

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

AUDITION SUR LES ACCORDS DE PARITÉ INTER-PLATEFORMES

-- Morten Hviid --

27-28 octobre 2015

Ce document de Morten Hviid [Université d'East Anglia, Royaume-Uni] a été soumis comme document de référence au titre du point 7 de la 124^e réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE tenue les 27-28 octobre 2015.

Les opinions exprimées et les arguments employés ne reflètent pas nécessairement les vues officielles de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur :
<http://www.oecd.org/daf/competition/competition-cross-platform-parity.htm>*

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter Mme Cristiana Vitale [téléphone : +33 1 45 24 85 30 – courriel : cristiana.vitale@oecd.org].

JT03418670

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

Ce document, ainsi que les données et cartes qu'il peut comprendre, sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.



**ACCORDS VERTICAUX ENTRE FOURNISSEURS ET DISTRIBUTEURS CRÉANT UNE
RELATION ENTRE LES PRIX PRATIQUÉS POUR DES PRODUITS CONCURRENTS OU PAR
DES DISTRIBUTEURS CONCURRENTS**

*Morten Hviid*¹

Résumé

Le présent rapport présente une synthèse de la théorie économique et de la jurisprudence relative à de récentes affaires portant sur des accords verticaux qui créent des liens horizontaux entre les prix. Nous commençons par définir, à partir d'un examen de la jurisprudence existante, deux catégories de restrictions verticales avec effets horizontaux et montrons qu'elles peuvent être analysées selon la même logique. Nous montrons que le lien horizontal, quoique communément dénommé « clause de la nation la plus favorisée », s'apparente en réalité davantage à une garantie d'alignement des prix. Partant de ce principe, nous analysons les principaux enseignements qui peuvent être tirés des travaux bien établis consacrés aux garanties de prix et démontrons que les autorités de la concurrence ont eu de bonnes raisons de soumettre les récentes affaires relatives aux plateformes en ligne à un examen. Nous résumons ensuite les principales leçons à tirer d'études économiques très récentes dont les auteurs ont spécifiquement examiné, à partir de la jurisprudence, les accords verticaux qui créent des liens horizontaux entre les prix. En conclusion, nous formulons des recommandations à partir des connaissances existantes et signalons les domaines dans lesquels d'autres travaux de recherche sont nécessaires.

¹ Le présent document a été établi pour le Secrétariat de l'OCDE par Morten Hviid, Centre for Competition Policy, Université d'East Anglia, Norwich NR4 7TJ, Royaume-Uni (courriel : m.hviid@uea.ac.uk). L'auteur tient à remercier pour leurs suggestions et commentaires précieux David Deller, Catherine Waddams, les participants au séminaire du Centre for Competition Policy, et, en particulier, Cristiana Vitale. Les vues exprimées dans ce rapport n'engagent que l'auteur.

TABLE DES MATIÈRES

Résumé.....	2
1. Introduction	4
2. Affaires de concurrence récentes dans lesquelles des accords verticaux comportant une dimension horizontale étaient en cause	5
2.1 Le producteur impose une restriction au distributeur	6
2.2 Le distributeur impose une restriction au producteur	10
2.3 Terminologie	22
2.4 Relation entre les deux types d'accords.....	24
3. Les garanties de prix bas.....	25
3.1 Les garanties de prix bas peuvent réduire l'incitation des concurrents à baisser leurs prix	27
3.2 Les garanties de prix peuvent dissuader les entreprises de déroger à un pacte collusoire à travers la menace de représailles	29
3.3 Les garanties de prix bas peuvent renforcer la capacité des entreprises à gêner l'entrée sur le marché ou à éviter la « prédation indirecte » mise en œuvre à travers la pratique du produit d'appel ..	30
3.4 Les garanties de prix bas peuvent exercer une influence sur le comportement de recherche du consommateur	31
3.5 Les garanties de prix bas peuvent permettre une discrimination par les prix.....	32
3.6 Résumé des enseignements tirés des études consacrées aux garanties de prix.....	33
3.7 Effets potentiels des garanties de prix en termes d'efficience.....	33
4. Effets économiques de l'association d'effets verticaux et horizontaux.....	35
4.1 L'effet du modèle d'agence comparativement au modèle de distribution de gros – à quel niveau de la chaîne verticale le prix est-il fixé ?	37
4.2 L'effet direct d'un APPA	40
5. Conclusion.....	48
BIBLIOGRAPHIE	50

Figures

Graphique 1. L'accord entre les tours opérateurs et les agences de voyage.....	7
Graphique 2. Schéma simple de l'accord sur les livres numériques	11
Graphique 3. Clause de parité restreinte.....	14
Graphique 4. Accords restrictifs étendus.....	14
Graphique 5. Les prix sont fixés par les plateformes	24
Graphique 6. Les prix sont fixés par les producteurs	24

1. Introduction

1. En 2010, Apple et cinq grands éditeurs de livres ont conclu un accord par lequel les éditeurs s'engageaient à ne pas vendre leurs livres numériques par l'intermédiaire d'Amazon.com à un prix inférieur à celui auquel les mêmes livres étaient vendus par la plateforme iBookstore d'Apple. Quoique conclu entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de production verticale, cet accord a eu pour effet de lier le prix de produits différenciés horizontalement, en l'occurrence un livre numérique vendu par l'intermédiaire d'Amazon.com, et le même livre numérique vendu par l'intermédiaire de la plateforme iBookstore. Il a donné lieu à l'ouverture d'une enquête par la Commission européenne et par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis (voir la section 2.2.1).

2. Plusieurs enquêtes récemment ouvertes dans différentes juridictions, dont l'Union européenne (UE), certains États membres de l'UE, les États-Unis et le Canada, ont mis en lumière les problèmes posés en termes de concurrence par ces accords verticaux qui ont des effets horizontaux. Les affaires en question concernent notamment les cartes de crédit, les livres numériques, les sites de réservation hôtelière en ligne, les sites de comparaison des tarifs d'assurance automobile et les places de marché en ligne². Il ressort d'un récent rapport³ du Réseau international de la concurrence (RIC), que même si les autorités chargées de la concurrence qui ont répondu à l'enquête menée pour les besoins du rapport sont peu nombreuses à avoir cité ce type d'accords verticaux comme une priorité, environ 80 % des autorités ont signalé, soit qu'ils constituaient une préoccupation soit qu'ils étaient de plus en plus fréquents. Dans le présent article, nous exposons la pensée économique actuelle sur les effets que peuvent avoir ces accords et fournissons un aperçu des mesures récemment prises pour faire respecter les règles dans ce domaine.

3. Ces accords ne sont pas sans rappeler les garanties de prix bas, qui sont un mécanisme répandu, consistant, par exemple pour un distributeur d'électroménager, à promettre au consommateur que le prix auquel il vend un modèle spécifique de réfrigérateur est inférieur à celui pratiqué au même moment par les distributeurs de la région. Les garanties de ce type établissent un lien entre les prix auxquels des distributeurs différents vendent le même produit. De nombreuses études économiques et juridiques, recensées dans LEAR (2012), Hviid (2010) et Winter (2008), leur ont été consacrées. Ces travaux mettent en lumière les cas dans lesquels ces garanties ont des effets anticoncurrentiels et ceux dans lesquels leurs effets sont ambigus voire pro concurrentiels. Ils donnent également des indications sur la méthode à employer pour faire la part entre ces différents effets. Pour autant, il serait faux de déduire de l'existence de ces études que l'affaire Apple n'a rien de nouveau.

4. En premier lieu, l'affaire Apple et d'autres affaires récentes ajoutent une dimension verticale à la garantie de prix bas. Si, comme c'est possible, la dimension horizontale réduit la concurrence, comment ce phénomène interagira-t-il avec la fixation verticale des prix ou des commissions ? Les effets anticoncurrentiels pourront en être accrus ou atténués. En deuxième lieu, dans l'affaire Apple, les consommateurs n'ont pas à jouer un rôle actif, quand bien même ils sont les destinataires des prix finals. De fait, ils peuvent fort bien ne jamais réaliser que le fait que le prix d'un produit soit le même dans plusieurs points de vente a une autre cause que le jeu de la concurrence. En revanche, le rôle du consommateur peut avoir une importance s'agissant des effets de la garantie horizontale.

² Edelman et Wright (2015) relèvent que des accords verticaux de ce type ont été conclus dans plusieurs autres secteurs, dont celui des services de réservation de restaurant.

³ RIC, Online Vertical Restraints Special Project Report, 2015, rapport établi par l'Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), <http://www.icn2015.com.au/download/ICN2015-special-project-online-vertical-restraints.pdf>.

5. L'analyse de ces accords est d'autant plus complexe que le rôle joué par les entreprises concernées dans la chaîne verticale peut avoir une incidence et que ce rôle varie d'une affaire à l'autre. L'accord entre Apple et les éditeurs en apporte l'illustration. Cet accord doit être analysé dans le contexte du passage du modèle de distribution de gros au modèle d'agence. Dans le modèle de distribution de gros, Apple est le distributeur, situé en aval sur la chaîne ; il fixe les prix de détail et paie le prix de gros à l'éditeur. Dans le modèle d'agence, c'est l'éditeur qui fixe le prix de détail ; il vend ses produits par l'intermédiaire d'Apple, qui se comporte comme un intermédiaire passif fournissant des services de commerce de détail. Ce rôle passif peut être interprété comme la conséquence d'un système de prix de vente (minimum) imposé (ou RPM pour *Resale Price Maintenance*), dans le cadre duquel le prix de vente à fixer est imposé à Apple, qui reste une entreprise située en aval sur la chaîne ; il est également possible de considérer qu'Apple fournit un service pour le compte de l'éditeur (il contribue à l'activité de vente), si bien que celui-ci devient l'entreprise située en aval qui fixe le prix de détail. En d'autres termes, les entreprises sont liées par une relation verticale, mais il reste à déterminer dans quel ordre. Cet ordre a de l'importance tant pour la modélisation que d'un point de vue juridique parce qu'il détermine si l'on est ou non en présence d'une restriction verticale classique, en l'occurrence un prix de revente imposé. De plus, le passage au modèle d'agence pouvant, en lui-même, avoir des effets anticoncurrentiels, il est nécessaire de distinguer ces effets de ceux qui résultent le cas échéant de l'accord vertical, ce qui représente une difficulté supplémentaire.

6. À cela s'ajoute que la terminologie n'est pas fixée, ce qui engendre une incertitude au niveau de l'interprétation des différentes affaires. Dans la section 2, nous présentons un résumé des principales affaires récentes dans lesquelles des accords verticaux ayant des effets horizontaux étaient en cause et clarifions sur cette base la terminologie utilisée dans le présent rapport ; nous proposons également un cadre théorique qui permet de comprendre la nature et les effets de ces accords. Dans la section 3, nous fournissons un aperçu des effets strictement horizontaux. Dans la section 4, nous ajoutons la dimension verticale et recensons les études théoriques récentes. Enfin, dans la section 5, qui fait office de conclusion, nous regroupons les enseignements tirés de la théorie économique et ceux issus de la jurisprudence et mettons en lumière les domaines dans lesquels des travaux de recherche supplémentaires sont nécessaires.

2. Affaires de concurrence récentes dans lesquelles des accords verticaux comportant une dimension horizontale étaient en cause

7. Si les accords verticaux peuvent contenir des restrictions qui limitent la liberté dont dispose l'entreprise située en aval lorsqu'elle vend le produit de celle qui se trouve en amont, certains de ces accords peuvent également restreindre sa liberté lorsqu'elle vend le produit d'une entreprise concurrente de celle qui se trouve en amont. Ce deuxième type de restriction a été à l'origine de plusieurs affaires récentes, que nous présenterons dans cette partie pour décrire les problèmes qu'elles soulèvent sur le plan de la concurrence.

8. Toutes les affaires présentées ci-après impliquent un producteur et un distributeur spécialisé – nous avons choisi de citer des entreprises qui, en tant que producteurs, passent par l'intermédiaire d'un distributeur, par obligation ou par choix, pour toucher les consommateurs. Ce producteur peut être un éditeur, un tour opérateur, une chaîne hôtelière ou une compagnie d'assurances. Il est utile de répartir les affaires présentées en deux catégories, qui seront examinées successivement. La première regroupe les situations dans lesquelles le producteur demande au distributeur de ne pas mieux promouvoir une marque concurrente que la sienne, par exemple en fixant des prix finals plus faibles, en offrant des remises plus intéressantes ou en recourant à d'autres mécanismes destinés à influencer le choix entre produits concurrents. La deuxième catégorie regroupe des affaires dans lesquelles le distributeur interdit au producteur de vendre ses biens à un prix plus bas ou à des conditions plus intéressantes par l'intermédiaire d'un autre distributeur.

2.1 *Le producteur impose une restriction au distributeur*

9. Cette section porte sur la catégorie d'affaires dans lesquelles le producteur demande au distributeur de ne pas mieux promouvoir une marque concurrente que la sienne, par exemple en fixant des prix finals plus faibles, en offrant des remises plus intéressantes ou en recourant à d'autres mécanismes destinés à influencer le choix entre produits concurrents. Les affaires ci-après peuvent être rangées dans cette catégorie :

- l'affaire des tours opérateurs, au Royaume-Uni ;
- l'affaire des fabricants de tabac, au Royaume-Uni ; et
- l'affaire American Express, aux États-Unis.

10. Ces trois affaires sont présentées dans les paragraphes qui suivent.

2.1.1 *L'affaire des tours opérateurs au Royaume-Uni*⁴

11. L'un des premiers exemples de ce type de restrictions est décrit dans un rapport de 1997 dans lequel la Mergers and Monopolies Commission (MMC) du Royaume-Uni (devenue la Competition and Markets Authority, CMA) analyse une restriction verticale utilisée par deux tours opérateurs occupant une position dominante au Royaume-Uni. Dans ce rapport, la MMC se dit :

*« (...) préoccupée (...) par des dispositions figurant dans les accords conclus entre les tours opérateurs et les agences de voyage, en vertu desquelles ces agences sont tenues de promouvoir les séjours proposés par un tour opérateur selon des modalités qui ne soient pas moins favorables que les moyens qu'elles utilisent pour promouvoir les séjours proposés par des tours opérateurs concurrents »*⁵.

12. L'un des éléments de l'accord avait trait aux remises offertes sur le prix catalogue d'un séjour. D'après le rapport :

*« Selon l'interprétation qu'ils en ont faite, les agents de voyage ont considéré qu'à travers cette disposition, ils s'engageaient à ne pas accorder, sur le prix des séjours proposés par d'autres tours opérateurs, une remise plus élevée que celle consentie sur les séjours de Thomson (l'un des tours opérateurs impliqués) durant les quelque trois mois correspondant à la principale période de vente »*⁶.

