



Collection lausannoise

Blanche Tinguely

# La distribution sur internet

Contribution à l'appréciation du régime des accords  
verticaux en droit de la concurrence européen, français  
et suisse



Stämpfli Editions



LexisNexis

# Table des matières

Remerciements.....	V
<i>Nota bene</i> .....	VII
Sommaire.....	IX
Table des abréviations.....	XI
Introduction générale.....	1
<b>Partie I L'unité de la distribution</b> .....	<b>47</b>
Titre I La distribution sur internet comme activité d'intermédiation.....	51
Chapitre I La fonction de la distribution sur internet.....	53
Section I La valorisation de la fonction d'intermédiation sur internet ...	53
§ 1. La régulation de l'offre et de la demande.....	54
I. La fonction de stockage.....	54
II. La fonction d'arbitrage dans le temps et dans l'espace.....	55
§ 2. L'orientation de l'offre et de la demande.....	57
Section II L'adaptation de la fonction d'intermédiation à internet.....	58
§ 1. Des opérations comparables : l'agencement des linéaires et le référencement.....	59
§ 2. Un même grief : l'abus de position dominante.....	62
I. Incertitude sur le fondement de la vulnérabilité.....	63
II. Certitude sur l'aggravation de la vulnérabilité.....	69
Conclusion du Chapitre I.....	76
Chapitre II Les intermédiaires de la distribution sur internet.....	77
Section I Les failles du sentiment de disparition des intermédiaires associé à la distribution sur internet.....	78
§ 1. La distribution avec ou sans intermédiaire : des choix d'opportunité.....	79
I. Le choix de recourir à des intermédiaires.....	80
II. Le choix des intermédiaires.....	82
§ 2. Le défaut d'originalité du sentiment de disparition des intermédiaires associé à la distribution sur internet.....	84
I. La confusion des rôles de producteur et de distributeur ...	84
A. L'intervention des producteurs dans l'activité de distribution.....	85
1. L'intervention des producteurs dans l'activité de leurs distributeurs.....	85
2. La distribution par les producteurs parallèlement à leurs distributeurs : la double distribution.....	86
B. L'intervention des distributeurs dans l'activité de production.....	88
II. L'effacement du producteur ou du distributeur.....	89
Section II La réalité de l'importance des intermédiaires de la distribution sur internet.....	91
§ 1. Le « paysage » des intermédiaires de la distribution sur internet.....	92

	I. Les intermédiaires au sens économique (les plateformes <i>pure players</i> ) .....	92
	II. Les intermédiaires au sens juridique .....	94
	A. Les plateformes <i>marketplaces</i> .....	96
	B. Les affiliés des programmes d'affiliation .....	101
§ 2.	Les conséquences en termes de vulnérabilité au droit des accords verticaux .....	101
	I. Les intermédiaires de la distribution sur internet parties à des accords .....	102
	II. L'objet des accords auxquels sont parties les intermédiaires de la distribution sur internet.....	105
	A. Accords relatifs à la revente : accords entre fournisseurs et plateformes <i>pure players</i> .....	105
	B. Accords relatifs à la vente : accords entre fournisseurs et plateformes <i>marketplaces</i> .....	106
	Conclusion du Chapitre II.....	111
	Conclusion du Titre I .....	112
Titre II	Le canal virtuel de distribution.....	113
Chapitre I	L'analogie des canaux de distribution.....	118
Section I	Le refus de la qualification négative du site de vente en ligne	120
§ 1.	L'absence de fondement textuel à la qualification négative ...	124
I.	L'identification d'un fondement dans la directive « commerce électronique » .....	124
II.	L'autonomie du « lieu d'établissement » du règlement n° 330/2010 .....	126
A.	La fonction du « lieu d'établissement » en droit de la concurrence .....	126
B.	La signification du « lieu d'établissement » en droit de la concurrence : le point de vente.....	129
§ 2.	Les failles de l'interprétation du droit de la concurrence.....	130
I.	La position des autorités de concurrence .....	130
A.	La relativisation de la qualification négative du site de vente en ligne .....	131
B.	La contradiction de la qualification négative du site de vente en ligne .....	132
II.	La position de la Cour de justice.....	135
A.	La considération du « lieu d'établissement » au sens du règlement n° 330/2010 .....	136
B.	La considération du site de vente en ligne au sens du règlement n° 330/2010 .....	137
Section II	Le choix d'une qualification positive du site de vente en ligne.	139
§ 1.	La rencontre malgré l'absence réelle.....	143
I.	Le caractère générique des qualifications juridiques de l'éloignement électronique.....	144
II.	Les caractères spécifiques du régime juridique de l'éloignement électronique.....	146
A.	La contractualisation en ligne .....	149
B.	La contractualisation sur un site de vente en ligne .....	151
§ 2.	La rencontre en présence virtuelle.....	153

