

Observations sur le projet de Règlement et de Lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales

La Commission européenne (la « Commission ») a publié le 9 juillet dernier son projet de règlement d'exemption sur les restrictions verticales (le « projet de Règlement ») et les lignes directrices l'accompagnant (les « Lignes directrices »)¹, ayant vocation à remplacer le Règlement 330/2010 et les lignes directrices actuelles qui arriveront à échéance fin mai 2022.

L'objet de la présente note est de présenter les observations du secteur hôtelier sur le projet de Règlement et les Lignes directrices dans le cadre de la consultation publique initiée par la Commission. La réglementation sur les restrictions verticales, notamment dans l'univers numérique, est en effet cruciale pour le secteur hôtelier.

A titre liminaire, nous souhaitons saluer le travail de la Commission au cours des presque trois dernières années ayant abouti au projet de Règlement et de Lignes directrices. La Commission a su consulter largement à travers plusieurs consultations publiques, un atelier de travail avec les principales parties prenantes mais également grâce au soutien de plusieurs études externes. Le fruit de cette consultation nous semble être un texte dans l'ensemble équilibré qui confirme un mécanisme d'exemption - fondé sur des seuils de parts de marché et des listes des restrictions « caractérisées » ou « exclues » - dont le fonctionnement est désormais bien connu des entreprises en Europe. Nous notons également la volonté de la Commission d'adapter les textes afin de prendre en considération le développement depuis 10 ans du commerce électronique et l'émergence des grandes plateformes d'intermédiation en ligne désormais incontournables dans les chaînes de distribution.

Au-delà, nous souhaitons attirer l'attention de la Commission sur plusieurs points pour lesquels nous considérons que le projet de Règlement et les Lignes directrices devraient être clarifiés voire amendés.

Il s'agit des points suivants :

- La question du statut d'agent dans l'univers numérique
- Le traitement des clauses de parité étroite
- Les restrictions à la publicité en ligne
- Le calcul du seuil de 30% de part de marché pour les plateformes d'intermédiation en ligne

¹ JOUE, 07.09.2021, 2021/C 359/01 et 2021/C 359/02

1. Agent et plateforme en ligne

Le contexte

- Le projet de Règlement et les Lignes directrices considèrent désormais qu'une plateforme en ligne est un « *fournisseur* » (de services d'intermédiation en ligne) au sens du Règlement et que - « *par principe* » - une plateforme en ligne ne peut pas être considérée comme « *agent* » au sens du droit de la concurrence (Lignes directrices, para. 44 et 63-64).
- Cette position adoptée par la Commission interroge notre secteur (mais pas uniquement) et nécessite, si elle était maintenue dans sa rédaction actuelle, à être précisée ou clarifiée.
- L'hôtellerie a traditionnellement distribué ses nuitées directement ou indirectement par l'intermédiaire d'agents de voyage. L'hôtel détermine le nombre de nuitées et les conditions tarifaires et commerciales qu'il souhaite mettre à disposition des agents de voyage. Ceux-ci agissent ensuite comme intermédiaires en mettant en contact l'hôtel et les voyageurs. Ce mode de distribution correspond à la **logique économique sous-jacente selon laquelle l'hôtel détermine sa stratégie commerciale au vu de ses propres coûts et contraintes concurrentielles**, le plus souvent conformément à des techniques de *yield management* visant à optimiser son remplissage et ses revenus. L'agent de voyage est ensuite rémunéré via une commission calculée sur le prix de la nuitée distribuée par son intermédiaire.
- Cette organisation traditionnelle a progressivement migré en ligne selon le même schéma. Pour l'essentiel, l'hôtel met un inventaire à disposition d'agences de voyage en ligne (*Online Travel Agents* ou OTAs) chargées de les distribuer sur internet en complément des canaux directs de l'hôtel.
- Dans cette organisation, les distributeurs de nuitées hôtelières ont historiquement été considérés comme des « agents » au sens du droit de la concurrence pour les besoins de la distribution des nuitées aux clients finaux. En effet, **ce sont les hôtels qui supportent l'essentiel des risques commerciaux et financiers, les agents jouant pour l'essentiel un simple rôle d'intermédiaire**. En particulier : il n'y a pas d'achat/revente des nuitées par les distributeurs, le risque d'invendu pèse sur l'hôtel, c'est l'hôtel qui est responsable de la bonne exécution du contrat d'hébergement. Les distributeurs supportent quant à eux leurs propres coûts inhérents à leur statut de distributeurs (personnel, bureaux, etc.).
- **C'est par exemple l'analyse appliquée récemment en France par l'Autorité de la concurrence dans une décision récente dans le secteur du tourisme relative aux relations unissant un fournisseur de services aériens (Air France) et une agence de voyage².**

² Voir Décision n° 20-D-15 du 27 octobre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de déplacements aériens professionnels

