



ARTICLE

NOUVELLE DÉCISION DÉFAVORABLE AUX CLAUSES DE RÉVISION DE PRIX

ANNULE - Concurrence, régulation européenne et FDI Contrats commerciaux et internationaux | 10/05/17

Le droit de la concurrence vient à nouveau s'ingérer dans les relations contractuelles et limiter l'utilisation des clauses de révision de prix : la Commission européenne (la « Commission ») a annoncé le 4 mai 2017 avoir accepté les engagements proposés par Amazon au sujet des livres numériques, engagements qui modifient plusieurs clauses contenues dans les accords de distribution conclus par Amazon avec des éditeurs de livres numériques en Europe.

Une tendance forte

Cette décision s'inscrit dans une tendance forte d'examen par les autorités de concurrence des dispositions contractuelles qui viennent modifier le prix du contrat tout au long de l'exécution de celui-ci.

On se souvient qu'entre 2012 et 2015, la Commission a supervisé les actions simultanées de sept autorités de concurrence européennes (France, Allemagne, Suède, Royaume-Uni, Italie, Autriche, Irlande) qui avaient ouvert des procédures à l'encontre de plateformes de réservation hôtelières (Booking.com, HRS, Expedia) qui imposaient à leurs cocontractants hôteliers des clauses « de parité » afin de bénéficier automatiquement des mêmes avantages que ceux qui étaient octroyés à leurs concurrents ou que ceux que les hôteliers se réservaient. En d'autres termes, il était impossible de trouver une chambre à un tarif inférieur à celui proposé par Booking.com, même en s'adressant directement à l'hôtel.

Booking.com s'est engagée auprès des autorités de concurrence française, italienne et suédoise à mettre fin à ces pratiques et à permettre aux hôtels de pratiquer des tarifs et/ou des conditions commerciales plus favorables sur des plateformes concurrentes à Booking.com ou au sein de leurs propres canaux de vente (en ligne ou hors ligne)[1].

En France, l'article L. 442-6 II. d. du Code de commerce prévoit déjà, depuis 2008, la nullité de la clause « *qui permet de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant* ». À la suite de l'affaire Booking, la Loi Macron, entrée en vigueur en août 2015, a mis un terme définitif aux clauses de parité tarifaire dans les relations entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne[2]. De même, en Allemagne, le Bundeskartellamt, autorité de la concurrence, a décidé d'interdire les clauses de parités, larges et restreintes, dans le cadre de contrats entre des hôteliers et Booking.com depuis le 31 janvier 2016. Très récemment c'est l'Italie qui a vocation à suivre cette tendance puisque le Sénat a voté, le 3 mai 2017, la loi interdisant ces clauses. Cette loi doit maintenant retourner à la Chambre des députés pour être définitivement adoptée.

Amazon et « la clause de la nation la plus favorisée »

Pour rappel, la Commission avait ouvert une enquête contre Amazon en juin 2015[3], car elle craignait que des clauses insérées dans les contrats de distribution soient contraires aux règles de l'Union européenne en matière de concurrence. Ces clauses, appelées également clauses de la « nation la plus favorisée », obligeaient les éditeurs à offrir à Amazon des conditions similaires à (ou plus favorables que) celles accordées à ses concurrents et/ou à informer Amazon de l'offre de conditions plus favorables ou différentes à ses concurrents. Elles portaient non seulement sur les prix, mais également sur nombre d'aspects qui peuvent être mis en avant par un concurrent pour se différencier d'Amazon, comme un modèle commercial de distribution différent, un livre numérique innovant ou une action promotionnelle.

La Commission a considéré que ces clauses diminuaient la capacité et l'incitation des éditeurs et des concurrents à concevoir des livres numériques nouveaux et innovants ainsi que des services de distribution de livres numériques différents et pourraient avoir pour effet que d'autres plateformes de livres numériques éprouvent davantage de difficultés à concurrencer Amazon. Ces clauses risquaient de conduire à un choix plus restreint, à une innovation moins importante et à des prix plus élevés pour les consommateurs en raison d'une diminution globale de la concurrence sur le marché de la distribution des livres numériques dans l'Espace Économique Européen.

Amazon n'en est pas à ses premiers déboires avec les clauses de révision de prix. En 2013, à la suite de l'ouverture d'enquêtes par les autorités anglaises et allemandes de concurrence, Amazon avait déjà dû retirer des clauses de parité tarifaire de ses contrats conclus avec des distributeurs indépendants pour la vente de produits sur sa *marketplace*. Selon ces deux autorités, ces clauses empêchaient les distributeurs de pratiquer des prix plus bas sur d'autres plateformes[4].

Le secteur des livres numériques a également déjà été concerné par une investigation analogue. La Commission a enquêté sur les clauses de parité tarifaire dans les contrats conclus entre Apple et divers éditeurs comme Hachette et Harper Collins pour la distribution des e-books. Elle a obtenu de la part d'Apple et des éditeurs des engagements qui visent à retirer les clauses de parité tarifaire de leurs contrats, sans pour autant exiger le retrait des autres clauses de parité qu'elle avait pourtant relevées.



Afin de répondre aux préoccupations de concurrence développées par la Commission, Amazon a soumis les engagements suivants:

- s'abstenir d'appliquer i) les clauses qui obligent les éditeurs à accorder à Amazon des conditions en matière de prix et d'autres conditions semblables à celles réservées à ses concurrents ou ii) des clauses qui imposent aux éditeurs d'informer Amazon de l'octroi de telles conditions. Ces engagements couvrent en particulier les dispositions relatives aux modèles commerciaux alternatifs/nouveaux, aux dates de disponibilité et au catalogue des livres numériques, aux composantes des livres numériques, aux promotions, aux prix d'agence, aux commissions d'agence et aux prix de gros ;
- permettre aux éditeurs de résilier les contrats relatifs aux livres numériques qui contiennent une clause qui lie d'éventuels rabais sur des livres numériques au prix de détail d'un livre numérique donné vendu sur une plateforme concurrente (la «disposition en matière de réserve de crédits»). Les éditeurs sont autorisés à résilier ces contrats moyennant un préavis de 120 jours notifié par écrit ;
- s'abstenir d'insérer dans tout nouveau contrat conclu avec un éditeur l'une des clauses susmentionnées, y compris les dispositions en matière de réserve de crédits.

Dans son communiqué de presse, la Commission précise que cette décision empêchera Amazon d'appliquer ou d'introduire de telles clauses dans ses accords avec les éditeurs. Selon la Commission, grâce à ces engagements, l'innovation en matière de livres numériques de la part des éditeurs de livres numériques et d'autres intervenants pourra profiter à d'autres entreprises qu'Amazon et permettra le maintien d'une concurrence effective dans le secteur des livres numériques, au profit des consommateurs.

Les clauses de révision de prix non automatiques ne sont pas (encore ?) assimilées à des « clauses noires » (comme par exemple les clauses d'imposition des prix de revente) mais les opérateurs économiques désireux de bénéficier de tels mécanismes doivent indubitablement redoubler de prudence avant d'insérer de telles clauses dans leurs contrats.

[1] 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.

[2] Article L. 311-5 1 à 5 du Code de tourisme

[3] Voir notre flash du 3 juin 2015, Les clauses de révision de prix dans le viseur de la commission européenne : <https://www.august-debouzy.com/fr/blog/59-les-clau...>

[4] Voir le communiqué de presse sur le site Internet du Bundeskartellamt <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/...>
