

CONTRATS D'AFFAIRES ET DE DISTRIBUTION

D. Mainguy
Professeur à la faculté de droit de Montpellier

2020

dmainguy@wanadoo.fr
www.daniel-mainguy.fr

Avertissement

Cet ensemble est la base d'un cours, à la fois en Master 1 et en Master 2 Droit privé économique à Montpellier. Il, est régulièrement remis à jour (pas toujours). Ce n'est pas un livre publié ou publiable. Il est d'ailleurs incomplet et inachevé.

Je remercie les éventuels lecteurs pour qu'ils excusent les fautes de frappe ou de typographie, les coquilles, et erreurs diverses, pour cette raison.

Il est complété par un ensemble de documents ; là encore souffrant des mêmes défauts.

Il est évident cependant que je revendique un droit d'auteur sur l'ensemble et que je n'autorise pas sa diffusion, autre que pour un usage personnel.

Je vous souhaite une bonne lecture.

D. Mainguy

QUATRIEME PARTIE

LES ACCORDS PAR REGROUPEMENT : LE DROIT DE LA GRANDE DISTRIBUTION

(...)

CHAPITRE 3 LE REGROUPEMENT A LA VENTE

200 Organisation et règles. Ce que l'on désigne comme des « regroupements à la vente » correspond à des logiques dans lesquelles des distributeurs se rassemblent pour proposer des produits à la vente ou des services en commun. Autre est l'hypothèse dans lesquelles des fournisseurs se rassemblent, via des accords, horizontaux, de spécialisation (REC n°1218/2010), de recherche et développement (REC n°1217/2010) qui déterminent les conditions de validité concurrentielle des accords horizontaux aboutissant par exemple, à des distributions conjointes du produit de ces accords, etc., qui correspondent à des situations de contrats de production.

Il s'agit, alors, pour des distributeurs distincts, de se regrouper pour vendre, via des techniques ordinaires du droit des groupements, ou bien de se regrouper, physiquement, en un lieu, du type d'un centre commercial.

Section 1. Les techniques de regroupement

201 Toutes les techniques de regroupement sont envisageables, des sociétés, y compris les sociétés coopératives dont les caractères principaux ont déjà été envisagés, aux Groupement d'intérêt économique (GIE), en passant par les associations, ces dernières méritant quelques précisions.

202 Association. La technique de l'association peut être utilisée dans

des logiques économiques¹, celle-ci ayant vocation à ne pas distribuer des bénéfices aux associés, non point de ne pas faire de bénéfice ou de réaliser des économies.

Pourtant, une association peut être considérée comme « ne jouant pas le jeu », ce qui correspond à des situations de « paracommercialisme » que l'article L. 442-10 du Code de commerce précise ainsi « *Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts* »², de sorte que le fait de pratiquer une distribution « sauvage » de produits, autre que de manière exceptionnelle (kermesse, etc.) n'est pas possible si elle n'est pas prévue par les statuts. Il suffirait donc que cette activité, habituelle, soit prévue par les statuts d'une association pour que l'article L. 442-10 ne puisse être mis en œuvre. L'article L. 612-1 du Code de commerce prévoit par ailleurs que les « personnes morales de droit privé non commerçantes » ayant une activité économique, des salariés, et un chiffre d'affaires dépassant des niveaux fixés par décret (C. com., art. R. 612-1, 50 salariés, 3.100.000 € de chiffre d'affaires, 1.550.000 € de total du bilan) doivent publier un bilan, un compte de résultats, nommer un commissaire aux comptes, etc.

Une association qui exerce une activité économique doit donc respecter les règles de n'importe quel intervenant : celles du droit de la concurrence, du droit des sociétés, du droit fiscal et social, etc., sauf à se placer en situation de concurrence déloyale par non respect des règles légales³.

Section 2. Les regroupements spatiaux

203 De nombreuses techniques de regroupement spatiales sont possibles, sur la base du « magasin » et du regroupement de ceux-ci sous différentes formes.

Ainsi, un « magasin », une « boutique », ne sont que des figures sémantiques juridiquement traduits en une logique de « fonds de commerce » supporté le plus souvent par un bail commercial.

L'enjeu de la protection assurée par le bail commercial est d'ailleurs décisif dans des types de situations de regroupement.

¹ C. Beyret et P. Mousseron, « A propos du choix de structure des entreprises de distribution », JCP E 2000, Cah. dr. entr. n°5, p. 4, O. Simon, « La commercialité de l'association », D. 1977, p. 153.

² Adde Circ. 12 août 1987, relative à la lutte contre les pratiques de paracommercialisme, BOCC, 5 sept. 1987.