- Dans ce contexte, **il appartient à l'hôtel de définir les conditions de vente de ses nuitées** (Lignes directrices, pt. 19).
- C'est ce qu'a relevé l'Autorité de la concurrence dans sa décision *Booking.com* : « *[l]e modèle d'intermédiation actuellement utilisé par l'ensemble des OTA permet aux hôteliers de maîtriser le prix de leurs nuitées et de le faire varier à tout moment. De l'avis des [hôteliers] comme des OTA interrogées, cette maîtrise des prix de détail par les hôteliers eux-mêmes est particulièrement appropriée, dans un contexte où les nuitées hôtelières présentent un caractère périssable, peuvent faire l'objet d'un « yield management » et où ce sont les hôtels qui supportent la plupart des risques, notamment d'inventus* »³.
- Cette qualification d'agent n'empêche toutefois pas l'application du droit de la concurrence à certains aspects de la relation bilatérale entre l'hôtel et l'agent. Les Lignes directrices actuelles visent par exemple le cas d'une clause de non-concurrence qui serait convenue entre l'hôtel et l'agent. Une telle clause reste soumise à l'article 101(1) notamment s'agissant de sa durée. Il en va de même à notre sens des clauses de parité appliquées par les OTAs aux hôtels⁴.

Les incertitudes issues de la rédaction du projet de la Commission

- Le Règlement d'exemption actuel reconnaît pour l'essentiel deux modes de distribution : soit un mode de distribution par l'intermédiaire d'un agent (au sens du droit de la concurrence), soit un mode de distribution à travers un distributeur indépendant (celui qui, traditionnellement, procède à de l'achat/revente).
- Ni le Règlement d'exemption actuel ni les Lignes directrices ne se prononcent clairement sur la question de l'applicabilité du statut d'agent à des plateformes en ligne. La jurisprudence sur le sujet ne concerne que de la distribution « en dur »⁵. La Commission ne l'avait toutefois pas exclu⁶.
- Or, de manière inédite et largement inattendue, le projet de Règlement d'exemption révisé et les Lignes directrices considèrent pour la première fois que « *en principe* » une plateforme en ligne ne

³ Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, pt. 40

⁴ A cet égard, le projet de Lignes directrices précise que les dispositions régissant la relation entre l'agent et le commettant peuvent enfreindre l'article 101, paragraphe 1, indépendamment du fait qu'elles fassent partie de l'accord régissant la vente ou l'achat des produits contractuels ou d'un accord distinct. Ainsi, « *[c]es dispositions peuvent bénéficier du règlement d'exemption, en particulier lorsque les conditions prévues par l'article 5 dudit règlement la régissant sont remplies* » (para. 41). L'article 5 du projet de Règlement inclut désormais les clauses de parité large dans la liste des restrictions « exclues » (art. 5.1(d)) ce qui confirme bien, s'il en était besoin, que le droit de la concurrence a vocation à s'appliquer aux clauses de parité imposées par une plateforme en ligne à son commettant.

⁵ Voir l'arrêt du Tribunal du 15 septembre 2005, *DaimlerChrysler/Commission*, T-325/01, et les arrêts de la Cour de justice du 14 décembre 2006, *Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio/CEPSA*, C-217/05, et du 11 septembre 2008, *CEPSA Estaciones de Servicio SA/LV Tobar e Hijos SL*, C-279/06

⁶ Voir décision de la Commission du 12 décembre 2012, Affaire COMP/39.847 — *E-BOOKS* (2013/C 73/07)

peut pas être qualifiée d'agent au sens du droit de la concurrence. La Commission avance en substance quatre justifications au soutien de cette nouvelle approche (Lignes directrice, para. 44) :

- i. Les plateformes d'intermédiation en ligne agiraient comme opérateurs économiques indépendants et non en tant qu'entités faisant partie des entreprises des vendeurs auxquels ils fournissent leurs services en ligne ;
 - ii. Des effets de réseau significatifs et d'autres caractéristiques de l'économie des plateformes contribuent à un important déséquilibre au niveau de la taille et du pouvoir de négociation des parties contractantes et engendrent une situation dans laquelle les conditions de vente des biens ou services contractuels et la stratégie commerciale seraient déterminées par la plateforme d'intermédiation en ligne et non par les vendeurs des biens ou services faisant l'objet d'une intermédiation ;
 - iii. Les plateformes d'intermédiation en ligne serviraient souvent un très grand nombre de vendeurs en parallèle, ce qui les empêcherait de faire réellement partie de l'entreprise de l'un ou l'autre de ces vendeurs ;
 - iv. Les plateformes d'intermédiation en ligne réaliseraient généralement d'importants investissements propres au marché, par exemple dans des logiciels, des services publicitaires et après-vente, ce qui indiquerait que ces entreprises supportent d'importants risques financiers ou commerciaux associés aux contrats négociés pour le compte des vendeurs ayant recours à leurs services d'intermédiation en ligne.
- Ce faisant, la Commission propose de qualifier un statut juridique par le biais d'un prisme négatif. Une telle approche soulève des préoccupations majeures pour les acteurs de l'industrie hôtelière, et ce d'autant plus que chacune de ces justifications peut à notre sens être contestée :
 - i. **Le statut d'agent ne nous semble pas en soi incompatible avec le fait d'être un opérateur économique indépendant** si l'on distingue entre les différentes fonctions concernées. Conformément aux Lignes directrices elles-mêmes, c'est bien la « *fonction de vente ou d'achat de l'agent* » qui « *fait partie intégrante des activités* » du vendeur (Lignes directrices, para. 39), sans que cela ne remette en question le fait que pour le reste, l'agent puisse agir comme opérateur économique indépendant, ce qui justifie à ce titre l'application de l'article 101.1 à certains aspects de la relation unissant le commettant et l'agent (voir ci-dessus) ;
 - ii. Le fait que la plateforme en ligne puisse prendre le contrôle de la stratégie commerciale de ses utilisateurs nous semble davantage constituer un dévoiement regrettable du statut d'agent par les grandes plateformes d'intermédiation en ligne, qui doit être combattu vigoureusement, plutôt qu'une remise en cause de son bien-fondé ;
 - iii. Tant la jurisprudence que les Lignes directrices actuelles ont toujours considéré que le fait qu'un agent puisse servir plusieurs commettants à la fois n'était pas pertinent au moment

d'apprécier l'existence d'un statut d'agent (Lignes directrices actuelles, para. 13)⁷. Ce point est pourtant supprimé du projet de Lignes directrices ;

