

AUTORITE BELGE DE LA CONCURRENCE

Auditorat

Décision n° ABC-2016-I/O-31-AUD du 7 novembre 2016

Affaire MEDE-I/O-15/0002 – Immoweb

I. Objet

1. Cette décision est adressée à Immoweb SA et sa société-mère Axel Springer SE et concerne des clauses dites « Most Favoured Nation » (ci-après « MFN ») - également appelées clauses « Most Favoured Customer (en abrégé : MFC) » - contenues dans les contrats qu'Immoweb a conclu avec des développeurs de logiciels pour agences immobilières.
2. Les développeurs de logiciels développent pour - et commercialisent auprès - des agences immobilières un logiciel qui permet aux agents immobiliers de poster (automatiquement et immédiatement) les biens immobiliers qu'ils ont en portefeuille sur un - voire plusieurs - des portails en ligne repris dans le listing du développeur de logiciels.
3. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a considéré que ces clauses posent question au regard des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne (ci-après "TFUE") ainsi que IV.1 et IV.2 du Code de droit économique (ci-après « CDE »). Néanmoins, eu égard aux engagements offerts, la décision ne prend pas position sur la question de savoir si Immoweb a ou non enfreint le droit de la concurrence belge et/ou communautaire en insérant les clauses susmentionnées dans ses contrats avec des développeurs de logiciels.

II. Entreprise concernée

4. Immoweb SA (ci-après « Immoweb ») exploite le site internet www.immoweb.be, le plus important portail immobilier en ligne en Belgique.

III. Procédure

5. Le 30 janvier 2015, l'auditeur général a ouvert une instruction d'office à l'encontre d'Immoweb, sur base de l'article IV.41, § 1, 2° CDE, enregistrée sous la référence MEDE-I/O-15/002.

L'instruction porte sur une éventuelle infraction aux articles IV.1 et/ou IV.2 CDE et/ou articles 101 et/ou 102 TFUE en relation avec des clauses MFN contenues dans les contrats qu'Immoweb a conclu avec des développeurs de logiciels pour agences immobilières.

6. Par lettre du 12 février 2015, Immoweb a, sur pied de l'article IV.83 CDE, demandé que l'instruction à son égard se déroule en français. Par courrier du 17 février 2015, l'auditeur général a fait droit à cette demande.
7. Le 15 janvier 2016, l'Auditorat a fait part à Immoweb de son évaluation préliminaire, à savoir que les clauses MFN contenues dans les contrats qu'Immoweb a conclu avec des développeurs de logiciels pour agences immobilières posent question au regard des articles 101 et 102 TFUE ainsi que IV.1 et IV.2 CDE.
8. Le 31 août 2016, Immoweb a offert des engagements pour répondre à l'évaluation préliminaire de l'Auditorat.

IV. Evaluation préliminaire

a. Le marché en cause

9. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a retenu un marché défini comme celui comprenant les portails en ligne exclusivement immobiliers ainsi que les portails en ligne comprenant une offre importante de biens immobiliers comme marché de produits en cause, et ce en raison de similitudes dans les caractéristiques, utilisation et prix.
10. Ces portails en ligne fonctionnent comme une plateforme d'intermédiation (« matching platform ») entre les vendeurs / bailleurs de biens immobiliers d'une part et les candidats-acheteurs / locataires d'autre part.
11. Une telle plateforme est typiquement biface et produit des effets de réseau. Plus un site internet a une audience importante, plus il est attractif comme média pour les opérateurs et les particuliers qui ont des biens à vendre ou à louer. Et plus un site est en mesure de présenter un large nombre de biens à vendre ou à louer, plus il est susceptible d'intéresser les acheteurs et locataires potentiels.
12. Le modèle économique des portails en ligne offrant des biens immobiliers repose essentiellement sur la publication de petites annonces immobilières payantes, présentées par les agences immobilières, des particuliers, des promoteurs de la construction et des notaires. En outre, un portail en ligne génère également des revenus provenant de la vente d'espaces publicitaires (bannières, newsletters, etc.) aux tiers qui veulent faire de la publicité pour leurs produits et/ou services sur le portail.
13. En avril 2015, le Bundeskartellamt s'est penché sur une fusion entre les numéros deux et trois dans le secteur des portails immobiliers en ligne en Allemagne. Dans sa décision

*Immowelt/Immonet*¹, le Bundeskartellamt ne tranche pas la définition du marché de produit. Cependant, il exprime une nette préférence pour un marché unique pour les portails immobiliers en ligne.

