en ligne. Revue concurrence N° 4-2010.

76 Décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma.

77 Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.



C'est pourquoi, de très nombreuses contraintes pèseront sur les plateformes, l'application de toutes ces normes et conditions sera difficilement conciliable avec les produits appartenant à des réseaux différents. En pratique, l'utilisation des plateformes sera donc très limitée.

En revanche, en ce qui concerne le référencement sur les moteurs de recherche, celui-ci étant réalisé automatiquement, les fabricants ne peuvent décider de l'autoriser ou de l'interdire.

### **3) La nécessité de disposer d'un magasin physique :**

Le fabricant bénéficie de la possibilité d'exiger qu'un distributeur qui veut vendre en ligne dispose d'un point de vente physique afin de se prémunir contre les possibilités de parasitisme des pure players. On en retrouve une illustration avec l'affaire Bijourama, « relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France » du 24 juillet 2006.<sup>78</sup> En l'espèce, l'exclusion des distributeurs dits « pure players » a été autorisée par les juridictions.

En effet, le fabricant Festina avait refusé d'intégrer Bijourama au sein de son réseau de distribution au motif qu'il réalisait uniquement des ventes via internet. Les juridictions ont accepté les engagements de Festina qui a introduit des clauses supplémentaires dans ses contrats indiquant que l'autorisation pour ses distributeurs de vendre via internet était soumise à la détention d'un point de vente physique par ce dernier.

Par ailleurs, la solution a inspiré par les lignes directrices européennes au point 54 : « *L'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membres de son système de distribution* ».

De plus, les lignes directrices ont ajoutées au point 52 c) : « *le fournisseur, (...) puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique* » afin de remédier à la création de magasins factices, dits « magasins alibis », visant à contourner la règle permettant l'interdiction des pure players.

### **4) Une restriction à l'égard du fournisseur : territoires exclusifs et franchise :**

La Cour de cassation française a eu l'occasion de s'intéresser à cette problématique dans l'arrêt Flora Partner c/ Laurent Portal Rouvelet<sup>79</sup> rendu le 14 mars 2006. En l'espèce, la société Flora Partner avait conclu des contrats de franchises concédant des exclusivités territoriales pour une période définie. Ils stipulaient la garantie pour le franchisé de l'interdiction par le franchiseur de l'installation de tout autre point de vente de ses produits sur ce même territoire pendant la durée du

---

<sup>78</sup> Conseil de la Concurrence, Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006.

<sup>79</sup> Cass. com., 14 mars 2006, SA Flora Partner c/ SARL Laurent Portal Rouvelet, n° 03-14.639.

contrat. Cependant, peu de temps après, le franchiseur procéda à la création de son site de ventes en ligne.

Premièrement, la cour d'appel de Bordeaux prononça la résiliation du contrat au motif que le franchiseur violait la zone d'exclusivité sans compensation financière pour son franchisé. La chambre commerciale de la cour de cassation cassa l'arrêt de la cour d'appel en affirmant qu'en principe<sup>80</sup>, le site internet du franchiseur ne peut être assimilable à la création d'un point de vente physique sur le territoire exclusif concédé.

Les nouvelles lignes directrices, portant sur les restrictions verticales de 2010, se sont une nouvelle fois, inspirées de la jurisprudence française en modifiant le point 51 : « *Le distributeur exclusif est protégé des ventes actives sur son territoire ou à sa clientèle par tous les autres acheteurs du fournisseur à l'intérieur de l'Union, indépendamment des ventes du fournisseur.* »

Désormais, il semble donc possible pour un fournisseur de disposer d'un site de e-commerce malgré la conclusion de contrats d'exclusivité territoriale avec ses franchisés.

## **B. L'imposition de restrictions quantitatives :**

Certaines restrictions quantitatives des ventes réalisées par internet peuvent être autorisées. Les autorités apprécient chacune d'elles au cas par cas. En principe, il est interdit de limiter le nombre de ventes par internet mais des aménagements restent possibles.

### **1) L'imposition d'un chiffre d'affaires minimum pour les ventes physiques<sup>81</sup> :**

Les lignes directrices de la Commission, au point 52 c), permettent au fabricant d'imposer un minimum de ventes physiques à ses distributeurs. Elles disposent : « *convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par internet. Cela n'exclut pas que le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, puisse exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique* ».

Par ailleurs, les lignes directrices poursuivent en permettant au fournisseur de s'adapter à ses distributeurs, il aura la possibilité de fixer cette quantité à chacun de ses distributeurs selon des critères objectifs. « *Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les*

---

80 Raisonement repris par la Cour d'appel de Toulouse. Voir : CA Toulouse, 11 décembre 2007, RG : 06/02398. Et CA Paris, 04 décembre 2008, JurisData 2008-006263, confirmé par Cass. Com, 14 février 2012, n° 09-11689.