- iv. La Commission considère comme « *investissements propres au marché* » faisant perdre la qualification d'agent des dépenses que nous considérons comme inhérentes au statut d'agent. Les coûts liés à la création et à l'exploitation d'un site internet nous semblent équivalents dans l'univers numérique aux coûts qu'un agent « en dur » doit faire dans ses bureaux et personnel sans que cela ne doive remettre en cause la relation d'agence. Il en va de même des dépenses en publicité en ligne lorsqu'elles ne sont pas spécifiques à un commettant ou réalisées à la demande d'un commettant⁸.

L'Autorité de la concurrence a ainsi considéré dans sa récente décision relative aux relations entre Air France et une agence de voyage que « *l'analyse circonstanciée des risques effectivement supportés par la saisissante n'a pas permis d'établir qu'elle supportait, dans le cadre de la vente de billets d'avion, des risques allant au-delà de ceux auxquels s'expose un agent dans le cadre d'une relation de mandat* » ; « *de fait, quand bien même [l'agent] aurait décidé, à titre commercial, d'assumer certains risques, notamment en garantissant un prix de vente au client final avant émission des billets ou en prenant en charge certains frais exigés par les compagnies en cas de modification de son vol par le client, ce choix résulte de sa seule stratégie commerciale et non du contrat la liant à Air France* » (pt. 70) ; enfin, « *s'agissant des autres risques invoqués par [l'agent], liés, d'une part, à la promotion des ventes de billets des compagnies – notamment Air France – via des actions de publicité ou la participation à des salons, et, d'autre part, aux coûts que représentent la formation de son personnel et la location de ses locaux, [l'agent] n'apporte pas d'éléments suffisamment probants permettant de considérer que l'ensemble de ces coûts iraient au-delà de ceux inhérents à l'activité d'un agent de voyages, chargé de la représentation des compagnies aériennes, dans sa fonction de distribution de billets d'avion auprès d'une clientèle donnée* » (pt. 71) (nous soulignons)⁹.

⁷ Il est vrai que jusqu'à présent la jurisprudence ne s'est prononcée que sur des hypothèses d'agent dans l'univers physique dans lequel, par nature, le nombre de commettants est plus limité que dans l'univers numérique où une plateforme peut intermédiaire des centaines de milliers d'opérateurs voire plus. Cela nous semble toutefois résulter du fonctionnement même de l'économie des plateformes sans que cela ne doive remettre pour autant en cause les fondamentaux de la relation d'agence.

⁸ La jurisprudence et les Lignes directrices actuelles sont claires sur le fait que les investissements ou les activités qu'un intermédiaire entreprend à ses propres frais/risques ne peuvent compromettre son statut d'agent que lorsque ces investissements sont « *spécifiquement requis* » pour agir pour un commettant ou « *dans la mesure où le commettant exige que l'agent entreprenne de telles activités* » (Lignes directrices actuelles, para. 14). De même, le paragraphe 16(e) des Lignes directrices actuelles prévoit qu'un agent ne peut être « *directement ou indirectement, obligé d'investir dans la promotion des ventes* ». Voir également les arrêts CEEES (CJCE 2006) (considérant qu'un intermédiaire peut compromettre son statut d'agent s'il réalise des investissements qui sont « *nécessaires pour permettre à [l'intermédiaire] de négocier ou de conclure des contrats avec des tiers* » ou « *s'engage à investir dans des campagnes publicitaires* » ; DaimlerChrysler (TPI 2005) (les coûts assumés par un agent qui « *est autorisé, sans toutefois être obligé* » de promouvoir les ventes à ses propres frais ne compromettent pas la relation d'agence).

⁹ Voir Décision n° 20-D-15 du 27 octobre 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de déplacements aériens professionnels

