

**NIEDERER KRAFT & FREY**

Niederer Kraft & Frey Ltd  
Bahnhofstrasse 13 · CH-8001 Zurich  
Telephone +41 58 800 8000 · Telefax +41 58 800 8080  
nkf@nkf.ch · www.nkf.ch



# Digital Transformation et le droit de la concurrence

7<sup>e</sup> journée du droit de la concurrence

3 novembre 2016

Nicolas Birkhäuser

NKF

# Transformation Digitale

---

**Qu'est-ce que la “digital transformation” (anglais) ou la “transformation digitale” (français) signifie?**

“La **transformation digitale** se réfère aux changements associés à l'application de la technologie numérique dans tous les aspects de la société humaine.” (Wikipedia)

La Commission Européenne **se préoccupe de manière intensive de la transformation digitale**. Le Strategic Policy Forum a publié en mars 2015 ses premières recommandations aux leaders politiques et économiques. Le Forum voit des chances importantes pour de nouvelles places de travail et pour la croissance. – Les recommandations du Forum ont une influence considérable sur la politique et les initiatives de Union Européenne. (cf. First Report of the Strategic Policy Forum: Digital Transformation of European industry and enterprises (mars 2015; il existe seulement en anglais); [http://ec.europa.eu/growth/sectors/digital-economy/entrepreneurship/strategic-policy-forum\\_en](http://ec.europa.eu/growth/sectors/digital-economy/entrepreneurship/strategic-policy-forum_en))

“Several Commission departments are working on the **Digital Single Market [le marché unique numérique]** at the moment.” (Margrethe Vestager, dans un discours le 26 mars 2015 avec le titre “Competition policy for the Digital Single Market: Focus on e-commerce”)

# Background

---

**Margrethe Vestager, commissaire pour la concurrence, dans un discours le 26 mars 2015 avec le titre “Competition policy for the Digital Single Market: Focus on e-commerce” (1):**

“Unfortunately, buying goods online is a lot more difficult [than taking back home the goods you have bought during your trip]. It sounds like a paradox, but we still have a number of digital borders. **It is high time we removed these barriers**, which keep Europe’s digital markets fragmented.” [Il y a encore plusieurs barrières numériques. **Il est grand temps de supprimer ces barrières** qui gardent le marché unique numérique fragmenté.]

“[...] it will not come as a surprise to you that the **digital economy is among my priorities**. European consumers should be able to access goods, content, and other services no matter where they live and travel in Europe.” [**l’économie numérique est une de mes priorités**]

“The bad news is that the reality on the ground is a far cry from really integrated digital markets. There are still many barriers that keep them fragmented. - Some of these barriers are due to public policies. **Others are erected by companies**, either because of the way they run their business or because of the arrangements they have with other companies. - **And this is where competition policy comes into the picture.**” [Certaines barrières sont érigées par la politique. **D’autres sont érigées par des entreprises.** [...] - **Et c’est là que la politique de la concurrence entre en jeu.**]

# Lignes directrices sur les restrictions verticales

---

**Margrethe Vestager, commissaire pour la concurrence, dans un discours le 26 mars 2015 avec le titre “Competition policy for the Digital Single Market: Focus on e-commerce” (2):**

“[...] But often it’s the companies themselves that **undermine cross-border trade** by erecting technical barriers such as geo-blocking.” [Mais souvent c’est les entreprises elles-mêmes qui **sapent le commerce transfrontières** en érigeant des barrières techniques come le geo-blocking.]

“Restrictions like these are **often the result of arrangements** that are included in contracts between manufacturers and content owners on one side and their distributors on the other.”

[De telles restrictions sont **souvent le résultat d’arrangements** qui sont inclus dans des contrats entre fabricants et propriétaires de contenu d’une part et leurs distributeurs d’autre part.]

“These arrangements fall under EU competition law. Specifically, they are covered by the Block Exemption Regulation and the **Guidelines on Vertical Restraints** – also called Vertical Guidelines. - The Commission updated these rules in 2010. The review made clear that, in principle, **every distributor must be allowed to use the internet to sell its products.**”

[Ces arrangements sont régis par le droit de la concurrence de l’UE. En particulier, ils sont couverts par le Règlement d’exemption par catégories et par les **Lignes directrices sur les restrictions verticales**. – La Commission a mis ces règles à jour en 2010. Cette mise à jour a clarifié en principe que **tout distributeur doit avoir le droit de faire usage du web pour vendre ses produits.**]

# Enquête sectorielle sur le commerce électronique

---

**Margrethe Vestager, commissaire pour la concurrence, dans un discours le 26 mars 2015 avec le titre “Competition policy for the Digital Single Market: Focus on e-commerce” (3):**

“Contractual bans of so-called **passive online sales** are therefore considered hard-core restrictions of competition.” [Des interdictions contractuelles de ventes passives en ligne sont donc considérées comme des restrictions caractérisées (hardcore restrictions).]