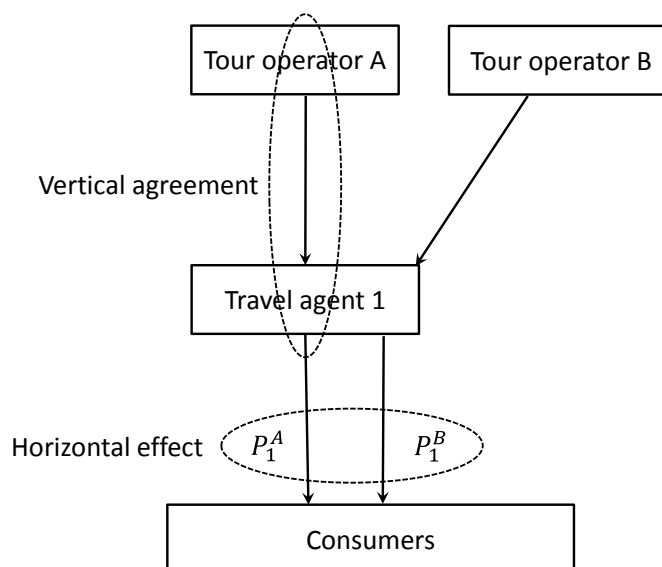
13. À noter qu'en l'espèce, même si la restriction verticale n'établit pas de lien direct entre les prix payés par les consommateurs, elle n'en crée pas moins un lien horizontal entre les remises offertes sur des produits similaires proposés à un même client par des tours opérateurs différents. Cette situation est illustrée par le graphique 1 ci-après :

⁴ MMC Report: « Foreign package holidays: A report on the supply in the UK of tour operators' services and travel agents' services in relation to foreign package holidays », Cm 3813 (19 décembre 1997).

⁵ MMC Report Cm 3813, paragraphe 2.98.

⁶ MMC Report Cm 3813, paragraphe 2.101.

Graphique 1. L'accord entre les tours opérateurs et les agences de voyage



Légende : Tour opérateur A Tour opérateur B, Accord vertical, Agence de voyage 1, Effet horizontal, Consommateurs.

14. La MMC a estimé que ce lien était préjudiciable aux consommateurs parce qu'il réduisait la motivation que les agents de voyage pouvaient avoir à accorder des remises sur les voyages qui se vendaient mal. Les restrictions furent donc déclarées illégales. Cette décision fut confirmée dans le cadre du recours en première instance⁷ mais infirmée en deuxième instance⁸, la cour d'appel ayant estimé que le point de savoir si l'alignement des remises était ou non financé par le tour opérateur devait entrer en ligne de compte.

15. La cour d'appel souligne, au paragraphe 342 de son arrêt, que l'argument du préjudice causé aux consommateurs défendu par la MMC « n'apparaît pas aussi évident qu'il le pourrait ». Par la suite, Akman et Hviid (2006) ont effectué une analyse formelle de l'effet de la restriction sur les consommateurs et montré qu'elle leur était effectivement préjudiciable parce qu'elle limitait la concurrence reposant sur les remises. Ces remises jouent un rôle important parce que les listes de prix sont établies longtemps avant le début d'un voyage, à une date à laquelle il est encore difficile de prévoir ce que sera la demande totale. Les prix pouvant être ajustés plus facilement à la baisse qu'à la hausse, ceux qui figurent sur ces listes correspondent, selon toute vraisemblance, au prix maximum que le tour opérateur pense pouvoir exiger. La concurrence entre différents voyages repose donc essentiellement sur les remises offertes plus tard, lorsque la date de départ approche et que le niveau de la demande devient plus clair. Dès lors, toute restriction de cette concurrence est préjudiciable aux consommateurs.

2.1.2 L'affaire des fabricants de tabac au Royaume-Uni⁹

16. Le même type de restriction verticale a été invoqué¹⁰ dans la décision rendue en 2010 par l'Office of Fair Trading (OFT), devenu la CMA, dans une affaire impliquant des fabricants de tabac. Cette décision

⁷ R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Thomson Holidays Ltd (1999) Queen's Bench Division (Crown Office List) CO/4178/98.

⁸ R v Secretary of State for Trade and Industry, ex p. Thomson Holidays (2000) ECC 321.

⁹ Office of Fair Trading (2010), « Case CE/2596-03: Tobacco ».

¹⁰ À noter qu'aucun lien n'a été fait entre cette affaire et celle qui impliquait les tours opérateurs, décrite dans la partie 2.1.1.

a, depuis lors, été infirmée par le Competition Appeals Tribunal (CAT)¹¹, mais il faut souligner que celui-ci a fondé sa décision, non pas sur une évaluation de la théorie économique du préjudice allégué, mais sur un examen des faits de l'espèce.

17. Dans cette affaire, les fabricants de tabac voulaient établir une relation particulière entre le prix de vente au détail de certaines marques concurrentes. À cette fin, un fabricant passait avec les débiteurs de tabac un accord sur le prix de vente au détail de ses produits par rapport au prix de vente de produits concurrents.

« La parité tarifaire et les différentiels de prix imposés par le fabricant pouvaient revêtir différentes formes : (i) une parité (par exemple, le fabricant en cause imposait que sa marque X soit vendue au même prix que la marque Y d'un fabricant concurrent) ; (ii) un différentiel de prix fixe (par exemple, le fabricant en cause imposait que sa marque X soit vendue à un prix inférieur de x pence à celui de la marque Y d'un fabricant concurrent) ; et (iii) un différentiel de prix maximal (par exemple, le fabricant en cause imposait que sa marque X ne soit pas vendue à un prix supérieur à celui de la marque Y d'un fabricant concurrent ou soit vendue à un prix inférieur d'au moins x pence à celui de la marque Y d'un fabricant concurrent). Pour faire respecter ces obligations, le fabricant communiquait notamment régulièrement des niveaux de prix au débiteur de tabac »¹².

18. Toutefois, la forme réelle et l'interprétation des nombreux accords bilatéraux passés entre un fabricant et un débiteur furent contestées dans le cadre de l'examen du recours introduit devant le CAT. Nous nous intéressons ici à la théorie du préjudice, telle que définie par l'OFT.

19. S'agissant des restrictions décrites plus haut, la théorie du préjudice est relativement simple. L'accord fait naître une série de liens positifs entre les prix de produits concurrents, liens dont toutes les entreprises présentes dans le secteur devraient en principe avoir connaissance.

20. Ce type d'accord, qui établit un lien entre les prix de produits concurrents, a pour effet direct de limiter la concurrence entre les entreprises présentes sur le marché. Cet effet repose sur une logique simple : en l'absence de pareil accord, si une entreprise abaisse son prix (ou offre une remise), elle peut espérer conquérir de nouveaux clients au détriment de ses concurrents. Le nombre de ces nouveaux clients dépend de divers facteurs, notamment : i) de l'élasticité de substitution, qui conditionne la propension des consommateurs à changer de marque aux prix courants ; et ii) du temps qui s'écoule avant que les entreprises concurrentes ne réagissent en ajustant leurs prix. La baisse de prix rapporte d'autant moins que les entreprises concurrentes réagissent vite et agressivement en abaissant leurs propres prix. Or, un accord qui établit un lien prédéfini entre les prix entraîne une réaction plus rapide à une baisse de prix et détermine de surcroît la nature de cette réaction. Dès lors, outre le fait que les gains éventuellement retirés de la baisse de prix sont annulés, il est peu probable qu'une entreprise visée par un tel accord soit incitée à baisser ses prix, ce qui est uniquement la conséquence de l'effet direct de l'accord sur la concurrence horizontale.

21. De plus, les liens verticaux ont un autre effet. Si l'on prend le cas d'un fabricant qui augmente son prix de gros, en l'absence de restriction influençant la relation entre les prix de produits concurrents, le distributeur augmente en principe le prix auquel il revend les produits du fabricant. Il s'ensuit une diminution des ventes, liée aux effets de substitution. En présence d'une restriction, conformément à l'accord, les prix des produits concurrents augmentent également, si bien que la baisse des ventes est très

¹¹ Competition Appeal Tribunal (CAT), CAT 41 (12 décembre 2011).

¹² Office of Fair Trading (2010), « Case CE/2596-03: Tobacco », paragraphe 1.7.

limitée. En conséquence, en présence de la restriction, les fabricants ont intérêt à augmenter leur prix de gros.

2.1.3 *L'affaire American Express, aux États-Unis*¹³

22. La clause de non-discrimination contenue dans les règles appliquées par American Express (AmEx) aux États-Unis, qui interdit à un commerçant acceptant la carte AmEx d'orienter les consommateurs vers des cartes dont le traitement est moins onéreux pour lui en leur offrant des remises ou à travers d'autres moyens, a, dans une large mesure, les mêmes effets que les accords présentés dans les deux sous-parties précédentes. La société de carte de crédit se trouve dans une situation analogue à celle du tour opérateur de la partie 2.1.1, à savoir qu'elle veut empêcher que sa marque ne soit dans une position moins favorable que les marques concurrentes. Cette clause de non-discrimination a récemment été contestée avec succès par le ministère fédéral de la Justice des États-Unis¹⁴. Il est à l'évidence tentant pour un commerçant d'orienter le client lorsqu'une marque de carte de crédit facture une commission plus élevée que les autres. Cette pratique peut donc constituer une restriction concurrentielle de la capacité des sociétés de carte de crédit à fixer des commissions élevées, commissions qui sont totalement ou partiellement répercutées sur les clients à travers des prix plus élevés. L'objectif que poursuivent les sociétés de carte de crédit lorsqu'elles cherchent à empêcher cette pratique est évident, tout comme l'est le risque qu'elles font peser sur la concurrence sous la forme de prix plus élevés et de restriction à l'entrée.

23. Dans cette affaire, deux moyens ont été invoqués. Le premier est lié au modèle économique d'AmEx, qui réserve une place importante à la notion « d'acceptation bienvenue », et le deuxième au problème du parasitisme. L'argument de « l'acceptation bienvenue » est en réalité lié aux effets de réseau, qui jouent indiscutablement un rôle important dans un secteur où la volonté de détenir une carte est étroitement liée à l'acceptation de cette carte par la quasi-totalité des commerçants. En d'autres termes, l'orientation des clients par un commerçant a des retombées sur la probabilité que les clients utilisent la carte chez d'autres commerçants et, par conséquent, sur la motivation à acheter la carte.

24. S'agissant du deuxième argument, AmEx a mis en avant plusieurs possibilités de parasitisme, par exemple le fait qu'un commerçant pouvait exploiter la marque et le réseau AmEx pour attirer des clients dans son point de vente¹⁵. Le tribunal n'a fait droit qu'à certains de ces arguments avancés pour démontrer le risque de parasitisme et lorsqu'il l'a fait, il a estimé qu'AmEx avait à sa disposition d'autres moyens, tout aussi efficaces et nettement moins restrictifs de concurrence, de prévenir ce phénomène.

25. Le tribunal a estimé que la clause de non-discrimination constituait une restriction illicite au commerce en vertu de la section 1 de la loi Sherman.

¹³ Kuhn et Wegmann (2014) examinent un autre procédé intéressant, utilisé dans le domaine des cartes de paiement et connu sous le nom de « supplément de parité » (*parity surcharging*). Ce procédé empêche les commerçants d'appliquer un prix plus élevé aux clients qui utilisent la solution de paiement proposée par le prestataire de services de paiement qu'à ceux qui utilisent un autre moyen de paiement (ou d'accorder des remises plus élevées aux clients qui utilisent un moyen de paiement proposé par un concurrent du prestataire de services de paiement). La similitude avec l'affaire des tours opérateurs est manifeste.

¹⁴ United States of America, *et al.* v. American Express Company and American Express Travel Related Services Company, Inc., jugement 10-CV-4496 (NGG) (RER), tribunal de première instance du district est de New York, 19 février 2015. L'affaire est actuellement examinée en appel par la cour d'appel du deuxième circuit.

¹⁵ Pour de plus amples informations, voir United States of America *et al.* v. American Express Company and American Express Travel Related Services Company, Inc., jugement 10-CV-4496 (NGG) (RER), tribunal de première instance du district est de New York, 19 février 2015, pp 143-149.

2.1.4 *Résumé de l'éclairage apporté par ces affaires*

26. Dans chacun des trois exemples qui viennent d'être présentés, le distributeur est contraint de traiter différents producteurs de la même manière. Alors que deux des affaires concernent des situations dans lesquelles il doit réserver le même traitement à tous les produits, l'affaire impliquant les fabricants de tabac est un exemple dans lequel les accords peuvent autoriser certaines différences, définies à l'avance. Il s'agit là d'un aspect à l'évidence important lorsque que les produits entre lesquels un lien est établi sont différenciés de telle manière que leur prix devrait en principe différer.

27. Lorsque les accords portent sur les prix, les restrictions établissent un lien entre des produits vendus par des producteurs concurrents chez un distributeur donné, ce qui, comme expliqué dans l'affaire impliquant les fabricants de tabac, a deux effets directs qui n'existent pas en l'absence de pareils accords :

- Le distributeur ne peut pas mettre les produits qu'il vend en concurrence (ou, dans le cas de l'affaire AmEx, les cartes qu'il accepte), si bien qu'il n'existe pas de concurrence sur les prix entre producteurs.
- Le producteur n'a aucune incitation à conduire le distributeur à baisser les prix auxquels il revend ses produits, par exemple en lui apportant un soutien pour lui permettre d'accorder des remises. *A contrario*, il a intérêt à relever ses prix de gros du fait que la hausse des prix de détail qui en résulte se diffuse à l'ensemble des produits concurrents visés par l'accord.

2.2 *Le distributeur impose une restriction au producteur*

28. Cette section est consacrée à des affaires dans lesquelles la restriction fonctionne dans le sens inverse, à savoir que c'est le distributeur qui interdit au producteur de vendre ses biens à un prix plus bas ou à des conditions plus intéressantes par l'intermédiaire d'un autre distributeur. Appartiennent à cette catégorie :

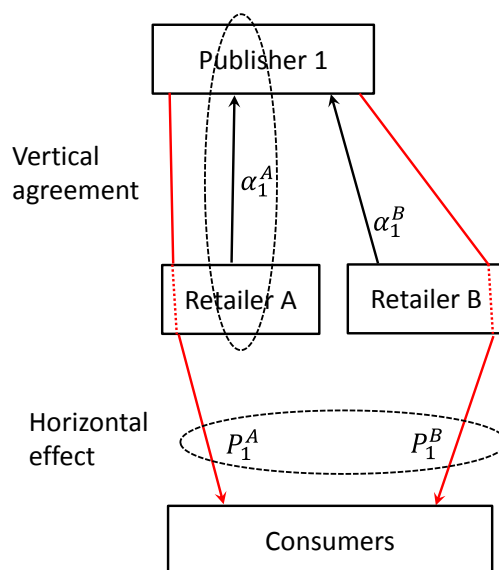
- les affaires relatives aux livres numériques ;
- les affaires relatives aux sites de réservation hôtelière en ligne (ou agences de voyage en ligne) ;
- l'affaire relative à la place de marché d'Amazon ; et
- l'affaire relative à l'assurance automobile au Royaume-Uni.

2.2.1 *Les affaires relatives aux livres numériques*

29. En 2010, cinq des six plus grands éditeurs de livres ont changé de modèle économique, passant du modèle de distribution de gros, dans lequel les éditeurs fixent le prix de gros tandis que les distributeurs de livres numériques décident du prix de détail auquel ils vont les vendre, au modèle d'agence, dans lequel le prix est fixé par les éditeurs, les distributeurs n'étant que des agents qui reçoivent des éditeurs une commission ou une fraction des recettes. Ce changement s'est accompagné de la conclusion d'un accord qui exigeait que l'éditeur fixe le même prix de détail, que ses livres soient vendus par l'intermédiaire de l'iBookstore d'Apple, d'Amazon (principal distributeur de livres numériques) ou de n'importe quel autre distributeur de livres numériques.