³ Cass. crim., 10 juin 1990 : Bull. crim. 1990, V, n° 246 : « *Le jeu de la concurrence se trouve faussé à son détriment par l'activité paracommerciale illicite exercée dans le même secteur par l'association "Randonnées Pyrénéennes" dirigée par le prévenu, laquelle est exemptée de ces charges fiscales et reçoit d'importantes subventions* ».

204 Stand. Tel est le cas du « stand » ou « emplacement », mis à la disposition d'un commerçant par un autre commerçant ou par un grand magasin, une grande surface, etc., comme dans le cas de la « franchise de stand » ou « franchise corner » (cf. supra), déjà entrevu dans lequel le franchiseur conclut un un commerçant, franchisé, un contrat lui permettant d'exploiter un emplacement aux normes de la franchise, hébergé chez un autre commerçant. Or, dans cette situation, deux logiques s'ajoutent, celle de l'exploitation du stand et celle de l'hébergement, avec un « hébergeur » et un « hébergé », qui pourrait chercher à revendiquer le statut des baux commerciaux, impératifs lorsque ses conditions sont respectées, notamment l'existence d'un local « stable et permanent » permettant d'accueillir la clientèle⁴, ce qui exclut un stand provisoire, un « pop up store » par exemple.

205 Magasin collectif de commerçants indépendants. Les magasins collectifs de commerçants indépendants (MCCI) reposent sur une figure identifiée par une loi du 11 juillet 1972 (C. com., art. L. 125-1 et s). Il s'agissait, dans un contexte de montée en puissance de la grande distribution, dont les hypermarchés et la concurrence destructrice du « petit commerce traditionnel » et de demande de protection de ce dernier, qu'elle emportait, de proposer des solutions alternatives, mais voisines, de celles assurant l'organisation des centres commerciaux ou des grands magasins. Il s'agissait en effet de proposer des règles particulières aux « *aux personnes physiques ou morales réunies dans une même enceinte, sous une même dénomination, pour exploiter, selon des règles communes, leur fond de commerce ou leur entreprise immatriculée au répertoire des métiers sans en aliéner la propriété, créant ainsi un magasin collectif de commerçants indépendants* » (C. com., art. L. 125-1). L'échec de la formule est patent, il n'en existe plus ou presque, dans la mesure où ce régime n'a aucun intérêt particulier par rapport au droit commun (les commerçant n'étant d'ailleurs pas lié au MCCI par un bail commercial).

206 Centres commerciaux. Ce que l'on désigne sous ce terme ne fait l'objet d'un régime particulier mais à une pratique, caractérisant un ensemble de magasins, dans un même endroit, et géré par une entité particulière⁵.

⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 19 janv. 2005, JCP G 2005, II, 10040, note St. Resfergeste, JCP E, 2005, 826, note H. Kenfack, D. 2006, p. 926, note L. Rozes.

⁵ Le syndicat professionnel rassemblant ces entités, le Conseil national des centres commerciaux, identifie un nombre de magasins, 20, et une surface minimale 5000m² pour identifier un « centre commercial », sans aucune valeur normative particulière, sinon de classification : centres commerciaux super régionaux, centres commerciaux

Un centre commercial est en premier une opération immobilière et donc une opération financière lourde, réalisée par un particulier ou, plus sûrement par une société spécialisée, une « foncière ». L'objectif est d'aménager ou de construire un bâtiment en vue de sa division en autant de locaux que nécessaires ou possibles, de taille variable, souvent autour d'une ou plusieurs « locomotives », une grande surface alimentaire, un cinéma, une surface de vente de vêtements, de produits de loisirs, etc.

L'exploitant du centre, une société dédiée à cet effet est ainsi titulaire des droits immobiliers (propriétaire, titulaire d'un bail commercial, d'un bail à construction, etc.) lui permettant de découper le centre de manière rationnelle.

A cet effet, un *règlement intérieur* définit les droits et obligations de chacun et surtout un « plan de commercialisation » visant à répartir les types et le nombre de commerces dans le centre, dans une logique de violation assumée des règles de concurrence⁶. Ainsi, si un commerçant peut toujours, à sa demande, chercher à « déspecialiser » son activité, cela reste apprécié en fonction de la « destination, les caractères et la situation de l'immeuble ou de l'ensemble immobilier » (C. com., art. L. 145-48, al.1) alors que « Toutefois, le premier locataire d'un local compris dans un ensemble constituant une unité commerciale définie par un programme de construction ne peut se prévaloir de cette faculté pendant un délai de neuf ans à compter de la date de son entrée en jouissance » (C. com. art. L. 145-48, al. 2), l'objectif étant que l'ensemble des commerces installés dans le centre soient viables.

Deux difficultés apparaissent alors. Les baux conclus avec les commerçants sont en général très favorables au bailleur avec notamment des loyers établis en fonction des recettes du locataire (clause de « loyer recettes », durée décalée par rapport aux classiques 3-6-9, pour une durée de 10 ans par exemple, obligation à la charge du locataire d'aménager le local (loué totalement nu au premier locataire), etc.