81 « Les effets économiques de la distribution par Internet : le régime juridique des restrictions à la distribution par Internet » Joseph VOGEL, Revue des droits de la concurrence N° 1-2011.

*acheteurs, ou être arrêtée individuellement pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur dans le réseau ou sa situation géographique ».*

## **2) Le cas des free riders :**

Un client qui achète par internet pourrait commander une quantité importante de produits afin de les revendre en dehors du réseau de distribution agréé, ce sont les « free riders ». C'est pourquoi, il y a un risque de parasitisme plus important lors de ventes réalisées via internet. Par conséquent, la commission met en place la possibilité pour le fournisseur d'instaurer une limitation des ventes par client. Par ailleurs, on remarque qu'elle distingue les ventes en ligne des ventes hors ligne, indiquant un risque supplémentaire pour les premières.

*Le point 56 des lignes directrices dispose ; « pour empêcher les ventes à des distributeurs non agréés, un fournisseur peut exiger de ses distributeurs désignés qu'ils ne vendent pas plus d'une certaine quantité de produits contractuels à un utilisateur final individuel. Une telle exigence peut devoir être plus stricte pour les ventes en ligne s'il est plus aisé pour un distributeur non agréé d'obtenir les produits par internet. »*

En revanche, les règles européennes interdisent les clauses portant directement sur les prix ou encore le contrôle de la publicité en ligne lorsqu'il porte sur les prix.

## **II. La liberté américaine affirmée dans le choix des critères par le fournisseur :**

Aux Etats-Unis, une liberté très importante est accordée au fournisseur dans l'organisation de son réseau de distribution, dans le choix des critères auxquels ses distributeurs devront se soumettre tout autant que sur le choix même de ceux-ci.

### **A. Une grande liberté dans la gestion de son réseau de distribution :**

Aux Etats-Unis, les restrictions sont le plus souvent classées en deux catégories : celles concernant les prix et les autres. Les restrictions qui ne portent pas sur les prix sont généralement perçues par les juridictions américaines comme étant plus favorables à la concurrence. C'est pourquoi, si elles ne constituent pas une menace pour la concurrence intermarque, elles seront, le plus souvent, autorisées. En théorie, le fabricant peut donc prendre toutes les mesures qu'il souhaite mettre en œuvre pour l'organisation de son réseau.

Une illustration intéressante est la jurisprudence *Continental TV v. GTE Sylvania Inc* de 1977. En l'espèce l'entreprise Sylvania souhaitait abaisser le nombre des distributeurs avec lesquels elle était

en concurrence. A cet effet, elle est passée à un système de franchises, interdisant à ses distributeurs de vendre en dehors des zones franchisées qu'elle avait définie.

L'un de ses distributeurs l'a assigné en justice, alléguant une pratique anticoncurrentielle. Après avoir soumis cette restriction à un examen par la règle de raison, la cour a conclu qu'il n'y avait pas de violation de la Section 1 du Sherman Act. Par cet arrêt, elle a réaffirmé l'importance accordée aux effets produits sur la concurrence intermarque, peu importe que la concurrence intramarque soit limitée et affaiblie par la restriction.

### **B. La possibilité pour le fournisseur de se réserver la vente par internet :**

Aux Etats-Unis, le fournisseur peut décider de se réserver la vente en ligne et l'interdire à ses distributeurs. Contrairement aux règles européennes et françaises, où il est interdit d'interdire la vente en ligne à ses distributeurs, les juridictions américaines n'utilisent pas de restrictions caractérisées mais soumettent la restriction à une évaluation par la règle de raison. La jurisprudence *Gerlinger v Amazon.com Inc* de 2008 en est un bon exemple. En l'espèce, la cour avait débouté la demanderesse qui dénonçait une pratique de concurrence déloyale violant la Section 1 du Sherman Act.

On en retrouve une autre illustration avec l'arrêt *Jacobs v. Tempur-Pedic*<sup>82</sup> datant de 2010. En l'espèce, deux consommateurs ont assigné la société Tempur-Pedic arguant qu'ils avaient subi un préjudice résultant des accords de distribution de celle-ci. La société se réservait le droit de vente par internet mais disposait également de distributeurs physiques. Les consommateurs soutenaient qu'elle imposait des prix minimum à ses distributeurs ce qui constituait une entente horizontale sur les prix puisqu'elle disposait également d'un site internet distribuant ses produits.

Les consommateurs ont été déboutés de leur demande, selon les juges aucune preuve ne permettait d'identifier une contrainte de prix de vente imposés. Par ailleurs, cet arrêt a confirmé la possibilité pour le fabricant de se réserver le canal de distribution en ligne et malgré tout conserver une relation verticale avec ses distributeurs et non pas horizontale. Par conséquent, l'arrêt confirme qu'un fabricant distribuant ses produits via internet restera soumis à l'examen par la règle de raison.