- C'est en tout état de cause un choix clair de la part de la Commission, qui n'a jamais été évoqué ou discuté par le passé à notre connaissance, qui semble en contradiction avec la pratique décisionnelle de la Commission et qui intervient très tardivement (juillet 2021) dans le processus de révision initié fin 2018.
- En l'état des textes, **les conséquences** de ce changement fondamental d'approche de la Commission considérant qu'une plateforme en ligne ne peut pas « *en principe* » être un « *agent* » au sens du droit de la concurrence **sont difficiles à appréhender**.
- Si une plateforme d'intermédiation en ligne (comme un OTA) ne peut pas « par principe » être un « agent » au sens du droit de la concurrence, et dans la mesure où **il n'est pas concevable qu'une plateforme d'intermédiation en ligne puisse être considérée comme un « distributeur indépendant »** (absence d'achat/revente), comment doit-on qualifier la relation unissant l'hôtel et la plateforme d'intermédiation en ligne ? En outre, si une plateforme en ligne ne peut pas être un agent « *en principe* », cela signifie-t-il qu'il peut exister des exceptions à ce principe ?
- Notre compréhension à ce stade est que la Commission souhaite distinguer, mais d'une nouvelle façon, les différents aspects de la relation unissant le fournisseur de biens et services (l'hôtel) / la plateforme d'intermédiation et le client final :
 - **Dans la relation entre l'hôtel et la plateforme d'intermédiation en ligne, celle-ci agirait en tant que « fournisseur »** (au sens du Règlement d'exemption) **de services d'intermédiation en ligne et l'hôtel en tant qu'« acheteur » de ces services d'intermédiation en ligne** (la Commission opérant donc ainsi un « retournement » de la chaîne de distribution et faisant rentrer sans ambiguïté possible l'ensemble de cette relation dans le champ de l'article 101) ;
 - **Dans la relation entre l'hôtel et le client final, la plateforme n'interviendrait que comme simple intermédiaire** entre l'hôtel et le client final ; en conséquence, il appartiendrait **toujours à l'hôtel de déterminer le prix de vente et les conditions commerciales attachées aux nuitées** sans que la plateforme d'intermédiation, qui n'est pas partie à la transaction entre l'hôtel et le client final, ne puisse intervenir (de façon identique à ce qui existe dans le cadre d'une relation d'agent).
- Ce faisant, **le projet de Lignes directrices semble dégager formellement un troisième mode de distribution en complément des modes distribution traditionnels par agent et par distributeur indépendant**. Il s'agirait d'une distribution par le biais d'une plateforme d'intermédiation en ligne dans laquelle le rôle de la plateforme se limite à « faciliter » une transaction entre les utilisateurs actifs sur les deux faces de la plateforme en ligne (en l'occurrence, hôtels et consommateurs). Si cela était confirmé, l'émergence de ce troisième mode de distribution nous semblerait refléter plus fidèlement la réalité de la chaîne de distribution dans notre secteur où le cœur de la valeur créée pour le consommateur réside dans l'offre d'hébergement mise à disposition par l'hôtel via la plateforme d'intermédiation en ligne.

- C'est cette approche qui semble être évoquée à différentes reprises dans le projet de Lignes directrices :
 - Le para. 58 note que la fourniture de services d'intermédiation en ligne est un marché distinct du marché de la fourniture de biens ou services « *faisant l'objet des transactions facilitées* » par la plateforme d'intermédiation en ligne ;
 - Les para. 63 et 64 relèvent que les plateformes fournissent des services d'intermédiation en ligne visant à « *faciliter* » des opérations réalisées par d'autres parties (« *une entreprise qui fournit des services d'intermédiation en ligne le fait dans le but de faciliter les transactions directes entre vendeurs et acheteurs, ou entre vendeurs et consommateurs, au moyen de ses services d'intermédiation en ligne* » et « *un fournisseur de services d'intermédiation en ligne fournit généralement une infrastructure permettant aux entreprises de rencontrer d'autres entreprises ou consommateurs en ligne et de réaliser des transactions avec eux, sans être responsable, en droit ou en fait, de leurs transactions* » (nous soulignons) ;
 - Le para. 334 considère implicitement que les vendeurs (et non les plateformes) fixent le prix de vente des biens et services vendus sur la plateforme.
- **Le projet de Lignes directrices gagnerait cependant à être amendé afin de clarifier ce point de manière explicite.**
- Cela semble d'autant plus important que certains passages du projet de Lignes directrices créent une **confusion** sur cette question essentielle et notamment sur la question de savoir si ***in fine* les vendeurs peuvent fixer librement leurs prix de vente** sur une plateforme d'intermédiation en ligne :
 - Le para. 44 décrit ainsi une situation dans laquelle les « *conditions de vente des biens ou services contractuels et la stratégie commerciale sont déterminées* » par la plateforme « *et non par les vendeurs des biens ou services faisant l'objet d'une intermédiation* » ;
 - Le para. 177 mentionne qu'un distributeur (qui ne serait pas un véritable agent au sens du droit de la concurrence) « *doit rester libre de baisser le prix réellement payé par le client sans diminuer le revenu du commettant* » ; or si comme indiqué ci-dessus une plateforme d'intermédiation en ligne n'est qu'un simple intermédiaire, les Lignes directrices devraient clarifier qu'en aucun cas celui-ci ne peut unilatéralement « *baisser le prix réellement payé par le client* » ;
 - Le para. 179 indique que les plateformes en ligne peuvent inciter les vendeurs à vendre leurs biens ou services sur la plateforme « *à des prix compétitifs* » ou à « *réduire leurs prix* » (même si la plateforme ne semble pas pouvoir imposer un prix fixe ou un prix minimum aux opérations qu'elle intermédie) ;