Dans certains contrats, le plan de commercialisation prévoit la présence d'enseignes particulières et un contrôle de celles-ci. Ainsi, certains baux présentent une clause de destination précisant que l'activité du locataire doit s'effectuer sous une enseigne particulière, celle d'un franchiseur avec le lequel le commerçant a conclu un contrat de franchise ce qui pose deux questions, l'une liée à l'impossibilité pour le commerçant de changer d'enseigne, sauf à obtenir l'autorisation du bailleur et l'autre liée à l'éventuelle résiliation par le franchiseur ou par le franchisé, et donc la perte du droit au bail. La Cour de cassation considère cependant

régionaux, grands centres, petits centres, centres à thèmes (ou Retail park) pour les identifier en fonction de critères de superficie ou d'objet.

⁶ Cf. Cass. civ. 3^{ème}, 2 oct. 2013, D. 2013? P. 2812, note M. Gomy (annulation d'un bail commercial en raison de la conclusion par le centre d'un bail avec un commerce identique).

que ces clauses d'enseigne sont nulles en tant qu'elles font obstacle au droit à la déspecialisation du locataire⁷, sachant que s'appliquent par ailleurs les règles de l'article L. 145-48, al. 2, C. com.

Une deuxième difficulté repose sur la présence, en sens inverse, de clauses de non concurrence insérées dans les baux de manière à assurer une protection de l'activité des locataires⁸ valides en principe voire encouragée⁹.

CHAPITRE 4

LA DISTRIBUTION NUMERIQUE

207 Commerce en ligne, sur Internet, distribution numérique, cyberdistribution¹⁰, les formules sont nombreuses pour saisir un phénomène, déjà ancien mais qui a pris, depuis quelques années et le développement des algorithmes, un tour considérable.

La particularité de ce type de technique de distribution repose sur le fait, d'une part, que la distribution de produits et de services se réalise via des outils correspondant à des « plateformes » qui sont autant de « fournisseurs de contenus » (distributeurs en l'espèce) organisés sous forme d'entreprises, diversement organisées, et d'autre part, qu'elle ne présente aucune limite de temps et d'espace, en ce sens que toute idée de géographie est, ici, sans intérêt ni réalité.

Dans certains cas, ces plateformes se présentent comme des canaux alternatifs de distribution aux canaux traditionnels, physiques, comme pour les plateformes les plus connues, Amazon, eBay, Cdiscount, Aliexpress, etc., offrant ainsi une nouvelle dimension de distribution pour les fournisseurs. Dans d'autres, il s'agit de formes réellement nouvelles de distribution, intransposables dans le commerce physique comment le révèlent les plateformes dites collaboratives, du type Uber, BlaBlaCar, etc.

Une autre façon de présenter ce type d'activité consiste à distinguer

⁷ Cass. civ. 3^{ème} 12 juill. 2000, n°98-21671, CCC 2001, n°1, obs. L. Leveneur, RTDcom, 2000, p. 872, obs. J. Monéger Adde : M.-P. Dumont, « Bail commercial et droit de la distribution », RTDcom. 2003, p. 43..

⁸ Y compris à l'extérieur du centre commercial, sous la réserve des conditions ordinaires de validité des clauses de non concurrence : Paris, 3 juill. 2013, JCP 2 2013, 1656, note V. Marx.

⁹ Cf. Cass. civ. 3^{ème} 3 mai 2007, D. 2007, p. 2068, note J. Rochfeld, RDC 2007, p. 1210, obs. J.-B. Seube, RDC 2008, p. 272, obs. D. Mazeaud : le bailleur qui ne reproduit pas dans les baux subséquent la clause de non concurrence insérée dans les premiers baux engage sa responsabilité.

¹⁰ S. Alma-Delettre, « Cyberdistribution », J.-Class Contr. Distr.fasc. 3880.

l'activité de l'opérateur sur Internet qui cherche, dans certains cas à offrir une vitrine géante, ce qui est le cas de pratiquement tous les distributeurs traditionnels, et celle de l'opérateur « pure player » qui n'exerce son activité que de manière numérique, même si pratiquement tous les degrés existent entre ces deux extrémités¹¹. Dès lors la comparaison entre l'activité du commerçant en ligne et du commerçant traditionnel est fondée, plutôt d'ailleurs par référence à ce dernier, comme lorsqu'il s'agit de chercher à identifier un fonds de commerce électronique¹².