30. L'accord est représenté sur le graphique 2 ci-après sous la forme d'un schéma simple, dans lequel l'éditeur 1 vend son livre par l'intermédiaire des distributeurs A et B et exige que l'un et l'autre pratiquent le même prix de détail ($P_1^A = P_1^B$). Il leur verse une fraction des recettes de la vente α_1^A en contrepartie de leurs services de revente.

Graphique 2. Schéma simple de l'accord sur les livres numériques



Légende : Éditeur 1, Accord vertical, Distributeur A, Distributeur B, Effet horizontal, Consommateurs

31. Le passage au modèle d'agence et l'accord de relation de prix ont été contestés par les autorités de la concurrence et par des plaignants privés dans plusieurs juridictions, dont l'UE et les États-Unis.

32. La Commission européenne a ouvert une enquête en décembre 2011 et a rendu sa décision le 13 décembre 2012. Dans cette décision, les parties ont accepté de mettre fin au contrat d'agence et de ne pas conclure ni appliquer d'accord sur les prix au cours des cinq années à venir.

33. Le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a ouvert une procédure le 16 octobre 2012 et a, avec 33 États fédérés ou territoires, saisi le tribunal du district sud de l'État de New York¹⁶. Les éditeurs ont transigé et signé un jugement convenu qui leur interdit, pendant au moins deux ans, de restreindre la capacité des distributeurs de livres numériques à fixer les prix. Apple a choisi de poursuivre la procédure judiciaire. Le tribunal¹⁷ a estimé que l'entreprise s'était rendue coupable de violation de la section 1 de la loi Sherman et a rendu une décision d'injonction qui lui interdit, entre autres, de conclure avec des éditeurs des accords restreignant la capacité de ces derniers à fixer, modifier ou réduire le prix des livres numériques. Ce faisant, le tribunal a rendu une décision conforme aux solutions précédemment retenues aux États-Unis et dans l'UE. Apple a interjeté appel de cette décision, et le 30 juin 2015, la cour d'appel du deuxième circuit a confirmé la décision rendue en première instance¹⁸. Apple introduit actuellement un recours auprès de la Cour suprême des États-Unis.

34. L'arrêt de la cour d'appel apporte un éclairage intéressant¹⁹ parce qu'il met en lumière un désaccord entre Amazon et les éditeurs, qui existait avant même qu'Apple n'envisage d'entrer sur le

¹⁶ Officiellement, la procédure a été ouverte pour entente sur les prix par l'intermédiaire d'accords contractuels.

¹⁷ United States v. Apple Inc., 952 F. Supp. 2d 638, 15 647 (S.D.N.Y. 2013).

¹⁸ United States v. Apple, Inc. 13-3741-cv (L), arrêt rendu le 30 juin 2015 par la cour d'appel du deuxième circuit.

¹⁹ United States v. Apple, Inc. 13-3741-cv (L), arrêt rendu le 30 juin 2015 par la cour d'appel du deuxième circuit, pp. 13-14.

marché et avant l'adoption du modèle d'agence. Amazon était motivée par une externalité, à savoir la vente de sa liseuse numérique Kindle (lancée en 2007) et le verrouillage des consommateurs vis-à-vis de cette liseuse²⁰. La création d'une base de clientèle installée à travers la vente de liseuses de livres numériques était un enjeu important pour Amazon comme pour Apple.

« Le modèle économique d'Amazon et Apple repose sur le verrouillage de consommateurs, dans le cadre d'un format propriétaire. Pour Amazon, les livres et les livres numériques sont une composante d'une activité de commerce en ligne plus vaste. À l'origine, les fichiers pour Kindle ne pouvaient être lus que sur la liseuse Kindle. S'agissant d'Apple, les livres numériques constituent une application supplémentaire au sein de son modèle économique. Apple a limité l'utilisation de ses fichiers iBook à l'iPad (et à l'iPhone). Même lorsqu'il est possible de télécharger un fichier sur un autre appareil, les utilisateurs restent dans l'écosystème de logiciels et services Amazon/Apple »²¹.

35. Quant aux éditeurs, ils étaient préoccupés par une autre externalité, en l'occurrence les retombées du prix des livres numériques sur les ventes de livres imprimés, en particulier sur le prix auquel ils seraient en mesure de vendre ceux-ci. Ils craignaient aussi, au cas où les lecteurs deviendraient à l'avenir captifs de la liseuse Kindle, de voir le pouvoir de négociation basculer en faveur d'Amazon. On comprend donc mieux pourquoi, avant même qu'Apple n'envisage d'entrer sur le marché, les éditeurs étaient préoccupés par le faible niveau des prix de détail pratiqués dans le cadre du modèle de distribution de gros. En d'autres circonstances, cette inquiétude pourrait sembler paradoxale étant donné qu'en principe, dans le modèle de distribution de gros, le grossiste se réjouit de voir le détaillant fixer le prix de vente au détail à un niveau très bas, puisqu'un prix bas se traduit par une hausse des ventes et, par conséquent, du chiffre d'affaires du grossiste.

36. L'un des problèmes soulevés par cette affaire avait trait à l'effet économique du transfert de la prise de décision tarifaire des distributeurs en ligne – souvent désignés par le terme « plateformes de vente au détail » – vers les éditeurs. En toute logique, c'est en principe lorsque le prix final est fixé par le niveau où règne la concurrence la plus faible que le prix de détail est le plus élevé, ce que confirme la théorie (voir la section 4.1 ci-après). Par conséquent, la structure des marchés d'amont et d'aval a constitué un aspect important de l'analyse économique. Avant l'arrivée d'Apple, il existait deux plateformes de vente importantes, en l'occurrence Amazon et Barnes & Noble, dont chacune possédait sa propre liseuse. Amazon était, de très loin, la plus importante des deux. Ainsi, même après l'entrée réussie d'Apple, le niveau constitué par les plateformes de vente s'apparentait encore à un quasi-duopole. Parallèlement, six grands éditeurs se partageaient le marché, dont cinq conclurent un accord avec Apple. On pourrait en déduire que c'est au niveau des éditeurs que la concurrence était la plus faible. Or, le contenu de l'arrêt rendu par la juridiction d'appel aux États-Unis²² laisse penser qu'il pourrait en aller autrement. Selon cet arrêt, les éditeurs avaient l'habitude de se rencontrer pour évoquer l'actualité de l'édition. Ils n'avaient aucun scrupule à le faire puisqu'ils ne fixaient pas les prix, étant plutôt en concurrence pour attirer des agents et des auteurs. Le statut de ces réunions a, à l'évidence, changé après le passage au modèle d'agence, même s'il n'est pas certain que les éditeurs en aient eu conscience. Ces relations passées,

²⁰ Du fait du lancement de l'iPad (en janvier 2010), Apple avait elle aussi intérêt à utiliser la structure tarifaire pour inciter les consommateurs à choisir sa tablette. L'iPad offrant de nombreuses fonctionnalités en plus de la fonction de liseuse, Apple disposait d'un éventail plus large de produits au sein duquel choisir un produit d'appel et ne considérait apparemment pas que le livre numérique était le meilleur produit pour remplir ce rôle.

²¹ Benhamou (2015, p. 126).

²² United States v. Apple, Inc. 13-3741-cv (L), rendu le 30 juin 2015 par la cour d'appel du deuxième circuit, pp. 15-16.

couplées à la clause fixant des fourchettes de prix qui devaient servir de référence, ont fait de l'existence d'une collusion tacite une probabilité plus que théorique. Il est donc permis de s'interroger sur le point de savoir si les deux niveaux à comparer ne sont pas un niveau composé d'au moins cinq des six principaux éditeurs liés par une collusion tacite²³ et le niveau comprenant deux plateformes en concurrence, plutôt qu'un premier niveau regroupant les six principaux éditeurs et un deuxième composé de deux plateformes. Si cette interprétation est plus proche de la réalité, le passage au modèle d'agence a peut-être eu pour effet de transférer la fixation des prix au niveau le moins concurrentiel et, partant, d'entraîner une hausse des prix de détail.

37. Une autre des caractéristiques de cette affaire tient au fait que le passage du modèle de distribution de gros au modèle d'agence s'est accompagné d'une modification du mode de rémunération du producteur, le prix (de gros) unitaire ayant été remplacé par un pourcentage des recettes. Cet aspect peut exercer une influence sur le prix final acquitté par le consommateur et doit être pris en compte dans l'évaluation des effets négatifs du changement, quel qu'il soit.

38. Dans cette affaire, la restriction horizontale visant la fixation des prix a établi un lien entre le prix d'un produit et celui du même produit vendu par une autre plateforme de vente, ce qui correspond à une situation analogue à celle dans laquelle un distributeur promet d'aligner le prix auquel il vend un réfrigérateur si le consommateur trouve le même à un prix plus intéressant chez un autre distributeur.

39. Ici, la théorie du préjudice repose sur deux effets. Le premier consiste en un passage du modèle de distribution de gros au modèle d'agence et le second en une restriction en matière de fixation des prix. L'un et l'autre sont de nature à entraîner une hausse des prix de détail et, en conséquence, à porter préjudice aux consommateurs. De surcroît, selon certains auteurs, c'est la restriction visant la fixation des prix qui a conduit la plupart des grandes entreprises impliquées, dont Amazon, à opter pour le modèle d'agence. Ces auteurs avancent, à l'appui de cette thèse, qu'avoir la maîtrise de la fixation des prix constituait le seul moyen pour les éditeurs de tenir leur promesse de ne pas augmenter leurs prix lorsqu'ils vendraient par l'intermédiaire de l'iBookstore d'Apple.

2.2.2 *Affaires relatives aux sites de réservation hôtelière en ligne (ou agences de voyage en ligne)*

40. Ces affaires impliquaient des entreprises proposant des services de réservation hôtelière en ligne, généralement dénommées agences de voyage en ligne (ou OTA pour « *online travel agencies* »). Les OTA fournissent aux consommateurs trois types de services distincts, à savoir la comparaison de prix, un moteur de recherche et une évaluation des produits. Elles offrent probablement d'autres services aux hôtels, permettant par exemple une hausse de la demande et une meilleure adéquation entre ce qu'offre l'hôtel et les attentes des clients²⁴, ce qui est positif pour les hôteliers comme pour les clients. En contrepartie de ces services, l'hôtel paie une commission sur chaque vente réalisée par l'intermédiaire de l'agence en ligne. Il peut échapper au paiement de cette commission si le consommateur, après avoir utilisé le site de l'OTA pour rechercher l'hôtel qui lui convient le mieux, fait sa réservation directement sur le site Internet de ce dernier (ou en utilisant la ligne téléphonique prévue à cet effet). Le consommateur pouvant, tout en n'utilisant l'agence en ligne que pour effectuer sa recherche, bénéficier de la majorité voire de la totalité des services qu'elle propose, l'hôtelier peut offrir à quiconque réserve directement sur son site une remise suffisamment intéressante pour que les consommateurs soient nombreux à se livrer à ce parasitisme aux dépens de l'agence. Ils peuvent même être suffisamment nombreux pour menacer la survie financière de cette dernière. La conclusion, entre l'hôtel et l'agence, d'un accord vertical empêchant l'hôtelier de

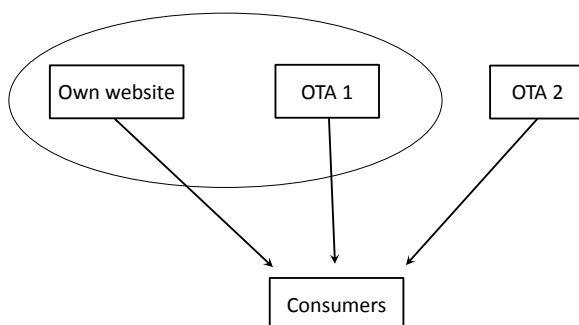
²³ En l'occurrence les cinq éditeurs qui avaient conclu un accord avec Apple.

²⁴ Une meilleure adéquation entre les attentes du consommateur et le produit améliore la pertinence et, par conséquent, la valeur de l'évaluation ultérieure, le cas échéant ; à l'inverse, une mauvaise adéquation peut compromettre la réputation de l'hôtel.

pratiquer des tarifs plus faibles pour les nuitées réservées par l'intermédiaire de son propre canal de distribution semble constituer la solution logique pour éviter ce risque²⁵. De même, étendre ce type de clauses restrictives en matière de fixation des tarifs hôteliers pour qu'elles s'appliquent aux autres OTA peut constituer un moyen de prévenir le parasitisme consistant en un transfert des ventes vers une agence en ligne qui offre un service de moins bonne qualité mais exige aussi des commissions plus faibles. De fait, ces restrictions ont été utilisées. Elles ont été examinées par les autorités nationales chargées de la concurrence dans plusieurs pays d'Europe, dont la France, l'Allemagne, l'Italie, la Suède et le Royaume-Uni et ont par ailleurs fait l'objet d'une action civile en dommages et intérêts aux États-Unis.

41. C'est en grande partie pour répondre aux arguments selon lesquels les clauses étaient nécessaires pour lutter contre le parasitisme qu'une distinction a été faite, dans les affaires instruites par les autorités de la concurrence des pays de l'Union européenne, entre clauses de parité restreintes et clauses de parité étendues. Une clause conclue entre un hôtel et une OTA est dite restreinte si elle impose à l'hôtel de s'engager à ne pas demander, sur son propre site Internet, un tarif inférieur à celui pratiqué par l'OTA. Ce type d'accord est illustré par le graphique 3 ci-après.

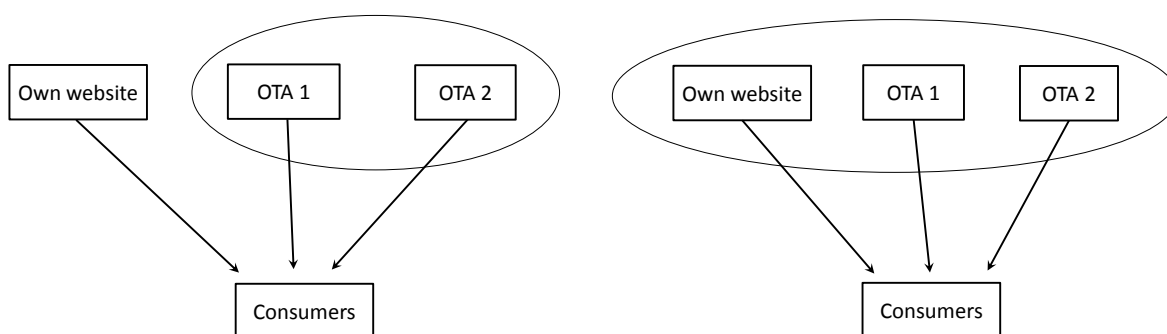
Graphique 3. Clause de parité restreinte



Légende : Site de l'hôtel OTA 1 OTA 2 Consommateurs

42. En revanche, une clause de parité étendue (ou large) oblige l'hôtel à s'interdire de proposer un tarif plus faible par l'intermédiaire d'OTA concurrentes. La clause peut ou non viser également le site Internet de l'hôtel lui-même. Ces deux variantes de la clause de parité étendue sont représentées par le graphique 4 ci-après.

Graphique 4. Accords restrictifs étendus



²⁵

La conclusion de ce type d'accord suppose, soit que la plateforme de vente ait le pouvoir d'imposer cette restriction parce qu'il est vital pour l'hôtel d'être référencé sur la plateforme, soit que cet hôtel ait conscience des avantages offerts par la plateforme et de la nécessité de s'engager à ne pas chercher à lui nuire.