### **C. Les restrictions géographiques admises : territoires exclusifs et clauses de localisation :**

Il arrive également que les juridictions américaines admettent des restrictions géographiques telles que le fait de concéder un territoire exclusif ou l'insertion de clauses de localisation dans les contrats qui sont perçues comme « stimulantes pour la concurrence intermarque ». Une clause de localisation indique au distributeur le lieu à partir duquel il lui est permis de vendre les produits ou services du fabricant, il ne pourra vendre au sein de locaux différents. Cette clause est une forme de

---

<sup>82</sup> United States Court of Appeals, Eleventh Circuit. *Jacobs v. Tempur-Pedic International, Inc.* No. 08-12720 D.C., December 2, 2010.

restriction communément admise par les juridictions. Malgré tout, une telle clause ne lui interdit nullement d'attirer des clients situés sur le territoire d'un autre distributeur.

Ce type de clauses est soumis à la règle de raison. Les juges examineront plus précisément leurs effets produits sur la concurrence intermarque, si celle-ci est améliorée alors les restrictions seront probablement admises. Les juges prennent en considération des critères économiques tels que la facilité d'entrée sur le marché pour les nouveaux acteurs. Sur ce point, le droit de la concurrence américain est suffisamment clair, c'est pourquoi il y a peu de contentieux devant les juridictions.

On retrouve un exemple du traitement concernant une exclusivité territoriale dans la jurisprudence *Emporium Drug Mart, Inc of Shreveport v Drug Emporium, Inc*<sup>83</sup> de 2000. Ce cas est révélateur des différences entre le raisonnement américain et les règles européennes. En effet, le franchiseur avait accordé l'exclusivité des ventes à ses franchisés sur certains territoires. Cependant, les accords de franchise avaient été rédigés avant l'émergence du commerce électronique. Lorsque le franchiseur a créé son site de e-commerce, ses franchisés ne bénéficiant plus de cette exclusivité l'ont assigné devant les juridictions arguant une violation du contrat de franchise. Elles l'ont alors interdit de vendre ses produits par internet, aux clients situés sur le territoire de ses franchisés. Par ailleurs, le franchiseur a dû rajouter une mention en ligne indiquant son impossibilité à servir les clients situés sur les territoires exclusifs concédés aux franchisés.

En vertu du droit européen de la concurrence, la vente via le site du franchiseur, violant la clause d'exclusivité pour les franchisés, aurait été considérée comme étant une vente passive et par conséquent pourrait, en principe, bénéficier du règlement d'exemption.

#### **D. L'imposition par le fournisseur de critères discriminants entre ses distributeurs :**

Aux Etats-Unis, il est possible pour un fournisseur de poser des critères discriminants entre ses distributeurs.

La jurisprudence *MD Products, Inc. v. Callaway Golf Sales Co.* jugée en 2006 a permis aux juridictions américaines de trancher ce point. En effet, le fabricant n'autorisait qu'une partie de ses distributeurs à disposer d'un site de vente en ligne. En l'espèce, seuls les distributeurs qui vendaient au prix fort étaient autorisés à disposer d'un site internet, en revanche les distributeurs discounters étaient restreints aux ventes physiques. Selon les juridictions américaines, le fabricant autorisait la distribution en ligne mais à certaines conditions que ne remplissaient pas les magasins discounters, qui par conséquent étaient évincés de la vente en ligne. Le fournisseur était donc dans la légalité en

---

<sup>83</sup>« *Emporium Drug Mart Inc. of Shreveport v. Drug Emporium, Inc.*: New Issues Facing Franchisors that Use the Internet ». November 2000 Jeffrey J. Jones or Douglas M. Mansfield in our Columbus Office. JONES DAY.

imposant des critères aux distributeurs qui souhaitaient vendre les produits via internet et cela peu importe qu'une partie de ses distributeurs physiques déjà établis soient exclus.

A l'inverse de la pensée européenne, les juridictions américaines privilégient la liberté dans le choix de ses partenaires commerciaux et des conditions de vente dont jouissent les fabricants<sup>84</sup>. Si les fabricants imposent des critères de façon unilatérale, ceux-ci peuvent être discriminants entre leurs distributeurs sans pour autant violer la Section 1 du Sherman Act.

Cependant, il faut noter la démarche de la loi Robinson Patman, adoptée en 1936 pour favoriser la protection des distributeurs luttant contre les discriminations des fournisseurs. Malgré cette tentative, la loi a eu peu de portée en pratique. En effet, d'après la commission de modernisation du droit de la concurrence, elle n'a pas eu les effets escomptés et induisait un coût supplémentaire répercuté sur les consommateurs, c'est pourquoi elle préconisait son abrogation en 2007<sup>85</sup>

### **CHAPITRE 3 : Les aménagements au e-commerce prohibés :**

Malgré certaines exceptions et aménagements, certaines restrictions à la vente en ligne restent soumises à une prohibition absolue de la part des autorités européennes. Il est également intéressant de noter que la règle de raison américaine peut jouer en faveur des distributeurs.