208 Les contrats du commerce électronique. En revanche, il apparaît que la révolution numérique emporte des conséquences majeures d'une part dans la conclusion et la preuve des contrats et dans l'organisation de nouvelles formes de distribution. S'agissant de la conclusion des contrats en ligne, le législateur s'en préoccupe depuis longtemps, à la fois sur le processus de conclusion, depuis 2000 avec des solutions réaménagées dans le Code civil à la suite de la réforme du droit des contrats de 2016 (C. civ., art. 1127-1 s.) mais également dans les dispositions du droit de la consommation, s'agissant de la considération des « ventes à distance » d'une manière générale (C. consom., art. L. 221-1, s'agissant de sa définition et son régime ; art. L. 111-1 et L. 221-5, 11 et 12 s'agissant des informations particulières à fournir au consommateur).

Les problèmes sont ici considérables et, à bien des égards, il n'est pas certain que les outils légaux soient bien utiles face aux logiques de ces nouvelles formes de commerce. Le mirage d'un consentement plus éclairé par les offres s'est très vite évaporé devant la nature réelle des contrats conclus par les sites de commerce électronique, souvent établis dans des territoires lointains, au droit parfois très différents des droits locaux des utilisateurs.

209 Site marchand d'un distributeur. La plupart des opérateurs traditionnels, quels qu'ils soient, fournisseurs, distributeurs, de produits ou de services, dispose d'un site internet dans lequel ils proposent, en ligne les produits et/ou services qu'ils distribueraient physiquement.

Pour un fournisseur, aucune difficulté ne se présente, il dispose de la liberté de choisir la technique de diffusion de ses produits ou de ses services. Les activités bancaires ou d'assurances, par exemple sont

¹¹ Cf. D. Ferrier, La distribution sur Internet dans le cadre d'un réseau, D. 2006, Chron. p. 2594 ; S. Alma-Delette, Les réseaux de distribution et Internet, un panorama des évolutions récentes, RLDI 2009/46, no 1527, B.-H. Dumortier, ABC pour l'Internet, Dr. & patr. 2002, no 101, p. 28.

¹² Th. Douville, « Le fonds de commerce électronique : de sa reconnaissance à sa marginalisation », D. IP /IT 2019, p. 670, O. Savary et E. Dubuisson, Un site Internet est-il un fonds de commerce ?, RLDA 2009/37, no 2234 ; D. Ferré et M. Troncos, Places de marchés électroniques, Rev. Lamy dr. aff. 2001, no 39, no 2453.

pratiquement toutes organisées en distinguant une activité ordinaire, physique, associée à un site internet et une activité purement numérique, éventuellement associée à un ou des lieux physiques.

“Pour un distributeur, la situation est un peu différente dans la mesure où il tient son « droit » de distribuer d’un fournisseur qui, dans le contrat qui assure cette « concession de droit » peut restreindre la liberté du revendeur quant aux techniques de revente de ces produits ou services. Cette limitation s’effectue, classiquement, dans le cadre des principes de liberté contractuelle et de la concurrence, avec ses limites.

Or, précisément, une limite importante est posée en droit de la concurrence à travers les *lignes directrices sur les restrictions verticales* accompagnant le REC n°330/2010 (qui ne comprend aucune référence à cette question) précise, dans son point 52 que « *Internet est un instrument puissant qui permet d’atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients que par les seules méthodes de vente plus traditionnelles, ce qui explique pourquoi certaines restrictions à son utilisation sont considérées comme une restriction des (re)ventes. 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. L’utilisation d’un site internet peut avoir des effets au-delà du territoire et de la clientèle affectés au distributeur; toutefois, ces effets sont le résultat de la technologie qui permet un accès facile à partir de n’importe quel lieu. 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. En soi, la possibilité de choisir entre plusieurs langues offerte par le site en question ne modifie pas le caractère passif d’une telle vente. La Commission considère donc les situations suivantes comme des exemples de restrictions de vente passive caractérisées, compte tenu de leur capacité de limiter l’accès du distributeur à un plus grand nombre et une plus grande variété de clients:*

a) *convenir que le distributeur (exclusif) empêche les clients situés sur un autre territoire (exclusif) de consulter son site internet ou les renvoie automatiquement vers les sites du fabricant ou d’autres distributeurs (exclusifs), ce qui n’exclut pas de convenir que le site du distributeur doive également présenter un certain nombre de liens vers les sites d’autres distributeurs et/ou du fournisseur;*

b) *convenir que le distributeur (exclusif) mette un terme à une opération de vente par internet lorsque les données de la carte de crédit du client révèlent qu’il n’est pas établi sur son territoire (exclusif);*

c) 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, ni ne fait obstacle à ce que le fournisseur s'assure que l'activité sur internet du distributeur reste cohérente avec son modèle de distribution (voir les points 54 et 56). Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les 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;

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 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 ».

Est donc une restriction caractérisée, le fait, pour un fournisseur, de restreindre à son contractant la vente sur Internet, de telle manière que le contrat ne serait alors pas exempté au titre du REC n°330/2010, étant entendu que, s'agissant de restrictions caractérisées, aucune limite en termes de seuil d'accès au droit de la concurrence n'est opposable.