I.	Les modalités contractuelles de la rencontre .....	155
II.	Le lieu virtuel de la rencontre .....	158
A.	L'opération de localisation du site de vente en ligne...	160
1.	L'implantation dans l'espace virtuel.....	160
2.	Le repérage dans l'espace virtuel.....	163
B.	Les formes de sites de vente en ligne.....	168
1.	L'extension à l'espace virtuel de formes existant dans l'espace physique.....	168
2.	La transposition dans l'espace virtuel de formes existant dans l'espace physique .....	170
	Conclusion du Chapitre I .....	173
Chapitre II	La substituabilité des canaux de distribution .....	176
Section I	Les difficultés de délimitation du marché pertinent .....	185
§ 1.	La substituabilité des canaux de distribution en général .....	186
§ 2.	La substituabilité du canal virtuel et des autres canaux de distribution.....	190
I.	La mesure de la substituabilité.....	191
II.	L'adaptation de l'analyse concurrentielle .....	197
Section II	Essai de délimitation du marché pertinent .....	200
§ 1	Le marché de produits .....	201
I.	Les positions de principe.....	201
II.	L'analyse casuistique de la substituabilité des canaux .....	203
A.	Indices relatifs aux produits distribués.....	207
B.	Indices relatifs au prix des produits distribués.....	208
C.	Indices relatifs aux services rendus dans le cadre de la distribution .....	210
§ 2.	Le marché géographique .....	216
	Conclusion du Chapitre II.....	223
	Conclusion du Titre II .....	225
	Conclusion de la Partie I .....	226
<b>Partie II</b>	<b>Le régime de la distribution sur internet .....</b>	<b>229</b>
Titre I	L'interdiction d'interdire la distribution sur internet .....	231
Chapitre I	L'affirmation du principe de liberté des ventes en ligne.....	233
Section I	La politique de libération des ventes en ligne .....	233
§ 1.	Le caractère anticoncurrentiel des restrictions des ventes en ligne.....	233
I.	L'identification d'une restriction de concurrence .....	234
A.	L'analyse en droit européen (et français).....	234
1.	La restriction par objet .....	234
2.	La restriction caractérisée .....	242
B.	L'analyse en droit suisse .....	244
1.	La présomption de suppression de la concurrence efficace .....	244
2.	La restriction notable de la concurrence .....	245
II.	La difficulté de l'exemption individuelle.....	246
§ 2.	Le caractère proconcurrentiel des ventes en ligne.....	249
I.	Le dogme du caractère proconcurrentiel des ventes en ligne	249
II.	Les instruments de diffusion du dogme .....	253