- Cela est également d'autant plus important que, par ailleurs, la Commission **continue de tolérer les clauses de parité étroite imposées aux hôtels par les principales plateformes en ligne** (voir ci-dessous). Si l'hôtel, en tant que vendeur sur une plateforme d'intermédiation en ligne, perdait le contrôle de sa politique tarifaire et commerciale, il serait dès lors possible que la plateforme en ligne puisse modifier unilatéralement le prix du bien intermédié et proposer au client final un tarif moins élevé que celui fixé par l'hôtel, tandis que ce dernier serait toujours empêché de proposer un tarif moins élevé sur son propre canal direct.
- En outre, ce « prix » décidé unilatéralement par la plateforme ne correspondrait à **aucune réalité économique**. Il faut en effet rappeler que l'hôtel détermine sa politique tarifaire en fonction du contexte de concurrence sur son marché (et les autorités de concurrence rappellent régulièrement que l'hébergement est un secteur très fragmenté et hautement concurrentiel)¹⁰ et en fonction de ses propres coûts et d'une stratégie de *yield management* dont les efficacités sont reconnues depuis longtemps en économie. Si une plateforme d'intermédiation en ligne était en mesure d'afficher un prix systématiquement moins élevé que celui fixé par l'hôtel, celui-ci serait dans l'incapacité totale de définir toute stratégie commerciale et de couvrir les risques commerciaux et financiers liés à son activité de distribution. Cela renforcerait encore davantage le pouvoir de marché établi des plateformes et « *l'important déséquilibre au niveau de la taille et du pouvoir de négociation* » entre la plateforme d'intermédiation en ligne et ses utilisateurs que dénonce la Commission (Lignes directrices, para. 44).

Ce que nous sollicitons

- Réviser l'exclusion générale du statut d'agent « *en principe* » pour tous les fournisseurs de services d'intermédiation en ligne.
- A défaut, clarifier les droits et obligations des vendeurs de biens ou services et de la plateforme d'intermédiation en ligne facilitant la conclusion de transactions entre les vendeurs de biens ou services et les clients finaux.
- En particulier, clarifier qu'un accord entre un vendeur de biens ou services et une plateforme en ligne aux termes duquel il appartient au vendeur (et non à la plateforme) de fixer les conditions commerciales et tarifaires des biens ou services vendus par l'intermédiaire de la plateforme en ligne est conforme à l'article 101(1) TFUE.

¹⁰ Voir Affaire M.7902 – *Marriott International/Starwood Hotels & Resorts Worldwide*, para. 204-205; Affaire M.9099 – *Jin Jiang/Radisson*, para. 74

2. Clauses de parité

Le contexte

- Le projet de Règlement inclut désormais les clauses de parité large imposées par les plateformes en ligne comme des restrictions « *exclues* » du bénéfice de l'exemption par catégorie (projet de Règlement, art. 5.1(d)).
- C'est un développement évidemment positif mais qui reste décevant et en-deçà de nos attentes.
- L'expérience acquise montre que la suppression des clauses de parité large ne suffit pas mais qu'il faut aller au-delà.

Le problème posé par le projet de la Commission

- Le projet de la Commission soulève à notre sens deux difficultés.
- Premièrement, sur le fond, le projet de Règlement continue à faire bénéficier les clauses de parité étroite de l'exemption par catégorie (sous réserve naturellement que les conditions d'application de l'exemption soient remplies en termes de parts de marché des parties et d'absence de restrictions caractérisées de concurrence). Or depuis maintenant près de 10 ans il existe une pratique décisionnelle et une littérature abondantes démontrant le caractère particulièrement nocif des clauses de parité étroite¹¹:
 - *Support Studies for the Evaluation of the VBER*¹² ;
 - Rapport Crémert¹³ ;
 - Législations nationales en France, Belgique, Italie et Autriche ;
 - Jugement *Booking.com* en Allemagne (mai 2021)¹⁴.

¹¹ A cet égard, l'argument selon lequel la Commission doit tenir compte des décisions rendues par les autorités de concurrence en France, Allemagne et Italie en 2015 pour se limiter à exclure les clauses de parité large uniquement du bénéfice de l'exemption catégorielle ne nous semble pas convaincant. Ces autorités se sont prononcées à une époque où les connaissances étant encore limitées et ont souhaité adopter une approche particulièrement prudente. La situation est largement différente aujourd'hui. Les effets nocifs des clauses de parité étroite sont désormais connus comme cela ressort notamment de la décision allemande très récente. En outre, les procédures nationales de 2015 se sont terminées par des engagements de Booking.com sans qu'il n'y ait par conséquent de discussion au fond. Les autorités nationales n'ont ainsi jamais exclu que les clauses de parité étroite puissent être contraires à l'article 101(1) et insusceptibles d'une exemption individuelle au titre de l'article 101(3).

¹² European Commission, Support studies for the evaluation of the VBER prepared by VVA, Final Report (May 2020), executive summary;

¹³ J. Crémert, Y-A. de Montjoye and H. Schweitzer, Competition policy for the digital era, Report to the European Commission, 2019, p. 55

¹⁴ Tribunal Fédéral allemand, 18 mai 2021, KVR 54/20, *Booking.com* ; le Tribunal fédéral allemand, sur la base des mêmes critères que ceux listés par la Commission dans le projet de Lignes directrices, est parvenu à la conclusion inverse, à savoir que les clauses de parité étroite ne pouvaient pas bénéficier d'une exemption individuelle.