#### **I. Des interdictions absolues en France et en Europe :**

##### **A. L'imposition de double prix<sup>86</sup> :**

Le droit de la concurrence européen interdit les restrictions portant sur les prix, estimant qu'elles sont plus néfastes pour la concurrence, elles sont identifiées comme des restrictions caractérisées. Par exemple, le fait de fixer des prix différents entre les ventes physiques et celles effectuées via internet pourrait conduire à un système de double prix. La commission entend donc lutter contre ces risques.

Les lignes directrices, disposent au point 64 : « *En règle générale, un accord prévoyant qu'un distributeur paie un prix plus élevé pour des produits destinés à être revendus par internet que pour des produits destinés à être revendus autrement ("système de double prix") constitue une restriction caractérisée [voir le point 52<sup>87</sup>].* » Pour autant, il reste la possibilité d'obtenir une exemption

---

<sup>84</sup> Un second exemple est celui de l'affaire Worldhomecenter.com, Inc. v. KWC America, Inc. datant de 2011.

<sup>85</sup> Commission de modernisation du droit de la concurrence, rapport et recommandations, 2 avril 2007.

<sup>86</sup> Christiane féral-schuhl Cyberdroit Le droit à l'épreuve de l'internet, 6e édition, chap. 54 « émergence des règles de distribution sur internet ».

<sup>87</sup> Lignes directrices de 2010 sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, point 52 d) : « 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. Cela n'exclut pas que le fournisseur s'entende avec l'acheteur sur une redevance fixe (c'est-à-dire

individuelle : « *Toutefois, dans certaines circonstances particulières, un tel accord peut remplir les conditions prévues à l'article 101, paragraphe 3.* », notamment lorsque la différence des coûts de distribution résultant des deux modes sont différents.

Par opposition aux juridictions européennes, aux Etats-Unis, les juges auraient recouru à l'utilisation de la règle de raison que ce soit pour la fixation de prix différents ou des questions de publicité de prix.

### **B. L'exigence d'une proportion de ventes physiques :**

Bien que, comme nous l'avons vu précédemment, le fournisseur soit autorisé à imposer un chiffre d'affaires minimum pour les ventes en ligne, les lignes directrices prohibent l'utilisation de proportion de ventes en ligne ou physiques. En effet, le point 52 c) dispose : « *convenir que le distributeur limite la part de ses ventes réalisées par internet.* »

### **C. L'interdiction indirecte de la vente en ligne :**

Si les lignes directrices prévoient que toute restriction à la vente en ligne dans un réseau de distribution sélective constitue une restriction caractérisée. Pour autant, certaines clauses peuvent être problématiques, lorsque leur conséquence engendre une interdiction de pratiquer le e-commerce. En effet, les clauses de localisation qui permettent au fabricant de limiter les ventes de son distributeur dans un secteur donné, lui interdisant de s'installer dans un autre point de vente, seraient susceptibles de provoquer une interdiction de la vente en ligne de façon indirecte. La construction d'un site de vente en ligne pourrait être perçue comme un autre point de vente, le fabricant pourrait alors alléguer un manquement au contrat de distribution.

C'est pourquoi, les lignes directrices ajoutent au point 57 : « *Il peut être interdit à des distributeurs sélectionnés d'exercer leur activité à partir de locaux différents ou d'ouvrir un nouveau magasin dans un autre lieu. Dans ce contexte, l'utilisation par un distributeur de son propre site internet ne peut être assimilée à l'ouverture d'un nouveau point de vente en un lieu différent* ». La commission semble s'être inspirée de la solution jurisprudentielle française<sup>88</sup> indiquant : « *un site internet n'est pas un lieu de commercialisation mais un moyen de vente alternatif utilisé, comme la vente directe en magasin ou la vente par correspondance, par les distributeurs d'un réseau disposant de points de vente physique* ».

---

une redevance qui ne varie pas en fonction du chiffre d'affaires réalisé hors ligne, ce qui équivaudrait indirectement à un système de double prix) pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne. »

<sup>88</sup> Cons. Conc. n° 08-D-2, Décision du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques. Voir également : Cass. com. 14 mars 2006, n° 03-14639, « Affaire Flora Partner » : « la création d'un site Internet n'est pas assimilable à l'implantation d'un point de vente dans le secteur protégé ».

#### **D. L'émission de pressions sur les recommandations de prix :**

Au sein de l'Union européenne, les juridictions interdisent au fabricant d'imposer un prix de vente ou un prix minimum à ses distributeurs. En revanche, il est possible de fixer un prix maximum ou de conseiller des prix. Pour autant, il n'est pas permis d'émettre des pressions pour que ses détaillants appliquent ces recommandations.