	A. L'incitation.....	254
	B. La négociation d'engagements.....	258
	C. La contrainte .....	262
Section II	Les enjeux pour les réseaux de distribution : les périmètres de clientèle.....	263
§ 1.	Les contours des périmètres de clientèle.....	266
I.	Les critères d'ordre personnel.....	268
	A. L'attribution d'une clientèle : l'exclusivité de clientèle ..	269
	B. L'exclusion d'une clientèle : l'interdiction des ventes sautées et des ventes hors réseau.....	271
II.	Les critères d'ordre territorial .....	276
	A. L'attribution d'un territoire pendant l'exécution du contrat : l'exclusivité territoriale.....	277
	B. La protection d'un territoire après la cessation du contrat : la non-concurrence post-contractuelle.....	279
§ 2.	Les perturbations des périmètres de clientèle.....	283
I.	Part d'opacité d'internet et identité de la clientèle virtuelle .....	285
II.	Extraterritorialité du point de vente virtuel et localisation de la clientèle virtuelle .....	289
	Conclusion du Chapitre I .....	295
Chapitre II	Le fondement du principe de liberté des ventes en ligne .....	298
Section I	Appréciation de la distinction ventes actives/ventes passives.	300
§ 1.	Présentation de la distinction .....	301
I.	Évolution des définitions.....	301
	A. Apparition de la distinction en filigrane .....	301
	1. En droit européen.....	302
	2. En droit suisse .....	303
	B. Formalisation de la distinction et des définitions.....	304
	1. En droit européen .....	304
	2. En droit suisse .....	306
II.	Critères de distinction .....	307
	A. Analyse de la définition des ventes actives.....	308
	B. Analyse de la définition des ventes passives .....	309
§ 2.	Originalité de la distinction ventes actives/ventes passives.....	311
I.	Déconnexion avec le droit commun des contrats.....	313
	A. Critère de l'intérêt financier.....	314
	B. Critère de l'auteur de la sollicitation.....	316
II.	Focalisation sur un élément non décisif en droit de la consommation .....	319
	A. Critère de qualification du contrat hors établissement : lieu non affecté à la commercialisation.....	319
	B. Contre-exemple du démarchage téléphonique.....	322
Section II	Pertinence de la distinction ventes actives/ventes passives en matière de ventes en ligne .....	325
§ 1.	La qualification de principe.....	332
I.	Application du critère de l'intérêt financier aux ventes en ligne.....	333

	II. Application du critère de l'auteur de la sollicitation aux ventes en ligne.....	334
	A. Pertinence de la qualification de ventes passives sous l'angle du droit commun des contrats.....	334
	1. Identification de l'auteur de l'offre en ligne.....	335
	2. Révélation de l'offre en ligne.....	336
	B. Pertinence de la qualification de ventes passives sous l'angle du droit de la consommation.....	338
	§ 2. Les qualifications casuistiques.....	340
	I. Signalisation du point de vente virtuel.....	342
	A. Extension géographique du nom de domaine.....	343
	B. Référencement.....	345
	1. Référencement par les moteurs de recherche.....	346
	a. Référencement automatique.....	346
	b. Référencement volontaire.....	350
	2. Référencement de site à site : les <i>marketplaces</i> et les comparateurs de prix.....	351
	II. Publicité pour le point de vente virtuel.....	352
	A. Envoi d'e-mails non sollicités.....	353
	B. Référencement de site à site : les bannières publicitaires.....	355
	Conclusion du Chapitre II.....	357
	Conclusion du Titre I.....	359
Titre II	La permission d'encadrer la distribution sur internet.....	363
Chapitre I	Le contrôle du point de vente virtuel.....	366
Section I	Le fondement du contrôle : la convergence des critères d'agrément vers la notion de point de vente.....	366
§ 1	L'imposition de critères qualitatifs.....	367
	I. Les critères non restrictifs de concurrence : la distribution sélective purement qualitative.....	367
	II. Les critères exemptés en matière de distribution exclusive et sélective.....	370
§ 2.	La maîtrise de la densité géographique du réseau.....	371
	I. L'autonomie relative de la notion de point de vente en matière de distribution exclusive.....	371
	II. L'importance accrue de la notion de point de vente en matière de distribution sélective.....	372
	A. La distribution sélective quantitative.....	373
	B. La distribution sélective combinée à la distribution exclusive : la clause d'implantation.....	373
Section II	L'étendue du contrôle : les critères d'agrément du point de vente virtuel.....	374
§ 1.	Les points de vente virtuels des distributeurs implantés dans l'espace physique.....	375
	I. Les critères qualitatifs.....	375
	A. L'accès au point de vente virtuel.....	376
	1. Le nom de domaine du point de vente virtuel.....	376
	2. Le référencement du point de vente virtuel.....	377
	B. L'aménagement du point de vente virtuel.....	380