Le Bundeskartellamt justifie cette position par le fait que le service d'intermédiation offert par un portail immobilier en ligne est essentiel pour les deux groupes d'utilisateurs et que, dès lors, une distinction entre ces deux groupes ne reflèterait pas adéquatement le processus économique ainsi que les interdépendances prononcées entre ces deux groupes. L'Auditorat partage cette position.

14. Le Bundeskartellamt a également laissé ouverte la question de savoir si le marché comprend aussi les annonces dans les journaux (« print-rubrikenanzeigen »). Il fait toutefois référence à la jurisprudence constante du Tribunal régional supérieur de Düsseldorf ainsi qu'à sa jurisprudence selon laquelle les portails immobiliers en ligne et les annonces dans les journaux constituent des marchés de produits distincts.
15. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a considéré que les sites des agences immobilières, imprimés, annonces dans les journaux et panneaux dans les rues ne sont pas substituables aux portails en ligne exclusivement immobiliers ainsi qu'aux portails en ligne comprenant une offre importante de biens immobiliers, pour les raisons suivantes.
16. Premièrement, ces portails ont une portée nationale, contrairement aux sites individuels des agences immobilières qui offrent souvent des biens immobiliers dans un rayon restreint autour de l'endroit où cette agence est localisée. Les annonces dans les journaux (et panneaux dans les rues) ont également une portée géographique réduite.
17. Deuxièmement, même au niveau local, un portail a une valeur ajoutée marquée par rapport aux autres modes de publicité. En effet, par le biais des portails, un acheteur ou locataire potentiel peut voir tout ce qui est à vendre et à louer dans la ou les communes qui l'intéressent, quel que soit le canal par lequel le bien est vendu ou loué (agent immobilier, notaire ou personne privée).
18. Troisièmement, l'offre immobilière sur les portails est adaptée quotidiennement (voire plus), alors que les imprimés et annonces dans les journaux sont publiées sur base hebdomadaire. Or, la rapidité des visites fait souvent la différence en cas d'achat / location d'un bien.
19. Enfin, l'information fournie (photos et descriptions) sur les biens repris sur les portails ne peut être comparée avec l'information succincte que l'on peut trouver dans les imprimés et annonces dans les journaux. En outre, la facilité d'utilisation des portails est beaucoup plus grande, eu égard notamment aux filtres de fonctionnalité qu'il proposent.
20. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a considéré que le marché géographique en cause était national, en se fondant en particulier sur le fait que la réglementation des portails est

¹ Décision du Bundeskartellamt du 20 avril 2015, *Immonet/Immowelt*, nr. B6-39/15.

nationale, que l'offre immobilière sur ces portails concerne principalement l'immobilier belge et que ces portails fonctionnent sur une base nationale.

21. Immoweb conteste la définition de marché de produits et géographique retenue par l'Auditorat dans son évaluation préliminaire.

b. Position d'Immoweb sur le marché pertinent

22. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a estimé qu'Immoweb occupe une position dominante, au sens des articles IV.2 CDE et/ou 102 TFUE, sur un marché défini comme comprenant les portails en ligne exclusivement immobiliers ainsi que les portails en ligne comprenant une offre importante de biens immobiliers belge, et dont la dimension géographique est nationale.

23. L'Auditorat a basé son évaluation préliminaire, entre autres, sur le nombre moyen de visiteurs journaliers et sur le nombre de biens affichés sur le site.

24. Sur base du nombre de visiteurs journaliers moyen, Immoweb est de loin le plus grand portail en ligne avec une offre importante de biens immobiliers avec, sur base des données dont disposait l'Auditorat au moment de son analyse préliminaire, une part de marché supérieure à 40%.

25. Sur base du nombre de biens disponibles, l'offre d'Immoweb était, au moment de l'analyse préliminaire de l'Auditorat, deux fois plus importante que l'offre moyenne des portails concurrents.

26. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a également tenu compte du *sales conversion ratio* des biens offerts sur Immoweb, lequel est [...] supérieur à celui de portails concurrents, ainsi que du point de vue concordant exprimé par les agences immobilières, les portails immobiliers et les développeurs de logiciels à propos de l'importance d'Immoweb.