“But online business and markets move quickly and the **Vertical Guidelines can only give us a general framework.**” [Mais le commerce et les marchés en ligne se développent rapidement et les **Lignes directrices sur les restrictions verticales ne nous donnent qu'un cadre général.**]

“We need to put more flesh on the bones [...]” [Nous devons donner davantage de chair [...].]

“Launching an inquiry into the e-commerce sector” [Lancer une enquête sectorielle sur le commerce électronique]

→ Le 15 septembre 2016, la Commission Européenne publie les **conclusions préliminaires de l'enquête sectorielle** sur le commerce électronique: L'enquête sectorielle “confirme la croissance rapide du secteur dans l'UE et recense **les pratiques commerciales susceptibles de restreindre la concurrence et de limiter le choix des consommateurs.**”

# Enquête sectorielle sur le commerce électronique

---

## Constatations préliminaires de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique (1):

La Commission Européenne a **lancé l'enquête sectorielle sur:**

- le commerce électronique (la vente en ligne) de **biens de consommation**
- le commerce électronique de **contenus numériques**

Concernant la vente en ligne de **biens de consommation**, le rapport préliminaire énumère certaines **pratiques commerciales susceptibles de limiter la concurrence en ligne:**

- Restriction de prix / recommandation de prix (42% des revendeurs)
- Restriction de ventes sur des places de marché en ligne (18%, plus élevé en FR et DE)
- Restriction de ventes transfrontières, geo-blocking (11%)
- Restriction de ventes sur son propre site web (11%)
- Restriction de soumettre des offres à des sites web de comparaison des prix (9%)
- Restriction de faire de la publicité en ligne (8%)
- Autres restrictions (4%)

# Enquête sectorielle sur le commerce électronique

---

## Constatations préliminaires de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique (2):

Concernant le commerce électronique de **contenus numériques**, le rapport préliminaire identifie les pratiques suivantes en matière de licences:

- **Restrictions contractuelles** concernant le territoire, les techniques de diffusion, et les périodes de diffusions:
  - Limitation au territoire d'un seul État membre de l'UE (plus de 60 % des accords de licence soumis par des titulaires de droits)
  - Entente contractuelle avec des titulaires de droits de mettre en œuvre un blocage géographique (près de 60 % des fournisseurs de contenus numériques)
- **Durée** des accords de licence et des relations contractuelles:
  - Les titulaires de droits ont tendance à avoir des accords de licence conclus pour des durées relativement longues avec les fournisseurs de contenus numériques.
  - 4/5 ont une durée d'au moins 2 ans et presque 1/10 ont une durée de plus de 10 ans.

# Enquête sectorielle sur le commerce électronique

---

## **Conclusions préliminaires de l'enquête sectorielle de l'UE concernant la vente en ligne de biens de consommation:**

- Le commerce électronique **améliore l'information des consommateurs sur les prix**. Il en résulte une **concurrence accrue** qui est positive. – Il se pose néanmoins la question sur l'impact qu'elle peut avoir sur l'investissement dans la qualité des produits et l'image de marque.
- La **transparence profite aussi aux fournisseurs** qui ont plus facilement accès aux prix de leurs concurrents et de leurs revendeurs (**surveillance des prix**, souvent avec des outils de surveillance automatique).
- Le e-commerce a **renforcé la distribution sélective** comme modèle de distribution. Les fournisseurs cherchent à maintenir la cohérence de leur image et la qualité de leur distribution.
- Presque la moitié des fabricants ne permettent pas que leurs distributeurs ne vendent que en ligne (**pas de "pure online players"**).

# Enquête sectorielle sur le commerce électronique

---

## Conclusions préliminaires de l'enquête sectorielle de l'UE concernant le commerce électronique de contenus numériques:

- La Commission Européenne suggère que les **durées relativement longues pourraient constituer des barrières à l'entrée** sur le marché faisant obstacle à l'émergence de nouveaux modèles de diffusion en ligne et à l'entrée sur le marché d'opérateurs nouveaux.
- Ces difficultés peuvent être **accentuées par certaines clauses contractuelles**, telles que des clauses de droit de première négociation et des clauses de renouvellement automatique.