Dans la jurisprudence « Ciba-Vision »<sup>89</sup> l'autorité de concurrence fédérale allemande (le Bundeskartellamt) a condamné le fournisseur de lentilles de contact à une amende en raison de la violation de l'article 101 § 1 du TFUE. En l'espèce, celui-ci avait pris des mesures pour surveiller les prix en ligne de ses distributeurs. D'une part, lorsque les prix appliqués étaient plus faibles que ceux recommandés, le fournisseur contactait ses détaillants pour les inciter à les augmenter. D'autre part, des interdictions de vente en ligne étaient appliquées à certaines lentilles.

La surveillance des prix et la pression appliquée aux distributeurs sur ceux-ci ont été considérées comme illicites au regard du droit européen de la concurrence. Les contacts entre Ciba vision et ses détaillants démontraient la mise en place d'une concertation sur les prix.

Une autre jurisprudence illustre cette interdiction. Elle a également été rendue par l'autorité de la concurrence allemande qui a condamné la société Phonak<sup>90</sup> au paiement d'une amende. En effet, celle-ci avait effectué des pressions à l'encontre de l'un de ses détaillants de prothèses auditives, qui les proposait à des prix inférieurs aux autres. La société Phonak refusait de livrer son distributeur afin qu'il augmente ses prix. Le principe de prohibition de pression concernant l'application de prix fut une nouvelle fois appliqué.

#### **II. La générosité des juridictions américaines atténuée :**

Aux Etats-Unis, le fabricant peut distribuer en ligne ses produits et être en concurrence avec les sites de ses propres distributeurs. S'il impose des conditions restrictives à ses distributeurs, les juridictions américaines estiment qu'il reste dans une relation verticale par rapport à ses détaillants. C'est pourquoi, ces restrictions seront soumises à la règle de raison. Cependant, elles pourront être exceptionnellement traitées en tant que restrictions horizontales si le seul but du fournisseur était de restreindre la concurrence avec ses propres distributeurs.

Bien qu'aux Etats-Unis le principe reste celui d'une grande liberté pour le fournisseur, l'utilisation de la règle de raison dans la jurisprudence « Babyage.com v Toys R Us » de 2008 rassure les

---

<sup>89</sup> Décision n°B3-123/08 rendue par le Bundeskartellamt le 25 septembre 2009.

<sup>90</sup> Décision n°B3-69/08 rendue par le Bundeskartellamt du 14 octobre 2009.



distributeurs puisqu'elle a démontré sa capacité à atténuer une trop grande générosité du droit de la concurrence américain.

En l'espèce, Babyage était l'un des distributeurs de Toys R Us, qui, selon lui, violait la Section 1 du Sherman Act en faisant pression sur ses fabricants. En effet, il les empêchait de vendre aux distributeurs réalisant leurs ventes en ligne à des prix bien plus bas que ceux pratiqués par les magasins physiques.

En parallèle, une action de groupe<sup>91</sup> a permis de mettre en lumière le préjudice pour les consommateurs. En effet, par la mise en place de ces restrictions verticales, Toys R Us exerçait une contrainte sur la fixation des prix pénalisant ainsi les consommateurs.

Les juges ont retenu la violation du Sherman Act par Toys R Us pour sa politique imposant un certain prix de revente. Par conséquent, la société a été condamnée au paiement d'une amende<sup>92</sup>.

Une nouvelle fois, il est intéressant de remarquer la logique des juridictions américaines, qui ne traitent pas différemment les ventes en ligne par rapport aux ventes physiques.

---

<sup>91</sup> McDonough v. Toys "R" Us, Inc. (2009).

<sup>92</sup> « Toys 'R' Us settles lawsuits over web price pressure » Don Davis. 29 mars 2011.

## **Conclusion :**

En premier lieu, la France et les Etats-Unis ont bâti leurs politiques de concurrence après avoir hérité chacun d'influences distinctes. Par conséquent, il semble que leurs raisonnements et conceptions des accords verticaux, du marché, du bien être des consommateurs soient aux antipodes tout autant que leurs stratégies de défense face aux juridictions ainsi que le rôle joué par celles-ci.

Tant en France qu'aux Etats-Unis, la distribution en ligne favorise l'émergence d'effets pro concurrentiels et peut également entraîner l'augmentation des atteintes à la concurrence. Chacun des deux pays tente de lutter contre ces risques tout en trouvant un équilibre permettant de retirer les bénéfices de ce mode de distribution devenu incontournable.

L'application de ces principes selon les exemples des jurisprudences Pierre Fabre, en France, et Leegin, aux Etats-Unis, démontre les différences majeures entre les deux conceptions de la concurrence, son rôle et l'objectif des juges et législateurs, les deux pays souhaitant retirer des effets différents via cette nouvelle forme de distribution.