Il en résulte, logiquement, l'interdiction d'interdire à un distributeur de revendre sur un site propre, formalisée de manière magistrale dans l'affaire *Pierre Fabre*, en 2011¹³ permettant ainsi de donner de l'ampleur à la distribution numérique en droit interne¹⁴ ou de l'Union européenne¹⁵.

Pour autant l'interdit n'est pas absolu, en sorte que le fournisseur peut, sans la limiter, encadrer les conditions de la revente de produits en ligne, sous le contrôle, bien entendu, des juridictions, civiles et concurrentielles, emportant ainsi de nouvelles pratiques contractuelles appliquées à la

¹³ CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, S¹⁶ Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Autorité de la concurrence, D. 2011. 2590, obs. E. Chevrier, 2012. 577, obs. D. Ferrier, 2343, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, RTD eur. 2012. 442, obs. J.-B. Blaise, adde : L. Vogel, La distribution par Internet après l'arrêt Pierre Fabre : JCP E 2012, 1182.

¹⁴ Avis ADLC n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 *relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique*, RLDA 2012, n° 4362, note N. Kouchnir-Cargill ; RLC 2013/34, n° 2189, note R. Christol ; CCC 2012, n° 279, obs. M. Malaurie-Vignal, D. 2013, p. 732, obs. D. Ferrier, RTD com. 2012, p. 739, obs. E. Claudel.

¹⁵ Comm. UE Rapp. Final relative à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, COM(2007) 229 Final, Europe 2017, alerte 27, obs. L. Idot, RDC 2017, p. 509, obs. C. Prieto.

distribution en ligne¹⁶.

Par exemple, le fournisseur peut exiger que les distributeur utilisant un site Internet dispose toujours d'une boutique physique¹⁷ ce qui aboutit à exclure les plateformes se présentant comme des « pure players »¹⁸, solution validée dans le cadre de l'arrêt *Coty* de la CJUE du 6 décembre 2017¹⁹ (cf. infra), que le site Internet des distributeurs physiques soit configuré de manière à respecter les critères de commercialisation du fournisseur, notamment dans le cadre de la distribution sélective, de disposer de tarifs différents selon les canaux²⁰.

210 . Plateforme en ligne. Au moins trois formes particulières émergent spécifiquement²¹, celle des « plateformes électroniques », formule retenue par l'article L. 111-7 du Code de la consommation en suite de la loi du 7 octobre 2016 « Pour une République numérique », celle des « places de marché » pour traduire la formule anglaise de « *market place* », mais encore celle des sites de comparateurs de prix, surtout saisis par les règles du droit de la concurrence²².

211 Comparateurs de prix. L'information sur les prix est une question complexe du droit de la concurrence ; les sites de comparaison de prix référencent les offres des sites marchands par produit ou services selon un classement algorithmique particulier qui ouvre l'accès à ces informations au consommateur, référencement qui peut être, ou non payant²³, dans une forme d'autorégulation pratiquement totale et globalement opaque²⁴, sinon par les tentatives internes (C. consom., art. L. 111-7, II, D. 111-10 et s.) s'agissant des relations avec les consommateurs ou européennes s'agissant des professionnels (Règlement n°2019/1150 du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la

¹⁶ Cf. P. Lemay, « les nouvelles pratiques contractuelles des réseaux de distribution », RTDCom. 2015, p. 183.

¹⁷ Déc. Cons. conc. n°06-D-24 24 juill. 2006, *Festina*, CCC 2006, n°145, obs. M. Chagny, et Paris, 16 oct. 2007, CCC 2007, n°152, obs. M. Chagny.

¹⁸ *Lignes directrices*, pt. 54, Paris 16 oct. 2007, préc. , Paris, 18 avr. 2008, D. 2009, pan.2895, obs. D. Ferrier.

¹⁹ CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, D. 2018, p. 150, note C. Grimaldi, p. 865, obs. D. Ferrier, AJ Contrat 2018, p. 34, obs. F. Buy et J.-C. Roda., Dalloz IP/IT 2018, p. 317, obs. C. Maréchal.

²⁰ Avis ADLC n°12-A-20, 18 sept. 2012 relatif au commerce électronique, CCC 2012, n°279, obs. M. Malaurie-Vignal, RDC 2013, p. 139, obs. M. Béhar-Touchais, RTDCom. 2012, p. 739, obs. E. Claudel.

²¹ Comp. Avis ADLC, n°12-D-20, 18 sept. 2012, relatif au commerce électronique.

²² Déc. Comm. UE, 27 juin 2017, *Goggle Shopping*, condamnée à 2,4 milliards d'euros d'amendes pour abus de position dominante.