# Enquête sectorielle sur le commerce électronique

---

## Conclusions générales préliminaires de l'enquête sectorielle de l'UE sur le commerce électronique:

- En général, la Commission Européenne **ne conclut pas dans son rapport à l'illégalité** des clauses et des pratiques qu'elle énumère.
- Les clauses et pratiques énumérées donnent **toutefois des indications** quant aux suites que la Commission Européenne pourrait donner à son enquête sectorielle.
- A cet égard, la Commission Européenne indique déjà que les **dispositions relatives aux prix**, à la **capacité des distributeurs de vendre sur le web** et les **restrictions territoriales** feront l'objet d'une attention particulière.
- Le **rapport final** de la Commission Européenne est attendu pour le premier trimestre 2017.

# Accords: Case Law (1)

---

## Geo-blocking (Europe):

- **2011 – dispositifs de décodage:** Arrêt de la Cour de Justice Européenne du 4 octobre 2011 dans l'affaire **Football Association Premier League Ltd / Karen Murphy**: Les accords de licence entre les titulaires de droits et les fournisseurs de contenu selon lesquels **les fournisseurs de contenu ne doivent pas fournir de dispositifs de décodage à des consommateurs en dehors du territoire de la licence** constituent une **restriction de concurrence** au sens de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) et ne sont pas exécutoires.
- **2016 – contenu numérique diffusé en ligne ou par satellite: Paramount:**
  - Les accords de diffusion sous licence d'oeuvres cinématographiques contenaient des clauses (a) **obligeaient Sky UK à bloquer l'accès aux films** pour les consommateurs se trouvant en dehors du territoire pour lequel elle dispose d'une licence (UK et IR) et (b) **contraignaient Paramount à faire en sorte que** les télédiffuseurs situés en dehors de UK et IR ne puissent pas y proposer leurs services de télévision payante.
  - De telles clauses **restreignent** la capacité des télédiffuseurs à accepter des demandes non sollicitées ("**ventes passives**") pour leurs services de télévision payante.
  - La Commission craignait qu'il en résulte une élimination de la concurrence transfrontière.
  - Le 26 juillet 2016, **la Commission accepte les engagements** offerts par Paramount au sujet des services de télévision payante transfrontières. – **Est-ce que s'est le dernier mot?**

# Accords: Case Law (2)

---

- **Restriction du commerce électronique** (RPW 2011/3, 372) et **Jura** (RPW 2014/2, 407):
  - **Illicite: Accords verticaux sur les prix** (aussi faire attention: recommandation de prix; accords avec un effet sur des rabais; mesures unilatérales concernant les prix, par exemple si elles sont acceptées ou suivies implicitement).
  - **Illicite: Partages de territoires** (y compris par une restriction de ventes en ligne).
  - **Illicite: Interdiction générale du commerce électronique** (des ventes en ligne).
  - **Licite (en principe): Restriction du commerce électronique dans des systèmes de distribution sélective** basée sur (i) des critères de qualité et (ii) l'exigence d'avoir un point de vente physique (tant qu'il n'y ai pas d'abus du système de distribution sélective avec le but d'exclure des distributeurs en ligne indésirables [par exemple dans d'autres territoires]).
  - **Licite (en principe): Refus de garantie pour des produits achetés chez des distributeurs non agréés** (tant qu'il n'y ai pas d'abus du système de distribution sélective avec le but d'exclure la garantie et, par ce biais, de restreindre des importations parallèles).

# Accords: Case Law (3)

---

- **Recommandations de prix** (Hors-Liste, RPW 2010/4, 660; Dermalogica RPW 2014/1, 191):
  - **Licite:** Les recommandations de prix sont généralement accessibles, expressément désignées comme non-contraignantes, et pas soutenues de pressions ou d'incitations de la part d'une entreprise partie à l'accord, **à condition qu'elles ne soient pas effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs.**
  - **Illicite:** Les recommandations de prix **sont effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs**, mêmes si elles ne sont pas soutenues de pressions ou d'incitations. → **Risque considérable qui échappe au contrôle des entreprises.**
  - **Zone grise:** Les recommandations de prix ne **sont pas effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs** et ne sont **pas soutenues de pressions ou d'incitations, mais** elles ne sont pas expressément désignées comme non-contraignantes et/ou pas généralement accessibles et/ou le niveau de prix des produits concernés et significativement plus élevé que dans les pays voisins.
  - **La situation légale est controversée:** Chiffre 15 alinéa 2 CommVert de la COMCO: une recommandation de prix est illicite seulement s'il y'a des pressions ou incitations; par contre selon la pratique de la COMCO il suffit qu'une recommandation soit effectivement suivies par une part importante des revendeurs ou des distributeurs. → **L'UE est moins stricte.**