D'un côté, l'établissement de règles semble être un pré requis pour le bon fonctionnement et l'organisation du marché européen. En effet, le morcellement des marchés nationaux, les différentes langues, réglementations sont autant d'obstacles auxquels la commission doit faire face. C'est pourquoi l'objectif principal qui a été attribué au commerce électronique est politique : accomplir la réalisation d'un marché unitaire. Par conséquent, les règles européennes concernant le commerce électronique, qui s'imposent aux états membres, ont vocation à harmoniser l'ensemble des réglementations nationales.

De l'autre, l'évaluation au cas par cas, par les juges est perçue comme étant le meilleur moyen de correspondre à la pratique des affaires et de favoriser la ligne de pensée économique américaine.

Par conséquent, au sein de l'Union Européenne, la concurrence intramarque conserve une grande importance tandis qu'aux Etats-Unis on s'intéresse à la concurrence intermarque.

En outre, autant les autorités françaises qu'américaines rencontrent certains obstacles. Ainsi, en France, l'accumulation des règles européennes rend l'ensemble complexe tant pour la compréhension que pour la mise en conformité. Tandis qu'aux Etats-Unis, la prévisibilité pour les acteurs agissant sur le marché est rendue difficile.

Il est également intéressant de noter qu'en Europe, les justifications concernant les restrictions verticales liées aux réseaux de distribution via internet, sont très rarement acceptées, lorsqu'aux Etats-Unis, les autorités et juridictions sont généralement plus clémentes pour leurs admissions.

Cependant, comme nous l'avons vu, il existe en pratique de nombreuses inflexions aux principes. En effet, les fondements de départ laissent progressivement place à des rapprochements entre la France et les Etats-Unis grâce à l'appréciation des juridictions mais aussi de la soft law au travers par exemple des lignes directrices de la commission.

Finalement, pour la France comme pour les Etats-Unis, la vision globale face à l'émergence du commerce électronique est celle d'une adaptation des mesures s'appliquant aux réseaux de distribution hors ligne aux problématiques de la distribution en ligne.

En définitive, selon Louis A. Schapiro<sup>93</sup> : « The Internet in all its forms is Heraclitus' river. (...) Indeed, change and “disruptive innovation” lie at the very nature of the Internet and the law should follow suit, allowing one to conduct its business online and be free to adopt a business model of its choosing, as long as that business model does not impinge the rights of other businesses or consumers. »

---

<sup>93</sup> « Different approaches to internet commerce and antitrust in the EU and the US ». Louis A. Schapiro, Mlex Magazine, July-September 2012.

## **BIBLIOGRAPHIE :**

### **TEXTES LEGISLATIFS :**

#### ***Europe :***

**TRAITE DE PARIS :** Traité instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier. (Traité CECA) Paris (1951).

**TRAITE DE ROME :** Traité instituant la Communauté Economique Européenne rebaptisé « [traité sur le fonctionnement de l'Union européenne](#) ». Rome (25 mars 1957).

**TRAITE DE LISBONNE :** Traité modifiant le traité sur l'Union européenne et le traité instituant la Communauté européenne (13 décembre 2007).

**TRAITE DE MAASTRICHT :** Traité sur l'union européenne (7 février 1992).

**COMMISSION UE :** Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

**COMMISSION UE :** Lignes directrices concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité.

#### ***France :***

**CODE CIVIL** 21 mars 1804.

**CODE DE COMMERCE** 1807.

**AUTORITE DE LA CONCURRENCE** Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 « relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique ».

#### ***Etats-Unis :***

**SHERMAN ANTI-TRUST ACT** 2 juillet 1890.

**CLAYTON ACT** 1914.

**ROBINSON-PATMAN ACT 1936.**

### **OUVRAGES :**

**GERARD CORNU** Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 1996.

**MARIE MALAURIE-VIGNAL** Droit de la concurrence interne et européen 6<sup>o</sup> édition,. Sirey Université.

**ROBERT H. BORK** The Antitrust Paradox : A Policy at War with Itself. New York, Basic Books, 1978.

**SIEGFRIED F. FRANKE ET DAVID GREGOSZ, KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG** Economie sociale de marché : Qu'est ce que cela signifie concrètement ? 2013.

**LOUIS VOGEL** Droit Européen de la Concurrence. Dalloz – Précis Dalloz, 20 novembre 2012.

**ROGER D. BLAIR AND D. DANIEL SOKOL** The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, p297 : « Antitrust régulation of resale price maintenance in the US and EU ».

**CHRISTIANE FERL-SCHUHL** CYBERDROIT Le droit à l'épreuve de l'internet, 6e édition, , chap. 54 « émergence des règles de distribution sur internet ».

### **ARTICLES :**

**LOUIS A. SCHAPIRO** « Different approaches to internet commerce and antitrust in the EU and the US », Mlex Magazine, July-September 2012.

**GARDNER, JAMES K** « A Consignment Approach to Vertical Marketing Restrictions (United States v. Arnold, Schwinn & Co.) » Indiana Law Journal: Vol. 43: Iss. 2, Article 7. (1968) Disponible : <http://repository.law.indiana.edu/ilj/vol43/iss2/7>

**LARRY L. WILLIAMS** « Distribution and the Sherman Act—The Effects of General Motors, Schwinn and Sealy » Duke Law Journal 732-740 (1967).