Légende : Site de l'hôtel OTA 1 OTA 2 Consommateurs

43. Plusieurs OTA, dont Expedia et Booking.com, avaient introduit des clauses étendues, qui empêchaient les hôtels de vendre des nuitées à un prix inférieur par l'intermédiaire d'autres sites de réservation, voire de leur propre site Internet. Ces accords ont été contestés par les autorités chargées de la concurrence dans plusieurs pays de l'Union européenne. Dans tous ces pays sauf en Allemagne, les affaires ont été réglées par voie d'engagements. Nous décrivons ces affaires ci-après et mettons en lumière certaines différences qui méritent d'être examinées.

44. Au Royaume-Uni, la plainte d'un petit site de réservation entré depuis peu sur le marché a conduit l'OFT à ouvrir, en septembre 2010, une enquête officielle pour soupçons d'infraction au droit de la concurrence dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne. En janvier 2014, l'OFT a accepté les engagements contraignants par lesquels les deux plus grandes OTA du marché – Expedia et Booking.com – acceptaient de modifier le fonctionnement des clauses tarifaires qui les liaient à une grande chaîne hôtelière, en l'occurrence l'International Hotel Group²⁶. Le principal élément de ces engagements consistait à éliminer les restrictions tarifaires susceptibles d'avoir des retombées pour les consommateurs qui faisaient partie d'un « groupe fermé », par exemple les membres d'un programme de fidélité. Les accords qui limitaient la liberté de l'hôtel de proposer sur son site Internet des prix inférieurs à ceux indiqués sur le site des OTA pouvaient rester en vigueur pour les clients qui ne faisaient pas partie d'un groupe fermé. Au fond, les engagements reposaient sur l'idée qu'aucune clause de parité des prix ne devait empêcher un hôtel ou un site de réservation de proposer une remise à un client « fidèle ». La décision d'acceptation des engagements fut contestée devant le CAT, qui l'infirmait en septembre 2014, renvoyant l'affaire devant l'autorité chargée de la concurrence (qui, entre-temps, était devenue la CMA). Booking.com et Expedia ayant, partout en Europe, introduit des modifications qui supprimaient les restrictions verticales, la CMA décida de classer l'affaire le 16 septembre 2015 tout en s'engageant à exercer une surveillance étroite du secteur.

45. Les autorités françaises, suédoises et italiennes chargées de la concurrence ont toutes ouvert leur propre enquête en 2013. Au printemps 2015, elles acceptèrent les engagements par lesquels Booking.com (en avril 2015) et Expedia Inc. (en juin 2015) s'interdisaient d'appliquer, au cours des cinq années à venir, toute clause ayant pour effet de limiter les écarts de prix entre OTA. En revanche, les engagements acceptés autorisaient les clauses restreintes, qui interdisent aux hôtels de proposer sur leur site un tarif inférieur à celui indiqué par une OTA. Ce traitement différent réservé aux clauses restreintes s'explique par le fait que leurs effets préoccupaient moins les autorités de la concurrence dès lors qu'au moins une autre OTA était présente sur le marché, les OTA exerçant alors une pression concurrentielle mutuelle. Depuis, le 18 juin 2015, le Parlement français a adopté une loi qui interdit la conclusion entre hôtels et OTA de tout accord restrictif visant la tarification des nuitées d'hôtel²⁷. Cette interdiction vise les clauses restreintes comme les clauses étendues et va au-delà des engagements soumis par Booking.com et acceptés par l'Autorité de la concurrence française.

46. En Allemagne, la Bundeskartellamt (BKartA), qui est l'autorité chargée de la concurrence, a rendu le 20 décembre 2013 une décision d'interdiction concernant les clauses qui empêchent les hôtels de fixer librement le prix des nuitées vendues par l'intermédiaire de HRS, la principale OTA allemande, au motif que ces clauses étaient contraires au droit allemand de la concurrence. Cette décision visait à la fois les clauses restreintes et les clauses étendues. HRS contesta la décision mais fut déboutée le 9 janvier 2015

²⁶ Hotel online booking: Decision to accept commitments to remove certain discounting restrictions for Online Travel Agents, Office of Fair Trading, OFT1514dec., paragraphe 6.12.

²⁷ Pour une analyse exhaustive, voir Sean O'Neil, « French parliament kills rate parity, and Booking predicts hotel price war », Tnooz, accessible à l'adresse : <http://www.tnooz.com/article/french-parliament-kills-rate-parity-and-booking-predicts-hotel-price-war/#sthash.vt1VpIS0.dpuf>.

par la cour d'appel régionale de Düsseldorf. La BKartA a également ouvert une procédure à l'encontre des portails de réservation Booking.com et Expedia, qui incluaient également ce type de clauses dans leurs contrats avec leurs hôtels partenaires.

47. Les affaires instruites dans les pays de l'Union européenne montrent qu'il n'existe quasiment aucun doute sur le fait que les clauses étendues, qui limitent la possibilité pour l'hôtelier de fixer librement les prix offerts par l'intermédiaire d'OTA concurrentes, sont contraires au droit de la concurrence²⁸. Les arguments avancés au nom de la théorie du préjudice leur reprochent à la fois de favoriser des prix plus élevés parce qu'elles limitent la concurrence et d'empêcher l'entrée sur le marché de nouvelles entreprises, incapables d'offrir des conditions plus intéressantes. Le consensus est moins net s'agissant des effets anticoncurrentiels des clauses restreintes, qui n'ont un effet restrictif que sur les prix indiqués par un hôtel sur son propre site Internet. Cette absence de consensus est liée à l'ampleur des risques de parasitisme des hôtels à l'égard des investissements que les OTA réalisent pour créer leur site Internet et leur moteur de recherche, ce parasitisme pouvant, dans les cas extrêmes, aller jusqu'à entraîner la faillite des OTA²⁹.

48. Alors que les procédures engagées dans les pays de l'Union européenne l'ont toutes été par les autorités de la concurrence (quoiqu'à la suite de la plainte d'une OTA concurrente dans le cas du Royaume-Uni), l'affaire jugée aux États-Unis était une action civile en dommages et intérêts³⁰. Bien qu'elle ait eu une issue nettement moins positive, elle permet de tirer des enseignements utiles. Les plaignants, en l'occurrence un groupe de consommateurs, prétendaient qu'un groupe d'hôtels et un groupe d'OTA s'étaient rendus coupables d'association frauduleuse impliquant l'ensemble du secteur en adoptant uniformément des accords d'imposition de prix de revente qui englobaient des restrictions (dénommées en l'espèce clauses de la nation la plus favorisée ou clauses NPF)³¹ afin d'éliminer la concurrence par les prix entre les sites de réservation hôtelière. Plus précisément, il était reproché aux défendeurs, non pas d'avoir adopté un prix de revente minimum imposé, mais de s'être associés pour imposer ce prix dans l'ensemble du secteur. Comme les plaignants, le tribunal distingua dans son analyse la dimension verticale (les prix de revente imposés proprement dits) et la dimension horizontale (la clause NPF) des accords bilatéraux. Alors que ces accords bilatéraux étaient exactement les mêmes que ceux en cause dans les procédures ouvertes au sein de l'Union européenne, à savoir qu'il s'agissait d'accords interdisant aux hôtels de vendre leurs nuitées à un prix plus bas par l'intermédiaire de leur propre site Internet ou du site d'une OTA concurrente, ils furent analysés sous un angle différent aux États-Unis. La juge Jane J. Boyle a effectué une analyse éclairante. Après avoir examiné séparément l'accord vertical imposant un prix de revente³² et la clause

²⁸ La CMA avait accepté un engagement encore moins ambitieux mais sa décision a été infirmée en appel, l'obligeant à réexaminer l'affaire.

²⁹ Pour évaluer ce risque de manière plus exhaustive, il faudrait se livrer à un examen plus précis des plateformes et de leur modèle économique. À cet égard, il faut garder à l'esprit que les plateformes ne se bornent pas à offrir un service de publicité dont elles peuvent extraire une rente. Elles recueillent également de grandes quantités d'informations sur les consommateurs, lesquelles ont une valeur économique future. Il n'est donc pas totalement évident que les clauses de parité restreintes représentent le moyen le moins anticoncurrentiel de garantir la viabilité des plateformes.

³⁰ In re: Online Travel Company Hotel Booking Antitrust Litigation, affaire n° 3:12-cv-03515, jugement rendu par le tribunal de première instance du district nord du Texas.

³¹ Comme nous le montrerons dans la partie suivante, ce terme, utilisé dans plusieurs autres affaires décrites ici, est en réalité mal choisi.

³² À noter que la procédure instruite au Royaume-Uni portait également sur la clause imposant un prix de revente qui figurait dans l'accord. Cependant, dans cette procédure comme dans l'affaire jugée aux États-Unis, il est en réalité abusif de parler de clause imposant un prix de revente. On serait en présence d'un prix de revente imposé *stricto sensu* si l'hôtel ordonnait à l'OTA de fixer le prix en précisant que ce prix doit être le même partout. Or, en l'espèce, l'hôtel indique le prix à l'OTA et lui précise qu'il est le même partout mais l'OTA ne participe pas à la fixation du prix.

NPF présumée, elle a avancé qu'un hôtel et une OTA avaient de bonnes raisons unilatérales de conclure un accord contenant ces deux types de restrictions. Elle a souligné en premier lieu qu'un hôtel souhaitait naturellement conserver la maîtrise du prix auquel il vend ses nuitées. Cet argument est résumé ainsi en page 16 du jugement :

« Ce désir naturel d'avoir la maîtrise de la fixation des prix en ligne est encore plus manifeste du côté des hôteliers. Un hôtel de luxe, par exemple, apprécie sans doute de pouvoir décider des tarifs proposés en ligne parce qu'il peut ainsi protéger l'image haut de gamme de son enseigne. De manière plus générale, les professionnels de l'hôtellerie dans leur ensemble considèrent peut-être que la fixation de prix de revente minimaux constitue le "seul moyen envisageable" de mettre en place une stratégie rentable de discrimination par les prix – en d'autres termes une stratégie qui permette de vendre le même produit (une nuitée), ayant le même coût de production et de vente, à des prix différents à différents types de consommateurs. »

49. L'accord vertical imposant le prix de revente est donc une dimension que l'hôtelier souhaite intégrer à un accord conclu avec une OTA. Il semble même que le contrat « d'agence » soit désormais une forme répandue de contrat entre les hôtels et les agences de voyage. Quant à la dimension horizontale – la clause dite NPF –, elle est, selon la juge, voulue par l'autre partie à l'accord bilatéral. Cet argument est exprimé en ces termes en page 17 du jugement :

« Ayant renoncé au droit de pratiquer un prix inférieur au tarif publié par chaque hôtel défendeur, chaque OTA défenderesse souhaite tout naturellement s'assurer que ses concurrents ne pourront pas, eux non plus, offrir un tarif plus intéressant que le tarif publié. C'est précisément, selon les plaignants, la contrepartie obtenue par chaque OTA défenderesse – une clause NPF qui lui garantit que l'hôtel lui-même ou une OTA concurrente n'offriront pas un tarif plus avantageux que celui qu'elle-même est obligée de publier. »

50. La juge estime donc que chacune des deux parties à l'accord a obtenu quelque chose qu'elle recherchait et aurait souhaité conclure cet accord, qu'un accord similaire ait ou non été conclu entre un autre hôtel et une autre OTA. Dès lors, il n'existe pas de preuve irréfutable de l'existence d'une association frauduleuse. Peut-être est-ce exact, mais il est quelque peu paradoxal d'affirmer qu'un hôtel veut pouvoir se livrer à une discrimination par les prix et d'avancer un peu plus loin qu'il est prêt à accepter de ne pas le faire. L'argument mis en avant pour démontrer la motivation des hôtels est totalement annulé par celui qui concerne les OTA, si bien qu'il est permis de se demander quelle est en réalité la contrepartie. De surcroît, aux États-Unis, le marché des OTA est très concentré³³. Dans ce contexte et compte tenu du fait que les accords constituaient un parfait moyen d'augmenter les prix, la décision de rejeter l'affaire dès le stade préliminaire a de quoi surprendre.

51. Les principaux enseignements à tirer de ces affaires sont les suivants :

- Les accords peuvent peser sur la concurrence à travers une réduction de la concurrence entre OTA, ce qui peut avoir une incidence sur le montant des commissions que celles-ci facturent aux hôtels et, par conséquent, sur les prix acquittés par le consommateur³⁴.

³³ Selon un rapport sectoriel publié en 2015 par le cabinet HVS, Expedia représente à elle seule quelque 70 % du total du marché aux États-Unis. L'autre grande OTA, Priceline, représente environ 62 % du marché européen. « À la fin de l'année dernière, Expedia, Orbitz, Travelocity (acquise par Expedia au début de l'année pour 280 millions USD) et Priceline Group détenaient au total 94 % du marché des OTA aux États-Unis » (Danny King, « Can Google booking save Expedia-Orbitz? », Travel Weekly, 26 juillet 2015).

³⁴ Le mécanisme est le suivant : en l'absence d'accord imposant au producteur de fixer un prix identique quel que soit le distributeur, si le distributeur augmente sa commission, le producteur répercute naturellement

- L'accord peut entraver l'entrée de nouvelles OTA sur le marché.
- L'analyse coûts-avantages peut mettre en évidence des différences entre clauses de parité restreintes et clauses de parité étendues.
- Le risque de parasitisme peut être un argument recevable.

52. La question du rôle de la structure de marché dans l'analyse des clauses de parité restreintes n'est pour l'heure pas tranchée. Le marché des OTA est actuellement très concentré mais il est difficile de prévoir dans quel sens il évoluera. Dans l'immédiat, après le feu vert du ministère de la Justice des États-Unis à l'acquisition d'Orbitz par Expedia³⁵, il semble se concentrer davantage. Toutefois, cette évolution pourrait être contrebalancée par l'arrivée de nouvelles plateformes en ligne ayant déjà des points forts dans d'autres domaines. C'est en tout cas ce que prédit le ministère de la Justice :

« Les faits montrent que le secteur des agences de voyage en ligne connaît une évolution rapide. Ainsi, ces 18 derniers mois, il a été marqué par la création du service de réservation instantanée de TripAdvisor et par le lancement, par Google, d'un moteur de recherche d'hôtels et de vols comprenant une fonction de réservation » (communiqué de presse du ministère de la Justice).