- En outre, dans l’hypothèse où l’exemption catégorielle ne s’appliquerait pas (par ex. si une des parties – un OTA – dispose d’une part de marché supérieure à 30%), la Commission considère qu’une clause de parité étroite peut être par principe présumée conforme au droit de la concurrence et remplir les conditions d’une exemption individuelle au titre de l’article 101(3). Cette position repose notamment sur la reconnaissance d’un prétendu risque de *free riding* justifiant, selon la Commission, l’imposition d’une parité étroite entre le prix du site de la plateforme et le prix du site du fournisseur (l’hôtel). Il convient de rappeler de nouveau que cet argument du ***free riding* n’a jamais été démontré et a au contraire été écarté à de nombreuses reprises¹⁵**.
- Deuxièmement, sur la forme, il existe un risque fort que le projet de Règlement et de Lignes directrices soient utilisés ou interprétés (notamment par les grandes plateformes d’intermédiation en ligne) comme remettant en cause l’existant, et notamment les décisions ou jugements rendus.
- Le paragraphe 2 des Lignes directrices contient bien une déclaration générale selon laquelle les Lignes directrices ne doivent pas être appliquées de manière mécanique et que « *chaque accord doit être interprété à la lumière des faits qui lui sont propres* ». Il nous semble toutefois que les Lignes directrices devraient être clarifiées pour reconnaître de manière encore plus explicite que la grille d’analyse proposée **dépend dans son application des faits de chaque espèce** (plutôt que de déclarer que les clauses de parité étroite rempliront généralement les conditions d’une exemption individuelle) et que les Lignes directrices **n’infirmant pas les décisions** rendues par les tribunaux nationaux et les autorités de concurrence. Cette clarification est nécessaire compte tenu de l’importance des Lignes directrices qui, si elles ne constituent que de la « *soft law* », constituent une grille d’analyse essentielle et souvent d’autorité pour les entreprises, les tribunaux et les autorités de concurrence.

Ce que nous sollicitons

- Inclure également les clauses de parité étroite dans la liste des restrictions « exclues » de l’article 5(1)(d) du projet de Règlement d’exemption.
- A défaut, clarifier que l’analyse d’une clause de parité étroite au regard des articles 101(1) et 101(3) TFUE dépend des faits spécifiques de chaque espèce, que les Lignes directrices ne fournissent qu’un cadre d’analyse général indépendamment du secteur concerné et n’infirmant en aucune façon les décisions nationales existant en la matière.

¹⁵ A titre d’exemple, le *Monitoring Report* de la Commission dans le secteur de l’hôtellerie en 2017 n’a trouvé aucune preuve (“*no evidence*”) d’un quelconque *free riding*. Les investigations du *Bundeskartellamt* ont également démontré l’absence de tout *free riding*. Voir *The effects of narrow price parity clauses on online sales – Investigation results from the Bundeskartellamt’s Booking proceeding* (2020), pt. 142

3. Restrictions de la publicité en ligne

Le contexte

- Le projet de Lignes directrices contient des développements bienvenus sur le traitement des restrictions à la publicité en ligne pouvant être contenues dans un accord vertical. Le projet de Lignes directrices rappelle à cet égard que les fournisseurs de biens ou services peuvent donner certaines instructions à leurs distributeurs sur la façon dont leurs produits ou services doivent être vendus en ligne indépendamment du modèle de distribution applicable (Lignes directrices, para. 193).
- Le projet de Lignes directrices indique également que seules les restrictions qui empêchent un distributeur « *de faire un usage effectif* » d'internet ou d'un ou plusieurs canaux de publicité en ligne peuvent constituer des restrictions caractérisées de concurrence. Sont ainsi visées les restrictions verticales qui sont « *de nature à diminuer significativement le volume global des ventes en ligne sur le marché* » considéré ou qui « *empêchent l'utilisation effective d'un ou plusieurs supports publicitaires* » par les acheteurs ou leurs clients (Lignes directrices, para. 188).
- Le para. 192(f) inclut à cet égard des exemples spécifiques de telles restrictions. Il s'agit notamment, selon la Commission, de « *l'obligation pour le distributeur de ne pas utiliser les marques déposées ou noms commerciaux du fournisseur pour faire référencer son offre dans les moteurs de recherche* ».

Le problème posé par le projet de la Commission

- L'application de ces dispositions devrait être **clarifiée dans le contexte des plateformes d'intermédiation en ligne**. En effet, dans un tel contexte, il convient de rappeler que selon l'approche suggérée par la Commission le vendeur d'un bien ou d'un service sur la plateforme en ligne n'agit pas comme « fournisseur » mais comme un « acheteur » de services d'intermédiation en ligne. Il s'agit donc d'une hypothèse fondamentalement différente de celle sous-jacente aux développements précités des Lignes directrices qui reposent au contraire sur un schéma de distribution « classique » dans lequel un fournisseur, qui vend des biens ou services à un distributeur pour leur revente aux clients finaux, impose de telles restrictions à son revendeur.
- La configuration est **fondamentalement différente dans le contexte des plateformes d'intermédiation en ligne**. Une telle restriction (sous réserve de ses conditions concrètes) n'est en effet **pas de nature à empêcher une plateforme d'intermédiation en ligne « de faire un usage effectif » d'internet ou d'un ou plusieurs canaux de publicité en ligne** lorsqu'un vendeur de biens ou services souhaiterait encadrer ou limiter l'utilisation de sa marque dans les moteurs de recherche. De la même façon, une telle restriction ne serait pas non plus « *de nature à diminuer significativement le volume global des ventes en ligne sur le marché* » considéré ou empêchant « *l'utilisation effective d'un ou plusieurs supports publicitaires* » par les acheteurs ou leurs clients (Lignes directrices, para. 188). S'agissant du secteur hôtelier par exemple, les plateformes d'intermédiation en ligne sont par principe au cœur de la distribution en ligne et bénéficient d'une

visibilité inégale sur les principaux moteurs de recherche en ligne, que ce soit dans les résultats naturels ou les résultats payants.