**PIRAINO, THOMAS A. JR.** « Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century » *Indiana Law Journal*: Vol. 82: Iss. 2, Article 4. (2007).

**RICHARD A. POSNER** « The Chicago School of Antitrust Analysis » *127 U. Pa. L. Rev.* 925 (1979).

**RICHARD A. POSNER** « The Rule of Reason and the Economic Approach: Reflections on the Sylvania Decision » *45 University of Chicago Law Review* 1 (1977).

**JAMES C. COOPER, LUKE M. FROEB, DANIEL P. O'BRIEN, AND MICHAEL G. VITA** « A comparative study of United States and European Union approaches to vertical policy » *George Mason Law Review* 13, No. 2 (2005).

**JULIAN M. JOSHUA, SARAH JORDAN** « Combinations, Concerted Practices and Cartels : Adopting the Concept of Conspiracy in European Community Competition Law » *Symposium on European Competition Law* , *24 Nw. J. Int'l L. & Bus.* 647 (2003-2004).

**DASKALOVA VICTORIA** « Consumer Welfare in EU Competition Law : What is It (Not) About? » (May 1, 2015). *The Competition Law Review* (2015), Vol. 11, p 130.

**BARAK ORBACH** « Foreword: Antitrust's Pursuit of Purpose » (2012-2013) *Fordham L Rev.* 215.

**MORGAN HARDY** « Fin de la saga judiciaire Pierre Fabre : confirmation de l'illicéité de l'interdiction de la vente en ligne » *Le petit Juriste* (5 mai 2013).

**ELHAUGE, EINER** « Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent Supreme Court Decisions ? » *Competition Policy International*, Vol. 3, No. 2, Autumn 2007.

**RAYCHAUDHURI** « Vertical restraints in competition law: the need to strike the right balance between regulation and compétition ». *National University of Juridical Science Law Review*, 4, 609-624. (2011)

**ALBERTO CAVALLO** « Are Online and Offline Prices Similar ? Evidence from Large

Multi-Channel Retailers » MIT & NBER (18 avril 2016).

**ELLISON, G. AND ELLISON, S. F.** « Search, Obfuscation, and Price Elasticities on the Internet. » *Econometrica*, 77: 427–452. doi: 10.3982/ECTA5708 (2009),

**BRYNJOLFSSON, E., Y. J. HU, AND M. D. SMITH** « Consumer Surplus in the Digital Economy: Estimating the Value of Increased Product Variety at Online Booksellers. » *Management Science* 49 (11). (2003)

**HORTAÇSU, A., F. A. MARTÍNEZ-JEREZ, AND J. DOUGLAS** « The Geography of Trade in Online Transactions: Evidence from eBay and Mercadolibre. » *American Economic Journal : Microeconomics* (2009)

**JULLIEN, B. AND REY, P.** « Resale price maintenance and collusion ». *The RAND Journal of Economics*, 38: 983–1001. (2007)

**JOSEPH VOGEL** « Les effets économiques de la distribution par Internet : le régime juridique des restrictions à la distribution par Internet », *Revue des droits de la concurrence* N° 1-2011.

**JEFFREY J. JONES OR DOUGLAS M. MANSFIELD** (Columbus Office - JONES DAY) « *Emporium Drug Mart Inc. of Shreveport v. Drug Emporium, Inc.: New Issues Facing Franchisors that Use the Internet* ». November 2000.

**DON DAVIS** « Toys ‘R’ Us settles lawsuits over web price pressure ». 29 mars 2011. Disponible : <https://www.internetretailer.com/2011/03/29/toys-r-us-settles-lawsuits-over-web-price-pressure>

### **MEMOIRES / RAPPORTS :**

**AURELIEN PORTUESE** (sous la direction de Louis Vogel et de Bruno Deffains) « Le principe d'efficience dans la jurisprudence européenne ». 2012. P298-299.

**ROSCH, J. T** « *Developments in the Law of Vertical Restraints : 2012* » (2012). Disponible : [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/developments-law-vertical-restraints-2012/120507verticalrestraints.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/developments-law-vertical-restraints-2012/120507verticalrestraints.pdf)

**OECD** « Policy Roundtables Vertical Restraints for On-line Sales ». (2013).

**COMMISSION DE MODERNISATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE** Rapport et Recommandations, 2 avril 2007.

Disponible : [http://govinfo.library.unt.edu/amc/report\\_recommendation/toc.htm](http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm)

### **CONFERENCES / COLLOQUES :**

**COMMISSIONER M. MONTI** « Competition in a Social Market economy » Speech at the Conference of the European Parliament and the European Commission on ‘Reform of European Competition law’ in Freiburg on 9/10 November 2000 < [http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000\\_022\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2000_022_en.pdf) >

**THOMAS ROSCH** « Monopsony and the Meaning of “Consumer Welfare”: A Closer Look at Weyerhaeuser » Paper presented at the Milton Handler Annual Antitrust Review in New York, NY, USA (7 December 2006).