53. Enfin, comme le soulignent les plaignants dans l'affaire jugée aux États-Unis³⁶ et Akman au sujet de la procédure instruite en Allemagne³⁷, sur ce marché, les hôtels et les OTA informent réellement les consommateurs de la parité tarifaire à travers des garanties d'alignement des prix ou d'alignement plus supplément, par lesquelles ils font une promesse qu'ils savent pouvoir tenir : celle que les consommateurs ne trouveront pas un prix plus bas ailleurs. Il est pour l'heure difficile d'apprécier si le fait que les entreprises fassent aussi directement savoir aux consommateurs que les prix sont identiques chez tous les distributeurs, que ce distributeur soit l'hôtel lui-même ou une OTA, est spécifique à ce marché. De même, il est difficile de déterminer si cette caractéristique a des effets supplémentaires par rapport à ceux des accords conclus entre l'hôtel et l'OTA.

cette hausse du coût des ventes réalisées par l'intermédiaire de ce distributeur sous la forme d'une hausse du prix acquitté par les consommateurs qui achètent le produit auprès du distributeur en question. Il s'ensuit une baisse des ventes, les consommateurs se tournant vers d'autres distributeurs ou d'autres produits. Lorsqu'un accord est en place, le producteur réagit aussi à la hausse de la commission en augmentant les prix ; toutefois, en pareil cas, la hausse concerne tous les distributeurs, si bien que celui qui a augmenté le montant de sa commission perd moins de ventes. Le montant de la commission étant le fruit d'un compromis entre le revenu supplémentaire par vente et la réduction des ventes, le distributeur a intérêt à augmenter sa commission lorsqu'un accord est en place. Or, cette hausse de la commission se traduit par une hausse du prix acquitté par le consommateur.

³⁵ Communiqué de presse du ministère fédéral de la Justice des États-Unis, « Justice Department Will Not Challenge Expedia's Acquisition of Orbitz », 16 septembre 2015, consultable à l'adresse <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-will-not-challenge-expedias-acquisition-orbitz>.

³⁶ Selon la décision « *In re: Online Travel Company Hotel Booking Antitrust Litigation, Case No. 3:12-cv-03515, in the U.S. District Court for the Northern District of Texas* », aux États-Unis, la plupart des OTA et toutes les chaînes hôtelières défenderesses proposaient des garanties d'alignement des prix voire d'alignement plus supplément directement aux consommateurs.

³⁷ Pinar Akman, « Are the European Competition Authorities making a less anticompetitive market more anticompetitive? The Booking.com saga », article de blog publié le 8 juillet 2015, consultable à l'adresse <https://competitionpolicy.wordpress.com/2015/07/08/are-the-european-competition-authorities-making-a-less-anticompetitive-market-more-anticompetitive-the-booking-com-saga/>.

2.2.3 Les affaires relatives à la place de marché d'Amazon ³⁸

54. En 2012, la BKartA et l'OFT ont l'une et l'autre ouvert une procédure pour déterminer si les clauses de parité tarifaire appliquées par la place de marché d'Amazon enfreignaient le droit de la concurrence national ou celui de l'Union européenne. Ces clauses interdisaient aux entreprises qui distribuaient leurs produits par l'intermédiaire de la place de marché de vendre ces produits moins cher par l'intermédiaire d'autres places de marché en ligne ou de leur propre site Internet. Les restrictions en cause sont donc très semblables à celles évoquées dans les affaires présentées ci-dessus. Dans son résumé de l'affaire, la BkartA³⁹ indique clairement que les clauses faisaient l'objet d'un suivi et étaient appliquées depuis 2012. En l'espèce, la théorie du préjudice ne concerne que l'effet de ces clauses sur les candidats à l'entrée au marché, privés de l'un des instruments concurrentiels les plus importants, à savoir les prix.

55. En août 2013, Amazon a fait savoir aux autorités qu'elle renonçait, sur l'ensemble du territoire de l'UE, à l'application des clauses restrictives imposées aux producteurs utilisateurs de sa place de marché et a modifié les conditions générales appliquées à certains producteurs. Après qu'Amazon eut démontré que les producteurs étaient suffisamment informés de sa décision de modifier sa politique de parité tarifaire, qu'elle modifierait les conditions contractuelles pour l'ensemble des producteurs et qu'elle ne renouerait pas avec ses anciennes pratiques commerciales, la BKartA et l'OFT ont officiellement clôturé leur enquête.

56. La résolution relativement rapide de ces affaires pourrait s'expliquer par le nombre d'autres affaires ayant conduit à un résultat similaire. À noter que la place de marché d'Amazon n'est qu'une vitrine pour le producteur et que c'est lui qui fixe le prix des produits vendus par l'intermédiaire de cette plateforme.

2.2.4 L'affaire relative à l'assurance automobile au Royaume-Uni⁴⁰

57. Le recours à des accords verticaux limitant de manière restreinte ou étendue la liberté tarifaire des prestataires d'assurance automobile privés a été examiné par la Competition Commission du Royaume-Uni (devenue la CMA) dans une enquête sur le marché de l'assurance automobile au Royaume-Uni⁴¹. Dans cette affaire, les producteurs étaient les assureurs et les distributeurs étaient des comparateurs de prix en ligne ; on dénombrait alors principalement quatre sites de comparaison. Les compagnies d'assurances versaient une commission au titre de chaque police souscrite par un consommateur par l'intermédiaire du comparateur. Le rapport final, établi par la CMA, relève que :

« Les clauses NPF conclues entre les compagnies d'assurances et les comparateurs peuvent être rangées dans deux grandes catégories, qui ont des conséquences sensiblement différentes sur la concurrence :

³⁸ Ces deux affaires ont été clôturées avant l'envoi d'une communication des griefs et ont été peu commentées. Voir ECN Brief 05/2013, consultable à l'adresse http://ec.europa.eu/competition/ecn/brief/05_2013/brief_05_2013_short.pdf.

³⁹ Bundeskartellamt, « Amazon beseitigt die Verpflichtung zur Preisparität für Händler auf dem Amazon Marketplace », affaire B6-46/12, 9 décembre 2013.

⁴⁰ Competition and Markets Authority, « Private motor insurance market investigation, Final report », 24 septembre 2014.

⁴¹ Private motor insurance market investigation, Competition and Markets Authority, final decision, 24 septembre 2014, consultable à l'adresse <https://www.gov.uk/cma-cases/private-motor-insurance-market-investigation#final-report>

(a) des clauses NPF restreintes, qui exigent que le prix indiqué par le comparateur aux consommateurs soit toujours compétitif par rapport à celui figurant sur le site de la compagnie d'assurances – en d'autres termes, le prix indiqué sur le site de la compagnie d'assurances ne peut en aucun cas être inférieur à celui proposé par le comparateur ;

(b) des clauses NPF étendues, qui exigent que le prix affiché par le comparateur soit toujours compétitif par rapport aux autres prix proposés, qu'ils soient indiqués sur le site Internet de la compagnie d'assurances elle-même (comme dans le cas des clauses restreintes) ou sur celui de comparateurs concurrents – en d'autres termes, le prix proposé par les autres canaux de distribution ne peut pas être inférieur à celui affiché par le comparateur » (considérant 8.27).

58. Le rapport décrit la genèse des comparateurs en ligne et l'introduction des accords verticaux de parité tarifaire. Il relève notamment qu'au départ, les comparateurs obtenaient les prix qu'ils affichaient sur leur site au moyen d'une technique de « capture d'écran » (c'est-à-dire qu'ils utilisaient un logiciel pour copier les données publiées sur un site). En conséquence, le site Internet de la compagnie d'assurances se comportait automatiquement comme si la compagnie avait été liée au comparateur par une clause de parité tarifaire, les prix figurant sur les deux sites Internet étant, par construction, identiques⁴². Par la suite, les comparateurs commencèrent à se procurer les informations sur les prix directement auprès des assureurs et des clauses restreignant la liberté tarifaire de ces derniers furent introduites. Il s'agissait, dans un premier temps, de clauses restreintes destinées à garantir que la compagnie d'assurances ne proposait pas un tarif plus intéressant sur son propre site. Ces clauses furent progressivement étendues aux autres comparateurs. Ainsi, l'accord vertical restreignant la liberté tarifaire n'est probablement que la poursuite des pratiques initiales. Toutefois, une fois les informations fournies au comparateur, une relation commerciale s'établit entre lui et la compagnie d'assurances, ce qui peut modifier la dynamique du marché. À titre d'exemple, l'assureur peut payer pour avoir un positionnement plus favorable sur le site du comparateur ou peut offrir ses produits de manière sélective, si bien que le comparateur ne propose pas aux consommateurs un catalogue complet des polices d'assurance existant, ce qui peut influencer la perception que les consommateurs ont du comparateur.

59. La CMA a démontré que la concurrence était forte entre assureurs mais ne l'était pas entre comparateurs⁴³. Les accords verticaux sur la fixation des prix ayant une incidence sur la concurrence entre comparateurs, il était permis de penser que la parité tarifaire aurait un effet relativement modeste. Dans son rapport, la CMA a également souligné que les consommateurs pratiquaient le multi-hébergement, c'est-à-dire consultaient plusieurs comparateurs. Ainsi, selon un sondage conduit auprès des consommateurs dans le cadre de l'enquête sur le marché, ils utilisaient en moyenne 2.2 comparateurs. Peut-être est-ce la raison pour laquelle la CMA a considéré que l'arrivée d'un comparateur supplémentaire pouvait avoir un effet important et que les clauses étendues, visant l'ensemble des comparateurs, posaient un problème parce qu'elles risquaient d'empêcher l'entrée sur le marché, à tout le moins lorsque les candidats à l'entrée s'appuient sur l'offre de prix plus avantageux⁴⁴. En d'autres termes, la théorie du préjudice consistait essentiellement en un blocage de l'entrée sur le marché.

⁴² Il en irait également ainsi si le comparateur proposait l'intégralité des produits existants.

⁴³ En ce sens que les consommateurs sont beaucoup plus susceptibles de changer de marque que de site par l'intermédiaire duquel ils achètent la marque.

⁴⁴ D'autres explications sont possibles, par exemple le fait qu'aucun comparateur n'ayant une offre complète, les consommateurs ne font pas suffisamment confiance au classement qu'ils obtiennent sur un site pour ne se fier qu'à ce site. Si cette explication est exacte, offrir un service plus complet pourrait être une meilleure solution qu'offrir des prix plus faibles. Du fait du multi-hébergement, il est important que les assureurs soient présents sur plusieurs sites de comparaison, ce qui pourrait expliquer la crainte de voir les clauses étendues entraîner une hausse des commissions.

60. La CMA a estimé qu'à l'inverse, les clauses restreintes n'avaient pas un effet aussi négatif sur les commissions, la compagnie d'assurances pouvant soumettre un comparateur en position dominante à une pression en proposant une prime d'assurance nettement moins élevée sur le site d'un comparateur concurrent. Les comparateurs d'assurance automobile sont exposés à un risque de parasitisme du fait que les consommateurs ont une faible probabilité de les utiliser pour renouveler leur police, sauf, éventuellement, pour effectuer des recherches. De fait, selon la CMA (considérant 2.33), alors que seulement 20 à 30 % des souscriptions s'effectuent par l'intermédiaire d'un comparateur, environ 77 % des consommateurs utilisent un comparateur à des fins de recherche. En outre, elle cite une analyse de Datamonitor (considérant 2.33), qui montre que 23 % seulement de l'ensemble des ventes d'assurance automobile s'effectuent par l'intermédiaire d'un comparateur mais que ce pourcentage est de 54 à 56 % en ce qui concerne la souscription de nouvelles polices. Parmi les arguments avancés en faveur des clauses restreintes figure le fait qu'elles donnent une crédibilité aux comparateurs parce qu'elles permettent aux consommateurs de comparer les prix effectivement affichés sur les sites des compagnies d'assurances⁴⁵.

61. La CMA est parvenue à la conclusion que si les clauses étendues avaient des effets anticoncurrentiels non négligeables, tant sur l'entrée que sur le montant des commissions, les clauses restreintes n'avaient vraisemblablement pas d'effets anticoncurrentiels supérieurs aux effets négatifs du parasitisme.

2.2.5 *Résumé des enseignements tirés de ces affaires*

62. Dans les quatre exemples qui viennent d'être présentés, les accords garantissent que les prix affichés par les plateformes de vente en ligne soient identiques, à la fois à ceux affichés sur d'autres plateformes et à ceux proposés sur le site du producteur. Ils ont ainsi deux effets directs par rapport à une situation dans laquelle il n'existe pas d'accord restreignant la liberté tarifaire :

- Les plateformes de vente ne peuvent pas se faire concurrence par les prix.
- Le distributeur a intérêt à exiger une commission plus élevée ou une part plus importante des recettes du fait que cette augmentation des coûts pour le producteur se répercute sous forme de prix plus élevés, non seulement chez le distributeur qui augmente sa commission mais aussi chez l'ensemble des distributeurs.

63. Outre ces deux effets, susceptibles l'un comme l'autre de conduire à une hausse des prix pour le consommateur, deux autres risques ont été mis en évidence :

- Les accords peuvent limiter l'entrée sur le marché parce qu'ils empêchent les nouveaux arrivants de se différencier à travers des prix plus faibles.
- Le recours au modèle d'agence peut entraîner une hausse directe des prix demandés aux consommateurs.

64. Toutefois, les affaires présentées montrent aussi que les accords peuvent avoir des effets proconcurrentiels. En particulier :

- Il n'est pas exclu qu'en l'absence d'accord, certaines plateformes soient obligées de quitter le marché sous l'effet du parasitisme. De plus, même si ce risque est formulé moins clairement, il

⁴⁵ Paradoxalement, dans le considérant 8.104, la CMA, analysant la question de la crédibilité dans le cas des clauses NPF étendues, fait observer que les assureurs « ne s'attendaient pas à ce que les prix indiqués par les différents comparateurs soient les mêmes ».

est également possible que le parasitisme dissuade les plateformes de vente en ligne existantes d'investir dans des fonctionnalités bénéfiques aux consommateurs.

2.3 Terminologie

65. Cette courte description d'affaires récentes met en évidence les problèmes que pose la terminologie et constitue donc un excellent point de départ pour présenter et expliquer celle qui sera utilisée dans la suite du présent document.

66. Pour décrire la chaîne verticale, nous parlerons des producteurs qui vendent leurs produits aux consommateurs par l'intermédiaire de plateformes de vente (et éventuellement de leur propre site Internet). Si nécessaire, nous considérerons les plateformes de vente comme des ressources intermédiaires dans le processus de vente du producteur.

67. S'agissant des accords verticaux qui ont des effets horizontaux, nous emploierons le terme « accords de parité inter-plateformes » (ou APPA pour *Across Platform Parity Agreements*)⁴⁶. Il en existe trois variantes :

- **Les APPA étendus qui ont pour effet d'aligner les prix auxquels les distributeurs vendent le produit de producteurs concurrents.** Ils sont conclus entre un producteur et une plateforme de vente⁴⁷ et exigent que le prix de détail du produit du producteur ne soit pas plus élevé que celui des produits concurrents vendus par le même distributeur.
- **Les APPA étendus qui ont pour effet d'aligner les prix pratiqués par des distributeurs concurrents.** Ils sont conclus entre un producteur et une plateforme de vente et exigent que le prix de détail de chacun des produits du producteur ne soit pas plus élevé sur la plateforme de vente que celui auquel les mêmes produits sont vendus par des plateformes concurrentes.
- **Les APPA restreints.** Ils sont conclus entre un producteur qui fixe les prix et une plateforme de vente, et exigent que les prix que le producteur affiche sur son propre site Internet ne soit pas inférieur à celui proposé par la plateforme.

68. À noter que si l'APPA est conclu par un seul couple producteur-plateforme de vente, il a pour seul effet de plafonner le prix. Pour que les prix soient identiques entre les produits vendus par un point de vente ou entre les différents points de vente, il faut que tous les couples producteurs-plateformes passent un APPA à cette fin.