²³ Avis ADLC n°12-A-20, 18 sept. 2012, préc. pt. 152.

²⁴ Cf. M.-L. Augagneur, « Vers des nouveaux paradigmes du droit de l'économie numérique », RTDcom. 2013, p. 455.

transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne).

Du point de de l'application des règles du droit de la concurrence, la question reste ambiguë, la transparence des prix à l'endroit des consommateurs est plutôt bien reçu par les règles ordinaires du droit de la concurrence, sauf si des risques de collusion soit des entreprises exploitant les comparateurs soit par des entreprises qui pourraient utiliser ces informations pour organiser de telles collusion²⁵.

Par ailleurs, les frontières entre les différentes formes de « plateformes » ne sont pas étanches : une plateforme numérique peut développer un site de comparaison et réciproquement ou bien disposer de liens privilégiés avec certains fournisseurs de produits. A bien des égards, on pourrait considérer que les deux techniques se présentent à des niveaux différents, en sorte qu'un cloisonnement ou une neutralité s'imposent, de manière à ce que les fournisseurs puissent opérer à égalité sur ces marchés²⁶. C'est ainsi que l'affaire *Google* a stigmatisé les « manipulations algorithmiques » de classement du comparateur de prix de Google au profit des produits de ses filiales, mais que pourraient se développer de nouvelles formes de publicité comparative trompeuse, par exemple lorsque les comparateurs de prix sont la propriété d'une enseigne de distribution ou d'un fournisseur.

212 Places de marché numériques. Rien n'est plus grégaire que les marchés, notion à la base de toutes nos civilisations. La « place du marché » est, partout, un centre de vie. En matière numérique, la place de marché est conçue comme un intermédiaire entre des vendeurs qui présentent leurs produits et des acheteurs²⁷. La place de marché est ainsi une sorte de courtier qui rapproche les offres des uns ou des autres. Les places de marché ainsi identifiées, pures en quelque sorte, sont par exemple illustrées par des sites comme eBay, LeBonCoin ou PriceMinister tandis que d'autres, qui fournissent les mêmes services aux vendeurs et aux consommateurs sont, en même temps, des sites marchands dans lesquels sont présentés des produits vendus par l'entreprise qui exploite le site et d'autres pour lesquels elle ne joue qu'un rôle d'intermédiaire, comme c'est le cas de site du type Fnac.com, CDiscount, LaRedoute, et surtout Amazon. L'un ou l'autre entre dans le champ d'application du Règlement n°2019/1150 sur les services d'intermédiation en ligne qui impose, de manière élémentaire, de informations claires et compréhensibles (art.3), des conditions de résiliation par le fournisseur de services d'intermédiation en ligne à une entreprise utilisatrice (notification motivée sur support durable, préavis

²⁵ Rapp. ADLC et Bundeskartellamt, 10 mai 2016, *Droit de la concurrence et données*.

²⁶ Cf. Déc. ADLC, n°16-D-06 21 avr. 2015, *Booking*.

²⁷ Avis ADLC n°12-A-20, 18 sept. 2012, préc. pt 139.

minimum de 30 jours, art. 4).

Par ailleurs et comme pour les sites comparateurs de prix, le risque d'une confusion entre la place de marché qui agirait aussi comme un marchand et les marchands utilisateurs de la place de marché : on retrouve la philosophie de la théorie des facilités essentielles et l'exigence de neutralité de la place de marché à l'endroit des utilisateurs sont, en même temps, ses concurrents²⁸.

213 L'économie collaborative. L'économie collaborative est l'une des pépites issues de la révolution numérique (²⁹) : elle permet d'isoler des « communautés » à l'intérieur desquelles des échanges, gratuits ou non, peuvent s'élaborer. De *Uber* à *Wikipedia* en passant par des sites comme *Blablacar* ou *LeBonCoin*, les plateformes de financement participatif, ou plus confidentiels d'échanges de recettes cuisines (*Marmiton*) ou de places pour se loger pour unenuite (*Couchsurfing*), les expériences sont diverses. Très vite cependant, le mirage de la gratuité s'est évanoui (³⁰) sous l'impulsion d'entreprises qui monétisent ces échanges, comme c'est le cas de la plupart des sites organisant des réseaux sociaux, à travers la monétisation de soi-même, de ses données personnelles, alimentant un *big data* aux contours mal dessinés mais apparemment très valorisé. Dès lors le contrat conclu avec un de ces sites est bien un contrat, et un contrat conclu à titre onéreux, entrant dans le champ du droit de la consommation (³¹), appelant le dessin d'un contrat de fourniture numérique (³²). La dématérialisation des contrats s'infère par ailleurs de l'absence de frontières, de telle manière que les contrats sont conclus, souvent, via des sites « territorialisés » par des adresses électroniques nationales ou régionales, mais avec un opérateur souvent isuté à l'étranger, notamment aux Etats-Unis, avec un certain nombre de clauses trompeuses ou du moins abusives au regard du droit français, en matière de garantie, de traitement des données personnelles, ou d'attribution de juridiction, traités dans des conditions générales

²⁸ Cf ; Déc. ADLC, n°19-DCC-65 17 avr. 2019, *marché du jouet*.