27. Immoweb conteste également l'existence d'une position dominante dans son chef.

c. Les pratiques soulevant des problèmes de concurrence

28. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a considéré que les clauses MFN contenues dans les contrats qu'Immoweb a conclu avec des développeurs de logiciels pour agences immobilières tombent dans le champ d'application des articles 101 (1) et 102 TFUE ainsi que IV.1 (1) et IV.2 du Code de droit économique (ci-après « CDE ») et qu'elles ne satisfont pas aux conditions des articles 101 (3) TFUE et IV.1 (3) CDE ni ne sont objectivement justifiées au regard des articles 102 TFUE et IV.2 CDE.

29. Il existe en Belgique un usage selon lequel un portail en ligne paie au développeur de logiciels un montant fixe par annonce immobilière que celui-ci transfère vers son portail. À cet égard, le marché belge est différent des marchés étrangers sur lesquels les développeurs de logiciels

n'obtiennent aucune indemnisation des portails en ligne mais sont exclusivement payés par les agences immobilières.

30. Un portail en ligne qui veut développer ses activités et souhaite offrir une vaste offre immobilière, doit donc conclure des contrats avec des développeurs de logiciels afin d'être inclus dans le *listing* des portails auquel le développeur en question permet à ses clients, à savoir les agences immobilières, d'accéder.

31. Dans la majorité des contrats qu'Immoweb conclut avec des développeurs de logiciels, il est prévu qu'Immoweb paie à ces développeurs de logiciels un montant forfaitaire par annonce immobilière transférée au moyen de leur logiciel vers le site Immoweb.be.

32. Immoweb inclut [...] des clauses MFN dans les contrats susmentionnés, formulées dans les termes suivants :

“Le fournisseur [lire: le développeur de logiciels] s'engage à offrir à Immoweb les mêmes conditions financières (y compris pour toutes les promotions, actions de gratuités,...) que celles accordées à d'autres partenaires, si celles-ci s'avèrent plus favorables.”

33. Cette clause a pour effet qu'un développeur de logiciels qui conclut un contrat avec un portail concurrent d'Immoweb est obligé d'offrir les mêmes conditions à Immoweb, si elles sont financièrement plus avantageuses pour le portail que les conditions offertes par Immoweb.

34. Étant donné l'importance d'Immoweb, un développeur de logiciels est en pratique obligé d'avoir un contrat avec Immoweb car aucune agence immobilière ne conclura un contrat avec un développeur de logiciels dont le site Immoweb ne figurerait pas dans le *listing* de son logiciel.

35. Dans son évaluation préliminaire, l'Auditorat a considéré que les clauses MFN susmentionnées restreignent la concurrence en augmentant artificiellement le coût d'entrée ou de maintien / développement sur le marché de portails en ligne concurrents d'Immoweb. En pratique, la clause MFN empêche un portail en ligne de négocier avec les développeurs de logiciels une rémunération inférieure à la rémunération offerte par Immoweb pour les annonces immobilières transférées sur leur site. En effet, dans ce cas les développeurs de logiciels passeraient à côté de certains revenus, puisque la grande majorité des agences immobilières souhaitent voir leurs biens annoncés principalement, ou à tout le moins également, sur Immoweb.

d. Effet sur le commerce entre États membres

36. Selon une jurisprudence constante, l'article 101 TFUE trouve à s'appliquer lorsque il est possible d'envisager avec un degré de probabilité suffisant, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, que l'accord et/ou pratique concertée puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échange entre États membres.²

² Cour de Justice, C 42/84 P, 11 juillet 1985, *Remia ea contre Commission*, point 22.

37. De même, la Cour de Justice a décidé que l'article 82 du Traité CE [102 TFUE] ne requiert pas que le comportement incriminé ait effectivement affecté le commerce entre États membres de manière sensible. Il suffit d'établir que ce comportement soit de nature à avoir un tel effet.³

38. Lorsqu'une entreprise, qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un État membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre États membres peut normalement être affecté.⁴

39. Pour ces raisons, l'auditorat a considéré, dans son évaluation préliminaire, que les clauses MFN susmentionnées ont pu affecter le commerce entre États membres au sens des articles 101 et 102 TFUE.

V. Les engagements offerts par Immoweb le 31 août 2016

a. Engagements offerts

40. Immoweb s'engage à mettre fin unilatéralement aux clauses MFN contenues dans ses contrats avec les développeurs de logiciels. À cette fin, Immoweb s'engage à envoyer une lettre de renonciation au bénéfice des clauses MFN à chacun des développeurs de logiciels concernés au plus tard 15 jours après que la décision de l'Auditorat lui ait été notifiée (ci-après « date d'entrée en vigueur »).