69. Comme le montrent les affaires relatives à la réservation hôtelière en ligne présentées ci-dessus, lorsqu'un modèle d'agence est utilisé, certains analystes décomposent l'APPA en deux dimensions, une dimension verticale, dans le cadre de laquelle le producteur fixe le prix de détail du produit, et une dimension horizontale, qui relie le prix de ce produit à celui des autres produits visés par l'accord. Dans certaines affaires, la première dimension (verticale) a été interprétée de fait comme un mécanisme

⁴⁶ Outre le terme APPA, beaucoup d'autres termes ont été employés jusqu'à présent, par exemple accords de relation de prix (PRA pour *Price Relationship Agreements*), contrats de référencement de concurrents (CRR pour *Contracts that Reference Rivals*). Edelman et Wright (2014), examinant un échantillon plus vaste d'affaires dans lesquelles il n'existe pas nécessairement d'accord formel au sein de la chaîne verticale, ont forgé le terme « cohérence des prix » (*Price Coherence*).

⁴⁷ À noter que ces plateformes ne sont pas nécessairement des distributeurs en ligne – ou plus exactement, il s'agit peut-être nécessairement de distributeurs en ligne dans les affaires décrites dans la partie 2.2, mais ce n'est à l'évidence pas le cas dans les affaires décrites dans la section 2.1.

d'imposition d'un prix de revente, vraisemblablement parce qu'il est naturel de considérer le producteur comme une entreprise située en amont, le distributeur constituant généralement le dernier maillon de la chaîne qui relie le producteur au consommateur. En effet, en l'absence d'accord imposant un prix de revente, comment le producteur peut-il fixer le prix que doit demander le distributeur ? La deuxième dimension (horizontale) est une promesse d'alignement de prix souvent dénommée clause NPF. Bien que ce terme soit, comme nous l'expliquerons plus loin, assez mal choisi, il s'est imposé dans la majeure partie de la jurisprudence. Pour indiquer l'existence d'une nuance, Fletcher et Hviid (2015) ont utilisé l'expression « clause NPF sur les prix de détail » pour décrire la dimension de l'APPA qui garantit la similitude des prix dans tous les points de vente.

70. Pour comprendre pourquoi le terme « clause NPF » est mal choisi pour désigner la restriction horizontale visant la fixation des prix, il faut se souvenir qu'une telle clause est une promesse qui garantit à un acheteur qu'au cours d'une période donnée dans une région donnée, aucun producteur n'offrira le produit qu'il a acheté à un prix inférieur à celui qu'il a payé ou que, dans l'hypothèse où l'acheteur trouverait moins cher, la différence lui sera remboursée. En d'autres termes, le client fait partie des consommateurs les plus favorisés du producteur et sera traité comme tel⁴⁸. Examinons dans un premier temps les affaires dans lesquelles le producteur demande au distributeur de ne pas mieux promouvoir une marque concurrente que la sienne (affaires présentées dans la section 2.1). En pareil cas, le producteur demande au distributeur de lui réserver un traitement aussi favorable que celui qu'il réserve à ses autres fournisseurs. On est alors en réalité en présence de ce qu'Akman et Hviid (2004) dénomment une garantie du producteur le plus favorisé. De plus, cette garantie a pour effet de relier entre eux les prix de deux produits concurrents et s'apparente donc beaucoup plus, selon Akman et Hviid, à une promesse par laquelle le producteur s'engage à s'aligner sur le prix d'un concurrent, quand bien même cette promesse ne sera pas nécessairement portée à la connaissance du consommateur final. Examinons maintenant les affaires (présentées dans la section 2.2), dans lesquelles le distributeur exige que le producteur ne vende pas ses produits à un prix moins élevé ou à des conditions plus avantageuses par l'intermédiaire d'un autre détaillant. Dans ce cas, l'utilisation du terme « clause NPF » se justifie davantage, dans la mesure où l'on peut considérer que le producteur promet directement au consommateur qu'aucune personne achetant le même produit au même moment ne trouvera un prix plus intéressant dans un autre point de vente, quel qu'il soit. Selon cette interprétation, la garantie devient une variante spatiale de la clause NPF classique⁴⁹. Toutefois, il est également possible de considérer que la promesse s'apparente à une promesse d'alignement des prix par laquelle la plateforme de vente promet aux consommateurs qu'ils ne trouveront pas un meilleur prix sur une plateforme concurrente⁵⁰. L'alignement porte alors sur le même produit vendu dans différents points de vente.

71. Quel que soit le terme retenu, la principale caractéristique de la dimension horizontale des accords réside dans le fait qu'elle crée un lien positif entre les prix de produits concurrents. Or, si les accords d'alignement des prix ont des effets anticoncurrentiels qualitativement très similaires à ceux d'une clause NPF classique, leurs effets pro concurrentiels sont nettement différents. Nous approfondissons cet aspect dans la section 3 ci-après.

⁴⁸ Pour l'essentiel, la clause NPF garantit que le consommateur ne risque pas de rencontrer quelqu'un qui a payé moins cher pour acheter le même bien à la même période.

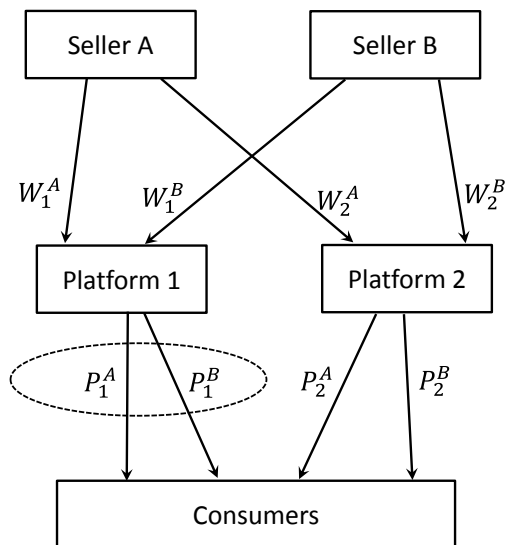
⁴⁹ Une clause NPF est généralement dynamique en ce sens que le consommateur le plus favorisé peut, soit obtenir le prix offert à d'autres consommateurs par le passé, soit, plus souvent, obtenir un remboursement si d'autres acheteurs trouvent le produit à un prix plus intéressant au cours d'une période prédéfinie. Dans le deuxième cas, on parle souvent de clause NPF rétroactive.

⁵⁰ Les supermarchés qui promettent que le panier de biens achetés par un consommateur n'est pas plus cher que s'il avait été acheté dans un supermarché concurrent fournissent un exemple de ces garanties de prix.

2.4 Relation entre les deux types d'accords

72. En présence d'un APPA comme celui décrit dans la section 2.1 et illustré par l'affaire relative aux fabricants de tabac au Royaume-Uni, le producteur fixe les prix de gros (W) et les plateformes de vente fixent les prix de détail (P) – comme dans un schéma de distribution classique – mais les plateformes doivent fixer ces prix de telle manière que le produit visé par la clause ne soit pas plus cher que les produits concurrents d'autres producteurs. Cette situation est représentée sur le graphique 5.

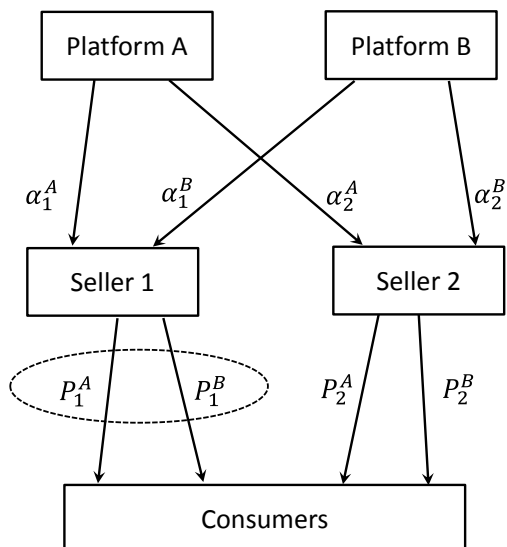
Graphique 5. Les prix sont fixés par les plateformes



Légende : Vendeur A Vendeur B Plateforme 1 Plateforme 2 Consommateurs

73. Dans le cadre d'un APPA comme celui décrit dans la section 2.2 et illustré par les affaires relatives aux livres numériques, l'initiative revient pour l'essentiel à la plateforme : c'est elle qui fixe la commission (α), voire qui exige la conclusion de l'APPA, tandis que les producteurs fixent le prix final acquitté par les consommateurs (P). Cette situation est représentée sur le graphique 6.

Graphique 6. Les prix sont fixés par les producteurs



Légende : Plateforme A Plateforme B Vendeur 1 Vendeur 2 Consommateurs

74. Sur les deux graphiques, nous désignons les entreprises situées en amont par les lettres A et B et celles situées en aval par les chiffres 1 et 2.

75. Dans les deux cas, l'APPA conclu entre l'entreprise A, située en amont, et l'entreprise 1, située en aval, exige que $P_1^A \leq P_1^B$. En d'autres termes, la restriction est la même sur le plan de la forme. La différence entre les deux graphiques réside dans le fait que l'identité des acteurs A, B, 1 et 2 n'est pas la même. En réalité, le graphique 5 est une version inversée du graphique 4, en ce sens que les acteurs A et B, qui sont les producteurs dans le premier cas, deviennent les plateformes dans le second, tandis que les acteurs 1 et 2, qui sont les plateformes dans le premier graphique, deviennent les producteurs dans le second. Sur le graphique 4, chaque fournisseur demande en réalité à ses distributeurs de lui promettre qu'il ne sera pas moins compétitif que ses concurrents. Sur le graphique 5, chaque distributeur demande à ses fournisseurs de lui promettre qu'il ne sera pas moins compétitif que les autres distributeurs. Pour une analyse plus approfondie, voir Fletcher et Hviid (2015).

76. Le principal enseignement à retenir est que l'APPA fonctionne pour l'essentiel comme une garantie d'alignement des prix, quand bien même cette garantie n'est pas nécessairement portée à la connaissance du consommateur. Il impose l'établissement d'une corrélation positive au sein d'un sous-ensemble de prix, cette corrélation prenant généralement la forme d'une égalité des prix⁵¹. Il est donc utile, pour appréhender les effets directs de ce type d'accord, d'examiner les résultats des travaux consacrés aux garanties d'alignement des prix, avant de se pencher sur les études spécifiquement consacrées à l'association d'accords verticaux et d'accords horizontaux d'alignement des prix. C'est pourquoi nous examinerons, dans la section 3, les garanties de prix bas et chercherons à apprécier dans quelle mesure les conclusions des travaux qui leur sont consacrés peuvent également s'appliquer aux APPA. Dans la section 4, nous nous intéresserons aux études, moins nombreuses, portant spécifiquement sur les APPA et tenterons d'en dégager des conclusions sur les effets des APPA sur la concurrence.

3. Les garanties de prix bas

77. Nous avons avancé ci-dessus qu'un APPA s'apparente à une garantie de prix parce qu'il est conçu pour garantir que certains prix évoluent de concert. Examinons la garantie de prix bas, mécanisme plus courant à travers lequel un distributeur garantit au consommateur qu'il lui offre le prix le plus bas, généralement en lui promettant, s'il trouve un prix plus intéressant ailleurs, de s'aligner sur ce prix ou de rembourser la différence si l'achat a déjà été effectué. On est alors en présence d'une promesse faite à un consommateur auquel il appartient de vérifier la véracité de l'affirmation du distributeur ou de faire valoir la garantie. Ce mécanisme a pour effet de créer un lien entre le prix pratiqué par le distributeur et ceux de ses concurrents. Les APPA examinés dans la section précédente se distinguent de ce mécanisme par le fait que la promesse est faite par un producteur à un distributeur ou par un distributeur à un producteur, éventuellement à l'insu du consommateur. Ils peuvent cependant avoir un effet très similaire à celui d'une garantie de prix bas.

78. Comme nous l'avons mentionné en introduction, de nombreuses études économiques et juridiques ont été consacrées aux effets de ces garanties de prix bas. Dans la section 3.1, nous présentons les principaux enseignements de ces études en indiquant ceux qui apportent un éclairage utile pour appréhender les APPA étudiés dans le présent rapport. Pour une analyse plus approfondie de ces enseignements, le lecteur peut se reporter à LEAR (2012), Hviid (2010) et Winter (2008).

⁵¹ Même si tel n'était pas le cas dans certaines affaires récentes. Voir, outre l'affaire relative aux fabricants de tabac décrite plus haut, l'affaire *United States v. Blue Cross Blue Shield of Michigan* 809 F. Supp. 2d 665 (E.D. Mich. 2011).

79. La garantie de prix bas classique se décline en de nombreuses variantes dont les caractéristiques peuvent, comme l'ont montré les travaux de recherche, influencer sur les effets de cette garantie sur les prix, voire sur la structure de marché. Comme nous le verrons, la plupart de ces caractéristiques ne sont pas pertinentes pour l'analyse des APPA.

80. Les garanties de prix bas peuvent varier à de nombreux égards, selon les réponses aux quatre questions suivantes⁵² :

- Quel prix peut être retenu comme base de comparaison susceptible d'entraîner l'activation de la garantie ?

Les réponses possibles sont les suivantes : le prix affiché (sur l'étiquette) de biens concurrents au même moment et/ou ultérieurement ; le prix de vente effectif des biens concurrents au même moment et/ou ultérieurement ; le prix que pratiquera l'entreprise elle-même à l'avenir.

- Quelles sont les limites à l'application de la garantie ?

Il est possible de repérer de nombreuses limites (voir, par exemple, Arbatskaya *et al.*, 2004), notamment : la durée de la période pendant laquelle il est possible de trouver un prix plus bas ; la situation géographique des points de vente concurrents ; la nature exacte du produit (par exemple la question de savoir si le produit doit être identique ou similaire).

- Quelles causes peuvent justifier l'activation de la garantie ?

Le plus souvent, l'activation est justifiée par le fait qu'un concurrent pratique un meilleur prix. Certaines garanties imposent un écart minimum entre le prix pratiqué par le distributeur et celui du concurrent – par exemple, le distributeur promet que son prix est inférieur de 10 % à celui de ses concurrents, la garantie étant activée si cet engagement n'est pas respecté.

- Quelle est la conséquence de l'activation de la garantie ?

Le plus souvent, le distributeur s'aligne sur le prix du concurrent ou rembourse la différence. Toutefois, beaucoup de garanties vont plus loin et promettent un prix plus intéressant que celui des concurrents, la différence étant alors exprimée en pourcentage ou sous la forme d'un montant précis. Enfin, certaines garanties, peu nombreuses, promettent un alignement sur le prix du concurrent et un « cadeau » – par exemple, dans un des cas étudiés, une part de pizza.

81. Les études recensent de nombreux effets des garanties de prix bas. Certains de ces effets réduisent le bien-être des consommateurs tandis que d'autres l'améliorent ou ont des effets ambigus à cet égard. Ces effets sont les suivants :

- réduction de l'incitation à baisser les prix ;
- diminution de l'incitation à déroger à un pacte collusoire à travers la menace de représailles ;
- renforcement de la capacité à gêner l'entrée ou à éviter la « prédation indirecte » mise en œuvre à travers la pratique du produit d'appel ;
- impact sur la motivation des consommateurs à chercher ;

⁵² Voir Arbatskaya *et al.* (2004) pour une liste complète de ces garanties de prix.

- renforcement de la capacité des entreprises à effectuer une discrimination par les prix.