- La Commission devrait ainsi clarifier qu'en dehors du cas spécifique visé dans la décision *Guess*¹⁶ les autres hypothèses de restrictions de la publicité en ligne, notamment dans le cadre des relations avec les plateformes d'intermédiation en ligne, sont couvertes par l'exemption catégorielle ou à défaut doivent faire l'objet d'une **analyse concurrentielle complète au vu de l'ensemble des éléments du contexte économique et juridique de chaque espèce**¹⁷.
- S'agissant du secteur de l'hôtellerie par exemple, où la concurrence inter-marque est particulièrement forte, il semble fondamental pour **les hôtels de leurs donner les plus grandes chances de pouvoir optimiser leurs ventes sur leurs canaux directs** (leur permettant ainsi de limiter leurs coûts de distribution, ce dont peuvent aussi bénéficier les consommateurs grâce à des tarifs moins élevés). Pour cela les hôtels doivent pouvoir espérer gagner un minimum de visibilité en ligne sans être systématiquement submergés par la publicité des plateformes d'intermédiation¹⁸ avec l'avantage considérable que celles-ci détiennent en termes de visibilité, par rapport aux hôtels.

¹⁶ S'agissant de l'affaire *Guess*, désormais « codifiée » dans le projet de Lignes directrices, le fournisseur avait mis en place un schéma d'ensemble visant à empêcher ses distributeurs de vendre sur internet notamment en les privant de toute visibilité en termes de publicité en ligne. Il ne fait aucun doute que les détaillants autorisés de GUESS étaient des distributeurs indépendants au sens du droit de la concurrence qui se trouvaient en concurrence directe avec GUESS pour la revente des produits de la marque hors ligne et en ligne. En outre, il ressort de la décision *Guess* que l'interdiction faite aux détaillants autorisés d'acheter les marques de GUESS sur les moteurs de recherche s'inscrivait dans une stratégie d'ensemble établie et mise en œuvre par GUESS qui visait à empêcher le développement des ventes en ligne par les détaillants autorisés, GUESS cherchant à se conserver le monopole de la publicité et de la vente en ligne (Décision *Guess*, points 140 et 141).

¹⁷ Il convient à cet égard de rappeler l'expérience très limitée des autorités de concurrence sur de telles restrictions verticales dans l'univers numérique. Or une restriction n'est en principe considérée comme une « *restriction caractérisée de concurrence* » que lorsque les autorités disposent du recul suffisant, fondé sur une pratique décisionnelle confirmée, pour pouvoir considérer avec certitude qu'une telle restriction peut être présumée comme générant des effets anticoncurrentiels crédibles. Cela ne semble pas être précisément le cas s'agissant de l'utilisation des marques sur les moteurs de recherche. Le rapport d'expert commandé par la Commission dans le cadre de la révision du règlement d'exemption actuel ne mentionne que deux précédents en Europe (une affaire *Asics* en Allemagne et la décision *Guess* de la Commission) (Final Report, 2021). Il s'agit en outre dans ces deux cas de procédures de transaction n'ayant donc donné lieu qu'à une analyse allégée et non contestée. De plus, la décision *Guess* de la Commission semble reposer sur des faits particulièrement spécifiques. La restriction de l'utilisation des marques à titre de mots-clés sur les moteurs de recherche s'insérait dans une stratégie d'ensemble du fournisseur visant clairement à empêcher toute vente en ligne pour ses distributeurs et à se réserver toute la visibilité en ligne, notamment sur les moteurs de recherche. Cette restriction était ainsi couplée d'autres restrictions particulièrement graves (prix de vente imposé et partages de clients et de marchés). Il semble difficile dans de telles conditions de reconnaître l'existence d'une « *restriction caractérisée de concurrence* » en toute circonstance et de manière aussi large et absolue que semble le souhaiter la Commission dans le projet de Lignes directrices pour la seule restriction de l'utilisation des marques dans les moteurs de recherche.

Il est intéressant à ce titre intéressant de noter qu'aux Etats-Unis, la Cour d'appel pour le 2nd Circuit a récemment annulé la décision de la FTC dans l'affaire 1-800-Contact au motif notamment que l'absence d'expertise suffisante justifiait de mener une analyse approfondie (*"Courts do not have sufficient experience with this type of conduct to permit [an] abbreviated analysis"*, U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit, *1-800 Contacts Inc. vs. Federal Trade Commission*, 21 juin 2021, rejetant le fait qu'une restriction portant sur l'utilisation des marques à titre de mots clés soit *"inherently suspect"*).