41. En outre, Immoweb s'engage, à compter de la date d'entrée en vigueur, à ne pas réintroduire de clause MFN dans tout contrat futur avec un développeur de logiciels, et ce pour une durée de 5 ans.

b. Proportionnalité des engagements

42. Les engagements proposés par Immoweb sont suffisants pour répondre aux préoccupations identifiées par l'Auditorat dans son évaluation préliminaire, sans aller au-delà de ce qui est nécessaire.

43. Concrètement, les engagements offerts sont suffisants dès lors qu'ils répondent pleinement aux préoccupations identifiées par l'Auditorat en ce qu'il est mis fin aux clauses « MFN » qui font l'objet de l'instruction. Ces engagements ne sont pas excessifs dès lors qu'il n'existe pas d'autre moyen de répondre aux préoccupations identifiées par l'Auditorat que de supprimer les clauses « MFN » en question.

³ Cour de Justice, C 322/81 *Michelin contre Commission*, point 104. Voir aussi affaires jointes C-241/91P et C-242/91P *RTE et ITP contre Commission*, points 69-70.

⁴ Lignes directrices de la Commission relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, JO [2004] C 101/81, point 93.

VI. Conclusion

44. Eu égard aux engagements offerts, l'Auditorat estime qu'il n'est plus opportun pour elle de poursuivre son instruction et décide par conséquent d'y mettre fin. Cette décision ne prend pas position sur la question de savoir si Immoweb a ou non enfreint le droit de la concurrence belge et/ou communautaire en insérant des clauses dites « MFN » dans ses contrats avec des développeurs de logiciels.
45. L'Auditorat conserve son entière liberté pour ouvrir une instruction en ce qui concerne des pratiques qui ne font pas l'objet de la présente décision, ainsi que pour ouvrir une nouvelle instruction au cas où Immoweb ne respecterait pas ses engagements, repris en Annexe.

VII. Décision

L'Auditorat adopte la décision suivante :

Article 1

Eu égard aux engagements offerts par Immoweb et repris en Annexe, l'Auditorat décide de mettre fin à l'instruction d'office dans l'affaire MEDE-I/O-15/002 – Immoweb.

Article 2

Cette décision est adressée à :

Immoweb SA
Avenue Général Dumonceau 56, boîte 14
1190 Bruxelles

Ainsi que sa société-mère

Axel Springer SE
Axel-Springer-Straße 65
10888 Berlin

Fait à BRUXELLES, le 7 novembre 2016,

Pour l'auditorat,

Véronique Thirion
Auditeur général

Carl Wettinck
Auditeur

Bert Stulens
Auditeur

ANNEXE

1. *Immoweb s'engage à mettre fin unilatéralement aux Clauses MFN contenues dans ses contrats avec les Fournisseurs de Logiciels.*

Par Fournisseur de Logiciels, il faut entendre toute entreprise développant et commercialisant auprès des agences immobilières un outil de transfert de fichiers qui leur permet de placer leurs annonces sur les sites internet immobiliers.

Par Clause MFN, il faut entendre toute clause par laquelle un Fournisseur de Logiciels s'oblige à offrir à Immoweb les mêmes conditions financières que celles accordées à tout autre site internet qui publie des petites annonces immobilières belges.

Afin de mettre en œuvre cet engagement, Immoweb s'engage à envoyer une lettre recommandée de renonciation au bénéfice des Clauses MFN à chacun des Fournisseurs de Logiciels concernés (la Lettre de Renonciation).

Immoweb s'engage à envoyer la Lettre de Renonciation au plus tard 15 jours après que la décision de l'Auditorat lui ait été notifiée (la Date d'Entrée en Vigueur).

A titre d'information, une copie de ces Lettres de Renonciation sera également transmise à l'Auditorat endéans les deux jours ouvrables suivant leur envoi.

2. *A compter de la Date d'Entrée en Vigueur, Immoweb s'engage à ne pas (ré)introduire de Clause MFN, dans tout contrat futur avec un Fournisseur de Logiciels, et ce pour une durée de 5 ans.*
3. *Les engagements visés aux points 1 et 2 prendront effet à la Date d'Entrée en Vigueur.*