82. Les facteurs qui expliquent ces différents effets sont décrits plus précisément dans les paragraphes qui suivent.

3.1 Les garanties de prix bas peuvent réduire l'incitation des concurrents à baisser leurs prix

83. Une baisse des prix vise non seulement à inciter la clientèle existante à acheter davantage, mais aussi à attirer de nouveaux clients. Les garanties de prix bas empêchent que ce deuxième objectif soit atteint parce qu'en cas de baisse de prix, elles entraînent une réaction immédiate et proportionnée des concurrents. Plusieurs auteurs, à commencer par Salop (1986), expliquent que les garanties d'alignement des prix pourraient être utilisées pour hisser les prix au-delà du niveau concurrentiel, parfois jusqu'au niveau de monopole, même lorsque les entreprises sont relativement nombreuses.

84. Pour comprendre la logique de ce mécanisme, prenons l'exemple d'entreprises symétriques qui auraient toutes adopté une garantie de prix bas en vertu de laquelle elles s'engagent à s'aligner sur le prix plus bas pratiqué par un concurrent, le cas échéant. Le prix de monopole qui permet aux entreprises de maximiser leur profit correspond à un équilibre parce que toute entreprise qui baisse son prix pour accroître sa part de marché constate que tous ses concurrents appliquent la même baisse, si bien que la baisse de prix a entraîné une diminution de l'ensemble des prix mais a été sans effet sur la part de marché. Le prix de monopole étant celui qui permet de maximiser le profit à condition que les prix soient les mêmes dans toutes les entreprises, la baisse de prix entraîne une diminution du bénéfice de l'entreprise qui la pratique et n'est donc pas intéressante pour elle⁵³. Edlin (1987) avance que la garantie favorise même un relèvement du niveau des prix dans un secteur, parce qu'il est relativement peu risqué pour une entreprise de « suggérer » une hausse de ce niveau de prix en relevant son propre tarif. L'entreprise peut escompter, si ses concurrents ne suivent pas le mouvement, que la hausse de prix restera sans incidence sur ses ventes puisqu'elle peut espérer voir ses clients habituels invoquer la garantie au lieu de se tourner vers la concurrence⁵⁴.

85. Les effets anticoncurrentiels mis en évidence par ce modèle reposent également sur l'hypothèse selon laquelle l'activation de la garantie n'a pas de coûts pour le consommateur. Or, tel n'est pas toujours le cas parce que cette activation peut prendre du temps (le temps de remplir des formulaires, de trouver le personnel compétent et d'apporter la preuve du prix plus bas)⁵⁵. De ce fait, certaines différences de prix peuvent être tellement modiques qu'une demande de remboursement ne présente pas d'intérêt. Hviid et Shaffer (1999) montrent que les coûts liés à ces « tracas » ont une incidence non négligeable sur la capacité des garanties à dissuader les concurrents de baisser leurs prix⁵⁶. À noter que les consommateurs n'étant pas

⁵³ Dans tous les modèles simples, il est important que toutes les entreprises offrent la garantie et, en principe, que toutes les entreprises aient intérêt à le faire.

⁵⁴ Ce qui suppose cependant que les consommateurs ne soient pas choqués par le fait que l'entreprise ait tenté de leur imposer un prix plus élevé que le niveau général des prix observé dans le secteur.

⁵⁵ De plus, certains consommateurs sont gênés de demander une réduction de prix ou un remboursement, ce qui représente aussi un coût.

⁵⁶ Lorsque l'activation de la garantie entraîne des coûts liés aux tracas (parfois faibles) pour tous les consommateurs, les effets anticoncurrentiels éventuels disparaissent parce que n'importe quelle entreprise peut réduire légèrement son prix sans que la garantie soit invoquée et sans que les avantages découlant de la baisse de prix soient annulés par l'alignement qu'elle entraîne. Toutefois, les auteurs montrent également que si les produits sont différenciés, par exemple en raison du lieu d'implantation du point de vente, les coûts liés aux tracas jouent un rôle déterminant dans l'effet anticoncurrentiel parce qu'ils permettent alors aux entreprises de pratiquer des prix différents, reflétant une éventuelle asymétrie entre distributeurs. Dans ce cas, il n'est plus nécessaire que toutes les entreprises offrent une garantie.

directement impliqués dans la mise en œuvre d'un APPA, ces coûts liés aux tracas et l'influence qu'ils exercent sur l'effet des garanties de prix ne sont pas pertinents pour l'analyse des APPA présentée dans la suite du document⁵⁷.

86. De prime abord, l'un des moyens de surmonter les coûts liés aux tracas ou la réticence des consommateurs à activer la garantie est de leur promettre d'aller au-delà de l'alignement des prix, c'est-à-dire de leur proposer une garantie d'alignement des prix avec supplément. L'efficacité de ce moyen dépend cependant dans une très large mesure des caractéristiques de la garantie. Ainsi, une garantie qui promet seulement un prix plus avantageux que les prix affichés risque de supprimer toute incitation à baisser les prix mais n'empêche pas une entreprise d'utiliser un autre moyen pour réduire le prix de détail de ses produits. L'entreprise peut ainsi réduire le prix de détail effectivement acquitté en augmentant le prix affiché et en conduisant les consommateurs à faire jouer la garantie (voir Corts, 1996 ; Hviid et Shaffer, 1994)⁵⁸. À noter que la capacité d'une garantie d'alignement des prix avec supplément à remettre en cause la promesse de réagir à une baisse de prix par une baisse encore plus forte dépend de l'implication du consommateur. Les consommateurs n'étant pas directement impliqués dans la mise en œuvre d'un APPA, cet argument avancé pour expliquer que les garanties de prix pourraient finalement ne pas réduire la concurrence n'est donc pas pertinent.

87. Hviid et Shaffer (2010) montrent que si la garantie de prix est plus étendue, couvrant également le prix pratiqué par l'entreprise elle-même (une clause NPF *stricto sensu*), elle a de nouveau un effet anticoncurrentiel sur les prix, même si elle n'est proposée que par une seule entreprise. La raison qui explique ce phénomène est éclairante. Une garantie de prix visant les concurrents supprime l'intérêt qu'ils pourraient avoir à baisser leurs prix mais n'empêche pas en elle-même l'entreprise de réduire ses prix. En revanche, si l'entreprise inclut ses prix futurs dans le champ d'application de la garantie, toute baisse de prix se traduit par un remboursement en faveur des consommateurs qui ont acheté le produit peu avant, ce qui entraîne des pertes non négligeables et supprime l'intérêt que l'entreprise pourrait avoir à baisser ses prix. Les auteurs montrent également que le prix d'équilibre est unique, si bien que la garantie étendue permet de résoudre le problème de la prédiction du niveau de prix qui en découle. Il s'agit là d'un résultat troublant parce qu'en l'état actuel, le droit de la concurrence permet difficilement de traiter l'adoption unilatérale de garanties de ce type.

88. Dans l'ensemble, les travaux sur les garanties de prix montrent que ces mécanismes peuvent réduire l'incitation des concurrents à baisser leurs prix. Ils mettent également en lumière des situations dans lesquelles cet effet anticoncurrentiel peut ne pas être observé – par exemple en présence de coûts liés aux tracas ou lorsque la garantie est une garantie d'alignement des prix avec supplément. Il est important de ne pas oublier, pour la suite de la réflexion sur les APPA, que ces situations ont peu de chances de jouer un rôle lorsque l'offre de garantie s'effectue entre entreprises. Les entreprises sont peu susceptibles de se heurter à des coûts liés aux tracas lorsqu'elles appliquent un APPA. En outre, la composante de la garantie

⁵⁷ LEAR (2012) avance un argument similaire : « Dans le cas des accords de fixation relative des prix [dénommés, dans le présent document, garanties de prix], les coûts liés aux tracas assumés par l'acheteur n'entrent pas en ligne de compte dans l'appréciation de l'effet des accords de relation de prix (dénommés ici APPA), parce que les acheteurs ne sont pas partie à l'accord et ne jouent pas de rôle dans son application » (LEAR, 2012, paragraphe 6.31).

⁵⁸ Cette tactique, qui consiste à afficher un prix plus élevé que celui du rival au lieu d'afficher un prix inférieur ne fonctionne pas lorsque la garantie est étendue de manière à reposer sur le prix de vente effectif (celui qui figure sur le reçu de paiement). Cependant, étendre une garantie d'alignement avec supplément pour qu'elle repose sur le prix effectif est une stratégie très risquée si le concurrent ne comprend pas que la garantie a pour but de limiter la concurrence ou s'il commet une erreur. Toute restriction à l'applicabilité de la garantie adoptée pour contrer ces risques est susceptible d'alourdir les coûts liés aux tracas et, par conséquent, de réduire la probabilité que les consommateurs fassent valoir la garantie.

d'alignement des prix avec supplément, qui peut contrer la réduction de l'effet incitatif due à la garantie, suppose une implication directe des consommateurs. Or, les consommateurs n'interviennent pas dans la mise en œuvre d'un APPA. Par conséquent, on retrouve dans les APPA les éléments des garanties de prix qui réduisent le plus l'incitation des concurrents à baisser leurs prix.

3.2 Les garanties de prix peuvent dissuader les entreprises de déroger à un pacte collusoire à travers la menace de représailles

89. Dans une situation où les entreprises participent à une entente injustifiable sur les prix ou simplement à une collusion tacite, l'adoption d'une garantie d'alignement sur les prix des concurrents garantit que tout concurrent qui s'écarte des prix tacitement convenus est sanctionné par une « guerre des prix ». De fait, lorsqu'une entreprise s'écarte du prix convenu en abaissant ses prix, les consommateurs s'aperçoivent de l'existence d'un prix plus bas et font valoir la garantie. Les autres entreprises doivent alors réduire elles aussi leurs prix, si bien que l'écart n'est pas rentable. Pour une démonstration formelle de ce mécanisme, voir Liu (2013). De manière plus générale, il est démontré que le fait de réagir à des écarts par rapport à une collusion tacite en s'alignant sur le comportement du concurrent favorise l'établissement de prix supra-concurrentiels (voir Garrod, 2012 ; Lu et Wright, 2010).

90. Une garantie portant également sur les prix de l'entreprise elle-même peut aussi favoriser les pratiques de collusion parce qu'elle rend visible l'engagement de l'entreprise à ne pas déroger. En effet, en présence de ce type de garantie, toute entreprise qui ne respecte pas l'entente est punie directement parce qu'elle doit verser un remboursement aux consommateurs qui avaient déjà acheté son produit. Cette sanction s'ajoute à celle à laquelle donneront lieu ses ventes futures lorsque les consommateurs feront jouer les garanties d'alignement des prix sur la concurrence.

91. L'un des problèmes auxquels sont généralement confrontées les entreprises qui participent à une entente sur les prix ou à une collusion tacite consiste à détecter les écarts de leurs concurrents par rapport au prix tacitement convenu. La garantie de prix peut les aider à résoudre ce problème, ce qui constitue son avantage pour les entreprises. La surveillance des prix est, à tout le moins en partie, déléguée aux consommateurs, qui révèlent l'existence d'un prix plus bas lorsqu'ils demandent l'alignement d'un prix ou le remboursement d'une différence.

92. Dans le cadre d'un APPA, les prix ne sont verrouillés que dans une dimension – la concurrence peut être réduite soit entre l'ensemble des produits concurrents vendus par une même plateforme de vente soit au niveau d'un même produit entre les différentes plateformes qui le vendent. De surcroît, l'entreprise qui tire parti de l'atténuation de la concurrence n'est pas celle qui fixe le niveau des prix. Ainsi, lorsque la fixation du prix incombe au détaillant et qu'il doit veiller à maintenir une corrélation fixe entre les prix des différents produits qu'il vend, comme c'est le cas dans les affaires présentées dans la section 2.1, la concurrence entre producteurs est réduite. Lorsque le prix est fixé par le producteur et doit être le même chez tous les distributeurs, comme dans les affaires présentées dans la section 2.2, la concurrence entre distributeurs est réduite. Il est donc *a priori* difficile de voir comment les effets de la garantie de prix mis en lumière par les études pourraient être transposables aux APPA. Dans les affaires décrites dans la section 2, il n'a jamais été allégué qu'un APPA facilitait la collusion tacite en garantissant une punition automatique de l'entreprise qui déroge⁵⁹.

⁵⁹ Nous n'affirmons pas pour autant que les APPA ne présentent pas des aspects collusoires. En réalité, les allégations de collusion ou d'association frauduleuse concernent l'adoption commune de l'accord, non l'accord lui-même.

3.3 *Les garanties de prix bas peuvent renforcer la capacité des entreprises à gêner l'entrée sur le marché ou à éviter la « prédation indirecte » mise en œuvre à travers la pratique du produit d'appel*

93. Les garanties de prix bas peuvent aider les entreprises en place à empêcher l'entrée de nouveaux concurrents. L'argument avancé pour défendre l'idée qu'un ensemble de garanties de prix bas peut dissuader de nouvelles entreprises d'entrer sur le marché est que le candidat à l'entrée doit pouvoir offrir des prix plus intéressants et convaincre les consommateurs de lui donner sa chance, alors que ces derniers sont très fidèles à l'égard des entreprises en place. À prix égal, ils ne sont pas prêts à changer leurs habitudes au profit des produits du nouvel arrivant. Lorsqu'une garantie de prix bas visant à la fois les concurrents existants et les concurrents potentiels est en place, il est impossible d'adopter une stratégie d'entrée reposant sur des prix bas. Arbatskaya (2001) en fait la démonstration formelle mais retient des hypothèses relativement restrictives.

94. Or, il existe plusieurs raisons d'être sceptique à l'égard de cette théorie. Premièrement, elle suppose de restreindre l'analyse aux garanties d'alignement ou, à la rigueur, d'alignement avec supplément qui s'appliquent aux prix de vente effectifs. À défaut, on ne peut exclure que le candidat à l'entrée propose une garantie d'alignement des prix avec supplément et pratique un prix plus élevé tout en encourageant les consommateurs à faire jouer leur garantie et à demander le remboursement. Deuxièmement, le nouvel arrivant peut offrir la baisse de prix sous forme de bon de réduction ou avantage similaire non visé par la garantie de l'entreprise en place. Troisièmement, il peut entrer sur le marché en proposant un prix très bas, obligeant les entreprises en place à subir de lourdes pertes, en particulier si elles ont promis un alignement des prix avec supplément⁶⁰.

95. Selon certains auteurs, les garanties de prix pourraient en réalité favoriser l'entrée plutôt que la gêner. Edlin et Emch (1999) montrent même qu'en cas de liberté d'entrée sur un marché, les garanties d'alignement des prix peuvent conduire à l'arrivée d'un trop grand nombre d'entreprises, la rente liée à la pratique de prix de monopole étant éliminée par cette entrée excessive. On voit donc à quel point l'hypothèse de la fidélité du consommateur à l'égard de l'entreprise en place est déterminante pour la validité de l'argument selon lequel les garanties bloquent l'entrée sur le marché.