**ALEXANDER ITALIANER** « Competitor agreements under EU competition law » 40th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham Competition Law Institute. New York, 26 September 2013.

**LOUIS VOGEL** Concurrences N° 1-2012 – Colloque – Réseaux de distribution et droit de la concurrence. « La distribution par internet après l’arrêt Pierre Fabre – 2011 ».

**MURIEL CHAGNY** « Distribution exclusive et sélective à l’épreuve de la vente en ligne et des nouvelles « règles » applicables aux restrictions verticales ». Revue concurrence N° 4-2010 : colloque 2010.

### **JURISPRUDENCE :**

#### ***Europe :***

E. Affaire 107/82 du 25 octobre 1983 « AEG (Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft)-Telefunken AG c. Commission ».

F. Affaire C-439/09 du 13 octobre 2011 « Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l’Autorité de la concurrence et Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi ».



G. Affaire C-439/09, Conclusions de l'avocat général présentées le 3 mars 2011. Disponible : <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62009CC0439&lang1=fr&type=TXT&ancre>

***France :***

- Cass. com., Arrêt n° 03-14.639 du 14 mars 2006, SA Flora Partner c/ SARL Laurent Portal Rouvelet.
- Conseil de la Concurrence, Décision n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 « relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France ».
- Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 « relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle ».
- Cour d'Appel de Toulouse, n° 06/02398 du 11 décembre 2007.
- Cour d'Appel de Paris, Arrêt n°07/04360 du 18 Avril 2008 « SARL PMC Distribution c. SAS Pacific Création ».
- Autorité de la Concurrence, Décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 « relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques ».
- Cour d'Appel de Paris, Arrêt n°2008-006263 du 04 décembre 2008. Et Cass. Com, Arrêt n° 09-11689 du 14 février 2012.

***Etats-Unis :***

- Standard Oil Company v. U.S. 221 U.S. 1 (1911)
- Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co. 220 U.S. 373 (1911)
- United States v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919)
- Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958)

- White Motor Co. v. United States, 372 U.S. 253 (1963)
- United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)
- Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Incorporated, 433 U.S. 36 (1977)
- MD Products, Inc. v. Callaway Golf Sales Co. N° 3:04cv274. (2006)
- Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc. 551 U.S. 877 (2007)
- McDonough v. Toys “R” Us, Inc. N° 2:06-cv-0242-AB, N° 2:09-cv-06151-AB (2009)
- Jacobs v. Tempur-Pedic International, Inc. N° 08-12720 (2010)
- Worldhomecenter.com, Inc. v. KWC America, Inc. N° 10 Civ. 7781 (2011).

### *Allemagne :*

- Décision du Bundeskartellamt n°B3-123/08 « Ciba-Vision » 25 septembre 2009.
- Décision du Bundeskartellmat n°B3-69/08 « Phonak » 14 octobre 2009.

### **AUTRES :**

**UNITED KINGDOM COMPETITION AUTHORITY** « The Evolution of Competition Law and Policy in the United Kingdom » LSE Law, Society and Economy Working Papers, 9/2009.

**FREDERIC MARTY** « Politiques européennes de concurrence et économie sociale de marché » Nov 2010, OFCE N°2010-30. (p17) Disponible : <http://www.ofce.sciences-po.fr/pdf/dtravail/WP2010-30.pdf>

**JULIA WAHL, SISKA TROOST AND CAROLINE BUTS** « The Internet : Just Another Distribution Channel ? EU and U.S. Competition Policy Approaches to E-Commerce ». (2015)

**ACCARDO** « Vertical Antitrust Enforcement: Transatlantic Perspectives on Restrictions of Online Distribution under EU and U.S. Competition Laws ». Transatlantic Technology Law Forum -

Working Paper No. 12. Disponible : [http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/204971/doc/slspublic/accardo\\_wp12.pdf](http://law.stanford.edu/wp-content/uploads/sites/default/files/publication/204971/doc/slspublic/accardo_wp12.pdf)

**EUROPEAN COMMISSION** « Fact Sheet : Boosting e-commerce in the EU ». Brussels, 25 May 2016. [http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market\\_fr](http://ec.europa.eu/priorities/digital-single-market_fr)

**MICHEL CLAIR** « Vente en ligne et concurrence : la distribution sélective à l'épreuve de l'Internet, Réaction de la CCIP à l'avis de l'Autorité de la concurrence relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique ». (29 nov 2012) Disponible : <http://www.cci-paris-idf.fr/sites/default/files/etudes/pdf/documents/commerce-electronique-concurrence-cla1211.pdf>