1.	L'agencement du point de vente virtuel.....	380
2.	L'esthétique du point de vente virtuel.....	381
3.	Les produits exposés à la vente.....	382
C.	Les services rendus dans le point de vente virtuel.....	383
1.	Compétence du personnel de vente.....	383
2.	Modalités du conseil .....	384
3.	Complémentarité avec le point de vente physique..	385
II.	La maîtrise de la densité géographique du réseau.....	387
A.	Les réseaux de distribution exclusive .....	387
B.	Les réseaux de distribution sélective .....	388
1.	La distribution sélective quantitative.....	388
2.	La distribution sélective combinée à la distribution exclusive : la clause d'implantation .....	389
§ 2.	Les plateformes .....	390
I.	L'agrément des <i>pure players</i> .....	391
A.	L'entrée de <i>pure players</i> dans les réseaux de distribution sélective qualitative .....	392
1.	Les enjeux liés à l'exigence de détention d'un point de vente physique.....	392
a.	La restriction de concurrence découlant de l'exigence de détention d'un point de vente physique.....	392
b.	Le risque de parasitisme justifiant l'exigence de détention d'un point de vente physique.....	394
2.	La grille d'analyse de l'exigence de détention d'un point de vente physique : de l'admission d'une interdiction à la possibilité d'un contrôle des <i>pure players</i> ? .....	395
a.	Les orientations des autorités de concurrence.	395
b.	La jurisprudence française.....	399
B.	L'entrée de <i>pure players</i> dans les réseaux de distribution organisés sur une base quantitative .....	403
1.	Les réseaux de distribution exclusive .....	403
2.	Les réseaux de distribution sélective .....	405
a.	La distribution sélective quantitative.....	405
b.	La distribution sélective combinée à la distribution exclusive : la clause d'implantation	406
II.	L'interdiction de vente sur <i>marketplaces</i> .....	406
A.	La validation de l'interdiction de vente sur <i>marketplaces</i>	407
1.	La jurisprudence européenne <i>Coty Germany</i> .....	408
a.	L'absence de caractère anticoncurrentiel (art. 101 § 1 TFUE) .....	410
b.	L'exemption (art. 101 § 3 TFUE).....	411
2.	La pratique décisionnelle et la jurisprudence françaises.....	412
a.	La pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence.....	412
b.	La jurisprudence de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation .....	416

B. La portée de la faveur du droit de la concurrence.....	418
Conclusion du Chapitre I .....	429
Chapitre II Le contrôle tarifaire .....	433
Section I La discrimination tarifaire en amont .....	433
§ 1. La discrimination tarifaire des ventes en ligne (le double prix) ..	434
§ 2. La discrimination tarifaire des <i>pure players</i> .....	439
Section II Le contrôle tarifaire en aval.....	443
§ 1. Vulnérabilité des pratiques de contrôle du prix de revente en ligne .....	446
I. Vulnérabilité modérée des pratiques de prix de revente en ligne recommandé ou maximum .....	446
II. Vulnérabilité forte des pratiques de prix de revente en ligne fixe ou minimum .....	449
§ 2. Justification des pratiques de contrôle du prix de revente en ligne .....	454
I. Justification de l'imposition d'un prix de revente en ligne maximum .....	454
II. Justification des recommandations de prix de revente en ligne et de l'imposition de prix de revente en ligne fixe ou minimum .....	455
Conclusion du Chapitre II.....	457
Conclusion du Titre II .....	459
Conclusion de la Partie II.....	461
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>463</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>509</b>
I. Ouvrages généraux .....	509
II. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses .....	513
III. Articles .....	516
IV. Législation et autres textes officiels .....	539
V. Jurisprudence.....	544
VI. Pratique décisionnelle et consultative, autres publications des autorités de concurrence.....	554
VII. Études et rapports divers, articles de presse .....	563
<b>Index .....</b>	<b>565</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>579</b>