¹⁸ Cette idée est sous-jacente dans le rapport Crémert qui indique que « *si la pression entre plateformes est faible, alors la pression sur les plateformes dominantes ne peut venir que d'autres canaux de vente (par ex. dans le cas des plateformes de réservation d'hôtels, les ventes directes des hôtels sur leurs propres sites internet* » (J. Crémert et al., *Competition Policy for the Digital Era* (2019), page 55). Au vu des dépenses de publicité en ligne massives des deux OTAs dominantes, il est loisible de considérer que certaines restrictions sur la publicité en ligne sont nécessaires et justifiées pour espérer diriger une partie du trafic en ligne vers les sites des hôtels.

- Il est également utile de rappeler qu'un **titulaire de marque a l'obligation de protéger sa marque notamment afin d'empêcher toute atteinte à la fonction d'investissement de la marque** pour conserver ou acquérir une réputation susceptible d'attirer et de fidéliser des consommateurs¹⁹ et que toute inaction de sa part l'expose à un risque de dilution de la valeur de sa marque et des investissements associés, voire la perte de ses droits.

Ce que nous demandons

- Clarifier que le para. 192(f) du projet de Lignes directrices (restriction de l'usage d'une marque à titre de mot-clé dans les moteurs de recherche) fait référence aux hypothèses dans lesquelles la restriction est imposée par un fournisseur de biens ou services à son distributeur indépendant (affaire *Guess*).
- Clarifier qu'un accord entre un vendeur de biens ou services et une plateforme en ligne aux termes duquel le vendeur peut définir les conditions d'utilisation de sa marque dans la publicité en ligne par une plateforme d'intermédiation en ligne est conforme à l'article 101(1) TFUE. À défaut, clarifier qu'une telle restriction dans l'univers numérique doit être analysée au regard de l'ensemble de fait et de droit de l'espèce et du contexte économique et juridique dans laquelle s'insère cette restriction.
- Si toutefois la Commission devait considérer que les vendeurs sont des « fournisseurs » et les plateformes d'intermédiation en ligne sont des « distributeurs » au sens du paragraphe 192(f), les Lignes directrices devraient contenir une exception visant à autoriser toute restriction ayant pour but de permettre au titulaire de la marque de veiller à la protection de ses droits de propriété intellectuelle, et en particulier la fonction d'investissement de la marque.

¹⁹ CJUE, arrêt du 22 septembre 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, point 66. En outre, la jurisprudence de la Cour de justice rappelle que le titulaire d'une marque renommée est habilité à interdire à un tiers de faire de la publicité à partir d'un mot clé correspondant à cette marque que ce tiers a, sans le consentement du titulaire, sélectionné dans un moteur de recherche, lorsque ledit tiers tire ainsi un profit indu du caractère distinctif ou de la renommée de la marque (parasitisme) ou lorsque ladite publicité porte préjudice à ce caractère distinctif (dilution) ou à cette renommée (ternissement). En revanche, le titulaire de la marque renommée ne peut s'opposer à des publicités affichant des signes identiques à cette marque renommée lorsque ces publicités se contentent de proposer une alternative par rapport aux produits ou services du titulaire de la marque renommée, sans offrir une simple imitation des produits ou services, sans causer une dilution ou un ternissement et sans porter atteinte aux fonctions de la marque renommée. CJUE, arrêt du 22 septembre 2011, aff. C-323/09, *Interflora*, points 93 – 95. Voir également CJUE, arrêt du 18 juin 2009, aff. C-487/07, *L'Oréal*.

4. Le seuil de 30% de part de marché

Le contexte

- Le projet de Règlement maintient à 30% le niveau de part de marché au-delà duquel un accord vertical perd le bénéfice de l'exemption par catégorie (art. 3.1).

Le problème posé par le projet de la Commission

- Ce seuil de 30% est globalement mal adapté à l'univers numérique.
- Une plateforme en ligne peut en effet disposer **d'un pouvoir de marché important en-deçà de ce seuil de 30%** compte tenu notamment des dynamiques propres à l'économie numérique reposant sur des effets de réseaux importants et l'accumulation de données d'une qualité et d'une quantité inégalées. Dans le secteur de la distribution hôtelière en ligne, Expedia est généralement considéré comme ayant une part de marché inférieure à 30% lui permettant de bénéficier de l'exemption catégorielle. Or le pouvoir de marché d'Expedia est considérable et non reflété par sa part de marché.
- En outre, le projet de Règlement maintient le principe selon lequel les parts de marché doivent être calculées sur la base de la valeur des ventes ou d'achat (projet de Règlement, art. 7(a)) tout en précisant qu'à défaut « *d'autres informations fiables relatives au marché* » peuvent être utilisées. Dans l'univers numérique un pouvoir de marché (une part de marché) pourrait également être apprécié sur la base d'autres **éléments pertinents comme le volume de trafic ou la part de voix en ligne** (c'est-à-dire la part dans les résultats de recherche en ligne).

Ce que nous demandons

- Clarifier dans le projet de Lignes directrices que dans l'univers numérique le seuil de 30% de part de marché peut être trop élevé dans la mesure où les plateformes en ligne peuvent disposer d'un pouvoir de marché important sous ce seuil compte tenu des dynamiques particulières à l'économie des plateformes.
- Préciser et expliquer sur la base d'exemples quelles sont les autres informations fiables qui pourraient être utilisées (outre la mention des « volumes »).