²⁹ M. Clément-Fontaine, « La genèse de l'économie collaborative : le concept de communauté », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 140, P. Terrasse (dir.), *Rapport au Premier ministre sur l'économie collaborative*, février 2016.

³⁰ C. Zolynski, « La gratuité en questions », in *La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, LGDJ, 2013, p.XI, G. DangNguyen, S. Dejean et T. Pénard, « Gratuité sur internet : entre logiques individuelles et logiques communautaires », in *La gratuité. Un concept aux frontières de l'économie et du droit*, *ibid.*, p. 91

³¹ Paris, 12 février 2016, pôle 02 ch. 02, arrêt n° 201658, *Facebook*.

³² V.-L. Bénabou, « Entrée par effraction d'une notion juridique nouvelle et polymorphe : le contenu numérique », *Dalloz IP/IT*, 2017 p. 7J. Rochfeld, « Le "contrat de fourniture de contenus numériques" : la reconnaissance de l'économie spécifique "contenus contre données" », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 15.

d'utilisation ou de vente qui ne sont pas lues⁽³³⁾, ceci sans évoquer les problèmes posés par l'élaboration de la preuve d'un contrat électronique, chaque fois que l'adresse IP du consommateur ne peut être précisément attachée à un consommateur particulier, ce qui est presque systématique.

On le voit donc, pour conclure, le traitement juridique des opérations nées du commerce électronique appelle tout à la fois à l'utilisation d'outils connus et à l'élaboration de nouvelles formes de traitement de ces relations, sous l'angle d'une refiguration des conceptions du droit de la consommation, du travail, des contrats, etc.

214 Plateformes électroniques ou numériques. L'article L. 111-7 du Code de la consommation³⁴ propose une définition très peu complète comme un opérateur qui propose, à titre professionnel « *un service de*

33 Comp. les CGU de Pinterest, résumant leur clause limitative de responsabilité « Nous élaborons le meilleur service possible pour vous, mais nous ne pouvons pas promettre qu'il sera parfait. Nous ne sommes pas responsables de certaines choses. Si vous pensez que nous le sommes, nous tenterons de gérer les choses de la façon la plus sensée possible », ou la clause attributive de juridiction aux tribunaux de Californie « « La Baie de San Francisco est magnifique à cette époque de l'année. Peu importe la saison d'ailleurs, c'est ce qui en fait un si bel endroit ! Et si vous voulez nous poursuivre en justice, c'est ici que cela se fera ».

34 « I.-Est qualifiée d'opérateur de plateforme en ligne toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service. II.-Tout opérateur de plateforme en ligne est tenu de délivrer au consommateur une information loyale, claire et transparente sur : 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels. Un décret précise les conditions d'application du présent article en tenant compte de la nature de l'activité des opérateurs de plateforme en ligne. Ce décret précise, par ailleurs, pour tout opérateur de plateforme en ligne dont l'activité consiste en la fourniture d'informations permettant la comparaison des prix et des caractéristiques de biens et de services proposés par des professionnels, les informations communiquées aux consommateurs portant sur les éléments de cette comparaison et ce qui relève de la publicité au sens de l'article 20 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. Ce décret fixe également les modalités selon lesquelles, lorsque des professionnels, vendeurs ou prestataires de services sont mis en relation avec des consommateurs, l'opérateur de plateforme en ligne met à leur disposition un espace leur permettant de communiquer aux consommateurs les informations prévues aux articles L. 221-5 et L. 221-6 ».

communication au public en ligne reposant sur : 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service », et en imposant diverses obligation d'informations, assez générales : « 1° Les conditions générales d'utilisation du service d'intermédiation qu'il propose et sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des contenus, des biens ou des services auxquels ce service permet d'accéder ; 2° L'existence d'une relation contractuelle, d'un lien capitalistique ou d'une rémunération à son profit, dès lors qu'ils influencent le classement ou le référencement des contenus, des biens ou des services proposés ou mis en ligne ; 3° La qualité de l'annonceur et les droits et obligations des parties en matière civile et fiscale, lorsque des consommateurs sont mis en relation avec des professionnels ou des non-professionnels ». Peu de choses donc.