# Accords: Case Law (4)

---

- **Plateformes de réservation d'hôtels** (RPW 2016/1, 67):
  - Les plateformes ont une **fonction d'intermédiaire** entre hôtels et hôtes.
  - **Problème de free riding** (la plateforme fait de la publicité, la plateforme est dédommée que si une réservation est faite sur la plateforme, l'hôtel peut offrir de meilleures prix sur d'autres canaux de distribution).
  - **Cela peut mener les plateformes à limiter les hôtels** d'offrir des prix (et d'autres conditions) plus favorables sur d'autres canaux de distribution.
  - **Illicite: Clauses de parité large** qui interdisent aux hôtels d'offrir des prix (et d'autres conditions) plus favorables **sur d'autres canaux de distribution** (autres plateformes de réservation, propre site web, hôtes qui téléphonent, hôtes "walk-in" etc.)
  - **Laissé ouvert: Clauses de parité étroite** qui interdisent aux hôtels d'offrir des prix (et d'autres conditions) plus favorables – **seulement – sur leur propre site web**. Les hôtels restent libre d'offrir de meilleures prix et conditions sur d'autres canaux de distribution  
→ La concurrence entre différents canaux de distribution (plateformes) est libre.

# Accords: Case Law (5)

---

- **Plateformes électroniques (places de marché en ligne):**
  - **Problèmes pour les fabricants de produits de marque:**
    - Les plateformes ont leur propre apparence / design / marque: difficile pour les fabricants de maintenir une image / présentation homogène et haut de gamme
    - Moins, et souvent pas du tout, de conseil / service
    - Plus de concurrence des prix
    - Problème de free riding
  - **Restrictions d'utiliser des plateformes électroniques** (pratique en Allemagne, développent continu, pratique pas toujours consistante):
    - **Licite (mais discuté):** Interdiction de la distribution sur places de marché en ligne (Amazon)
    - **Illicite:** Interdiction contre un tiers d'utiliser une marque (ASICS) sur le site web de ce tiers
    - **Illicite:** Interdiction de faire des offres à des sites web de comparaison des prix (ASICS)
  - **Nota bene:** Il y'a des cas en suspens, des discussions en cours, un développent continu.

# Accords: Conclusions

---

## Considérations finales en résumé:

- Les conclusions préliminaires de **l'enquête sectorielle sur le commerce électronique** publiées par la Commission Européenne le 15 septembre 2016 recense des **pratiques commerciales susceptibles de restreindre la concurrence**.
- **Il faut toujours et surtout éviter les restrictions caractérisées** (hardcore restrictions) selon l'article 5 alinéas 3 and 4 LCart qui font l'objet de sanctions. Dans des relations verticales, il s'agit en particulier des accords suivants qui doivent être analysés et revus minutieusement:
  - **Restrictions territoriales**, y compris de ventes en ligne / geo-blocking.
  - **Restrictions de prix**. Il faut aussi faire attention en cas de recommandations de prix.
  - En plus et de manière générale: **Restrictions de la capacité des distributeurs de vendre sur le web**.
- **Il faut surveiller les développements dans le domaine du commerce électronique**. La Commission Européenne semble être décidée de changer les structures du marché et même, en partie, le cadre juridique. Cela pourrait aussi avoir des effets en Suisse.

# Tribunal fédéral – point final?

---

**L'arrêt du Tribunal fédéral du 28 Juin 2016 dans l'affaire Gaba/Gebro change d'une manière fondamentale le droit de la concurrence en Suisse. L'arrêt n'a pas encore été publié.**

Communiqué de presse (extrait):

“Les accords sur les prix, les quantités et la répartition géographique, au sens de l'article 5 alinéas 3 et 4 LCart, affectent en principe de manière notable la concurrence sur la base du critère de la qualité, même lorsque la présomption de suppression de la concurrence efficace a été renversée. Cela vaut indépendamment de critères quantitatifs, comme la proportion de la part du marché dont disposent les participants. A moins d'être justifiés par des motifs d'efficacité économique, ces accords sont partant illicites. C'est par conséquent à juste titre que l'interdiction d'exportation imposée à Gebro Pharma GmbH a été qualifiée d'accord vertical illicite, affectant de manière notable la concurrence sur le marché.”

Il faut admettre que cet arrêt est surprenant surtout compte tenu de la pratique du Tribunal fédéral jusqu'à présent, de la LCart, et du rejet de la dernière révision de la LCart.

# Contact

---

Nicolas Birkhäuser  
Attorney-at-law, LL.M., Partner

Niederer Kraft & Frey AG  
Bahnhofstrasse 13  
CH-8001 Zürich

Switchboard: +41 58 800 80 00  
Direct dial: +41 58 800 84 76  
Mobile: +41 79 706 57 72

[nicolas.birkhaeuser@nkf.ch](mailto:nicolas.birkhaeuser@nkf.ch)