Les plateformes ou places de marché représentent les principaux sites, généralistes ou spécialisés ; ils sont des distributeurs, électroniques, des « *intermédiaires entre des vendeurs et des acheteurs en offrant à des vendeurs, professionnels ou particuliers, la possibilité d'y proposer tout ou partie de leur catalogue, comme le ferait une galerie commerciale dans le monde physique* », comme le décrit l'avis du 12 septembre 2012 de l'ADLC sur le commerce électronique.

Sur le plan du droit des contrats, le rôle juridique de ces plateformes est difficilement identifiables : mandat, courtage, vente et revente, tout y est possible. La mise en relation entre deux opérateurs, qui semble dominer le modèle juridique de ces plateforme milite pour un renouveau du contrat de courtage, comme on l'avait déjà observé aux temps où l'on s'interrogeait sur le rôle des centrales de référencement dans la grande distribution.

L'intérêt pour les fournisseurs consiste d'une part à ce que leurs produits soient présentés de manière majeure et systématique, et de bénéficier des facilités logistiques de la place de marché/plateforme.

215 Relations entre fournisseurs et plateformes (au sens large). Les relations entre fournisseurs développant un réseau de distribution et les plateformes, quelle que soit la forme retenue, principalement place de marché et/ou plateforme, sont tendues, en terme d'accès à des produits ou de responsabilité.

La plateforme qui commercialiserait des produits réservés à un réseau de distribution, exclusive ou sélective, engagerait sa responsabilité, dans les conditions de droit commun, y compris sur des questions de

compétence du juge français³⁵.

Autre est la question du traitement concurrentiel des clauses d'interdiction de revendre, par un distributeur sélectionné via un contrat de distribution sélective, les produits objets de ce contrat, via une plateforme en ligne et ce après l'arrêt *Pierre Fabre* de 2011, à l'occasion de l'affaire *Caudalie*³⁶ ou *Coty*³⁷ qui a validé la clause par laquelle la tête de réseau ne permettait de vendre les produits objets du contrat que par l'intermédiaire de magasins physique ou les sites internet de ceux-ci, conduisant, en négatif à interdire de vendre ces produits via des plateformes numériques, en tant que ces clauses assurent le maintien de l'image de marque de ces produits, le tout sans créer de restrictions caractérisée au sens de l'article 4, b) ou c) du Règlement n°330/2010. L'objectif de préservation de l'image de marque, condamné dans l'arrêt *Pierre Fabre*, redevient un critère objectif, et ici, proportionné et nécessaire. L'enjeu dépasse ce type de questions pour intéresser l'appréhension des activités numériques par le droit de la concurrence³⁸ et appelle des appréciations au cas par cas, qui, en toute hypothèse, s'effectuent dans une ambiance de renforcement considérable de l'efficacité du contrat de distribution sélective³⁹.

³⁵ Cass. com. 5 juill. 2017, n°14-16737, *Sté Concurrence / Amazon*, AJ contrat 2017, p. 488, note V. Pironon, JCP E 2018, 1131, obs. D. Mainguy, CJUE, 21 déc. 2016, aff. C-618/15 D. 2017, p. 15, p. 881, obs. D. Ferrier, p. 1011, note H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke, JCP 2017, 1198, note C. Nourissat, Europe 2017, n°94, obs. L. Idot « le lieu où le dommage s'est produit doit être considéré comme étant le territoire de l'État membre qui protège ladite interdiction de vente au moyen de l'action en question, territoire sur lequel le demandeur prétend avoir subi une réduction de ses ventes ». Adde V. Pironon, « Les nouveaux défis du droit international privé : site passif, site actif, activité dirigée ? », in J. Rochfeld [dir.] Les nouveaux défis du commerce électronique, LGDJ-Lextenso, 2010, p. 93.

³⁶ Paris, 13 juill. 2018, n°17/20787, D. 2018, p. 2270, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny, AJ Contrat 2018, p. 435, obs. L. Vogel, Dalloz, IT/IP, 2018, p. 645, obs C. Maréchal, renvoi après Cass. com 13 septembre 2017, n°16-15067, AJ contrats 2017, p. 489, note F. Buy, JCP E 2018, 1131, obs. D. Mainguy.

³⁷ CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, D. 2018, p. 150, note C. Grimaldi, p. 865, obs. D. Ferrier, AJ Contrat 2018, p. 34, obs. F. Buy et J.-C. Roda,; Dalloz IP/IT 2018, p. 317, obs. C. Maréchal, JCP E 2018, 1131, obs. D. Mainguy.

³⁸ Comp. L. Arcelin, Le droit de la concurrence mis à l'épreuve par le numérique, JCP E 2019, 1493.

³⁹ Paris, 28 févr. 2018, Dalloz IP/IT, 2018, p. 377, obs. C. Maréchal : clause de « vente groupée » qui assortit des réductions de prix à des membres de collectivités, comme des comités d'entreprise, à la condition qu'ils se déplacent individuellement dans un magasin physique pour récupérer les produits acquis.