96. Les garanties de prix bas peuvent protéger contre les pratiques susceptibles d'entraîner l'éviction de concurrents. Prenons l'exemple d'une entreprise spécialisée qui a une offre de produits restreinte et qui est en concurrence avec un grand distributeur, vendant de très nombreux produits, dont ceux de la première entreprise. Dans l'hypothèse où le grand distributeur déciderait d'utiliser les produits phares de l'entreprise spécialisée comme produits d'appel pour attirer les clients, le recours à une garantie de prix pourrait constituer une parade. Ainsi, la garantie de prix adoptée par Esso, au Royaume-Uni, au milieu des années 90 pourrait être analysée comme une réaction au fait que les grandes surfaces commençaient à vendre du carburant et à l'utiliser comme produit d'appel pour inciter les clients à se rendre dans les magasins situés sur le même site. Aucune étude publiée n'a cependant examiné directement cet effet.

97. Les garanties de prix bas peuvent déterminer l'objet de la concurrence. Une entreprise multi-produits peut également chercher à attirer les consommateurs vers certains produits lorsqu'ils choisissent le magasin dans lequel ils se rendent. Il est possible de citer l'exemple de la chaîne de supermarchés britannique Sainsbury Plc., qui n'offre des garanties d'alignement que sur les produits de marque et non sur les produits de marque propre. Cette pratique pourrait être interprétée comme une tentative de détourner l'attention du consommateur des produits de marque au profit des produits de marque propre, dans lesquels la chaîne possède peut-être un avantage comparatif. Les effets de ces motivations sur le bien-

⁶⁰ À la différence des situations de prédation dans lesquelles c'est l'entreprise qui pratique des prix bas qui subit les pertes.

être sont plus difficiles à apprécier, d'autant plus qu'ils concernent vraisemblablement la distribution du bien-être, et nous n'avons trouvé aucune analyse susceptible d'apporter un éclairage dans les études existantes.

98. Il existe très peu d'études théoriques sur ces aspects et des travaux complémentaires pourraient être nécessaires pour déterminer dans quelle mesure ces effets peuvent réellement être observés dans le cas des APPA.

3.4 Les garanties de prix bas peuvent exercer une influence sur le comportement de recherche du consommateur

99. En présence de garanties de prix, les consommateurs peuvent décider de cesser de chercher des prix plus intéressants, en particulier lorsqu'il est aussi possible de faire jouer la garantie une fois le produit acheté et, par conséquent, de rechercher un prix plus bas après l'achat. Les garanties de prix peuvent même, à la rigueur, inciter le consommateur à cesser totalement sa recherche si elles sont perçues comme un signal de faiblesse des prix (voir Moorthy et Winter, 2006). Ce scénario extrême est relativement simple à expliquer – les entreprises qui proposent des produits de faible qualité (à bas prix) adoptent une garantie pour faire savoir que leurs produits sont bon marché, tandis que celles qui offrent des produits de bonne qualité (dont les prix sont élevés) ne le font pas parce qu'elles misent, non pas sur la compétitivité par les prix, mais sur la qualité de leurs produits. À noter que ce rôle de signal peut induire des gains de bien-être parce qu'il permet aux consommateurs de distinguer différentes catégories d'entreprises et de choisir celle qu'ils préfèrent. Cet argument théorique a également des implications empiriques très importantes. En particulier, si plusieurs entreprises sont présentes sur le segment des produits de qualité médiocre, elles doivent toutes proposer une garantie ; à défaut, elles ne peuvent pas survivre parce que les consommateurs déduiront (à tort) de l'absence de garantie qu'elles vendent des produits chers et de qualité.

100. L'effet des garanties de prix sur le comportement de recherche en général a été très peu exploré. Certains économistes se sont intéressés à l'effet de l'alignement des prix sur ce comportement de recherche. En choisissant *in fine* une entreprise qui offre une garantie de prix, les consommateurs sont assurés d'acheter au meilleur prix trouvé à la date de leur achat sans avoir à retourner dans les points de vente où ils sont déjà allés (physiquement ou électroniquement). À noter que l'entreprise qui offre une garantie de prix a donc très peu intérêt à proposer un prix bas du fait qu'il est peu probable qu'elle attire les consommateurs qui ne font que commencer leurs recherches et que la garantie indique seulement qu'elle est compétitive. De plus, de nombreuses garanties vont au-delà d'un alignement sur le prix plus faible d'un concurrent, ce qui complique davantage encore le problème du consommateur, contraint de rechercher à la fois un prix bas et une garantie généreuse. Beaucoup de garanties permettent de chercher un prix plus bas pendant un certain laps de temps après l'achat. Leur objectif est apparemment d'inciter le consommateur à acheter immédiatement et à remettre la recherche à plus tard. Il en va encore davantage ainsi lorsque ces garanties portent également sur le prix pratiqué par l'entreprise elle-même, *a fortiori* lorsque la période de recherche dont dispose le consommateur après son l'achat est longue. Ainsi, Arbatskaya *et al.* (2004) montrent que des périodes de recherche longues sont généralement associées à des garanties qui portent également sur le prix pratiqué par l'entreprise elle-même.

101. Les APPA sont apparemment sans effet sur le comportement de recherche du consommateur, qui n'a généralement pas connaissance de leur existence. Il a été avancé qu'un APPA protégeait la réputation de bas prix d'une plateforme en ligne ; toutefois, cet effet se produisant à l'insu du consommateur, il faudrait, pour que cet argument soit valide, que les entreprises comptent entièrement sur la capacité des

consommateurs à le déduire à partir de leur expérience de différentes plateformes, ce qui ne semble pas réaliste⁶¹.

3.5 *Les garanties de prix bas peuvent permettre une discrimination par les prix*

102. Lorsque les consommateurs n'ont pas tous les mêmes informations sur les prix proposés dans différents points de vente ou sur l'existence d'une garantie, les entreprises peuvent utiliser ces garanties pour distinguer les différents groupes de consommateurs. Lorsque ces groupes n'ont pas la même sensibilité aux prix⁶², elles ont également intérêt à se livrer à une discrimination par les prix.

103. Il existe relativement peu d'études sur les garanties de prix et la discrimination par les prix. Le principal enseignement qui peut être tiré des travaux existants est que la discrimination par les prix est souvent bénéfique à certains consommateurs et, dans certains cas, à l'ensemble des consommateurs. Corts (1996) exploite et enrichit des travaux antérieurs⁶³ et montre qu'il est possible d'utiliser les garanties à des fins de discrimination par les prix et que cette pratique peut être positive pour les consommateurs⁶⁴.

104. Les coûts liés aux tracas, ou, plus généralement, les restrictions visant la période pendant laquelle la garantie peut être invoquée, peuvent être utilisés pour segmenter encore davantage les consommateurs (Nalca *et al.*, 2010) et, comme le montrent Hviid et Shaffer (2012), cette discrimination par les prix est possible même en présence d'une seule entreprise en position dominante. L'étude de Hviid et Shaffer est, à ce jour, la seule qui soit parvenue à intégrer dans le même modèle des entreprises qui, selon les paramètres du modèle, choisissent parfois de ne pas proposer de garantie, parfois de proposer une garantie d'alignement et parfois d'offrir une garantie d'alignement avec supplément.

105. À noter, et il s'agit là d'une observation importante, que la discrimination par les prix n'est à l'évidence possible que si les garanties sont effectivement utilisées par un nombre élevé de consommateurs. Par conséquent, des informations sur l'utilisation des garanties par les consommateurs permettront aux autorités de la concurrence de déterminer si la discrimination par les prix est la principale motivation des garanties de prix.

106. Les APPA n'étant généralement pas portés à la connaissance des consommateurs, l'idée que l'adoption d'un APPA pourrait être motivée par un objectif de discrimination par les prix ne semble pas crédible⁶⁵.

⁶¹ Buccorossi (2015, p. 50) et LEAR (2012) défendent le même point de vue : « Cette explication ne semble pas pouvoir s'appliquer aux accords de fixation relative des prix [que nous appelons APPA dans le présent document], ceux-ci étant conclus entre le distributeur et le fabricant. Rien ne laisse penser que les consommateurs qui sont face à un prix aient conscience de l'existence de l'accord ; de même, l'acheteur final n'a aucune contrepartie puisqu'il n'est pas partie à l'accord » (LEAR 2012, paragraphe 6.32).

⁶² Plus précisément, l'élasticité de la demande au prix doit différer selon les groupes.

⁶³ Voir, en particulier, Png et Hirsleifer (1987) et Belton (1987).

⁶⁴ Chen *et al.* (2001), analysant les garanties d'alignement des prix et segmentant les consommateurs selon deux critères – la fidélité et le coût de la recherche d'informations –, montrent que les garanties d'alignement peuvent se traduire par une baisse des prix et des profits.

⁶⁵ LEAR (2012) abonde dans ce sens, soulignant que les APPA ne semblent pas constituer un bon moyen d'atteindre cet objectif. « La raison en est que les accords de relation de prix entre vendeurs [que nous dénommons ici garanties de prix] permettent à un vendeur d'appliquer deux prix : le prix catalogue, qu'acquittent les consommateurs non informés, et le prix effectif (plus intéressant) découlant de l'application de l'accord, qu'acquittent les consommateurs informés. Le cas échéant, la conclusion d'un accord de fixation relative des prix [que nous dénommons ici APPA] entre un fabricant et un distributeur

3.6 *Résumé des enseignements tirés des études consacrées aux garanties de prix*

107. Dans le cadre de cette synthèse des enseignements des travaux existants, il est important de souligner qu'il n'existe pas de motivations dominantes expliquant l'adoption d'une garantie de prix bas⁶⁶. Toutefois, pour la plupart des explications avancées, ces garanties sont préjudiciables aux consommateurs parce qu'elles entraînent une hausse des prix. Font peut-être exception le modèle dans lequel les garanties jouent un rôle de signal et sont positives pour les consommateurs parce qu'elles leur permettent de repérer le distributeur qui leur convient le mieux, et les modèles qui reposent sur la discrimination par les prix, l'effet de bien-être étant alors globalement ambigu.

108. Les travaux consacrés aux garanties de prix strictement horizontales ne défendent pas l'idée que ces garanties sont systématiquement préjudiciables aux consommateurs. Toutefois, si l'on ne tient compte que des effets qui pourraient également être observés dans le cadre d'un APPA, ces effets sont toujours préjudiciables. Bien que cet argument ne soit pas suffisant pour conclure que les APPA sont, par nature, anticoncurrentiels, il montre que ces mécanismes doivent être analysés de manière plus approfondie. C'est ce que nous nous attacherons à faire dans la section 4.

3.7 *Effets potentiels des garanties de prix en termes d'efficience*

109. Si les études consacrées aux garanties d'alignement des prix ou d'alignement avec supplément n'abordent pas les effets sur l'efficience qui pourraient justifier le recours à ces garanties, les travaux consacrés aux clauses NPF *stricto sensu* le font. Au sens strict, une clause NPF consiste en une promesse d'un vendeur à un acheteur, par laquelle le vendeur s'engage à ne pas consentir un prix plus avantageux à d'autres acheteurs. Ces clauses peuvent être « instantanées »⁶⁷, auquel cas le client le plus favorisé paie à tout moment le prix le plus bas, mais la plupart d'entre elles comportent une dimension temporelle en vertu de laquelle si, dans un certain délai suivant la vente, le vendeur offre le produit à un prix plus bas, le client le plus favorisé reçoit un remboursement égal à la différence entre le prix qu'il a payé et le nouveau prix. Dans ce cas, la clause est dite « rétroactive »⁶⁸. Ces garanties sont souvent associées à des biens et services fournis dans le cadre de contrats permanents.

110. L'une des raisons pour lesquelles les études consacrées aux clauses NPF accordent plus de place aux arguments fondés sur l'efficience est que ces clauses font l'objet d'une surveillance des autorités de la concurrence depuis plus longtemps⁶⁹, peut-être parce qu'elles sont beaucoup plus souvent utilisées entre des entreprises liées par une relation verticale qu'entre des entreprises et des consommateurs.

est sans incidence sur le nombre de prix effectivement facturés dans le cadre des ventes de détail et ne peut donc pas aider le distributeur à effectuer une discrimination en fonction du consentement à payer des consommateurs » (LEAR 2012, paragraphe 6.33).

⁶⁶ Toutefois, comme souligné précédemment, il est possible de dégager des éléments observables susceptibles de permettre à une autorité de la concurrence de repérer les cas dans lesquels ces garanties peuvent avoir des retombées positives sur les consommateurs. En outre, s'il existe peu d'éléments montrant que les garanties sont effectivement utilisées et si ces garanties ne sont pas adoptées par toutes les entreprises et ne concernent que les points de vente qui pratiquent véritablement des prix bas, elles ont globalement pour effet de réduire la concurrence, à tout le moins dans une certaine mesure.

⁶⁷ Voir les travaux précurseurs de Besanko et Lyon (1993).

⁶⁸ Voir les travaux précurseurs de Cooper (1986).

⁶⁹ Voir, par exemple, Crocker et Lyon (1994) et Scott-Morton (1996, 1997). Voir également Baker (1996), LEAR (2012), Samuelson *et al.* (2012) et Vendenborre et Frese (2014) pour un examen des arguments qui peuvent être avancés.

111. L'un des principaux arguments avancés en faveur des clauses NPF *stricto sensu* est que fixer des prix de gros identiques permet de garantir des règles du jeu équitables sur le marché d'aval. Lorsque les coûts à engager pour approvisionner différentes entreprises d'aval sont (quasi) identiques, la clause NPF ne fait que reproduire l'obligation de non-discrimination contenue dans la plupart des lois relatives à la concurrence, par exemple dans la loi Robinson-Patman aux États-Unis. Cet argument se heurte cependant au fait que la discrimination par les prix peut améliorer le bien-être des consommateurs.

112. O'Brien et Shaffer (1994) montrent que les entreprises situées en amont retirent des avantages de l'obligation de non-discrimination contenue dans la loi Robinson-Patman. L'essentiel de leur argumentation est la suivante : lorsqu'un monopoleur situé en amont applique des tarifs binômes et négocie avec plus d'une entreprise d'aval, le contrat optimal fixe la composante variable du tarif (de gros) de manière à maximiser les profits pour l'ensemble du secteur et utilise la composante fixe pour répartir ces profits entre les niveaux amont et aval. Dans ce contexte, l'entreprise d'aval souhaitera renégocier son contrat pour obtenir une minoration du prix de gros en contrepartie d'une hausse de la composante fixe. Cette renégociation lui permettrait d'avoir un avantage concurrentiel et d'accroître la part du marché d'aval qu'elle détient. L'entreprise située en amont est prête à renégocier avec celle qui se trouve en aval parce qu'elle ne perdrait qu'une partie des recettes tirées des ventes à l'autre entreprise d'aval du fait que celle-ci serait toujours contrainte de payer la composante fixe du prix prévu au contrat. Cette possibilité de renégociation opportuniste est de nature à dissuader les entreprises d'aval d'accepter l'offre initiale, qui maximise les profits de l'ensemble du secteur. Or, une obligation de non-discrimination comme celle contenue dans la loi Robinson-Patman ou une clause NPF permet d'exclure cette possibilité de renégociation. O'Brien et Shaffer (1994) montrent que puisque la possibilité de renégociation opportuniste conduit l'entreprise d'aval à négocier des prix de gros plus faibles, une clause NPF est plus défavorable aux consommateurs. L'argument n'est donc pas totalement convaincant pour ce qui est de la clause NPF et risque également de ne pas l'être s'agissant d'un APPA.

113. Un autre des arguments avancés repose sur l'idée qu'une clause NPF permet à un producteur de ne pas tomber dans le piège des « biens durables », qui le mettrait face à une concurrence trop agressive avec ses propres produits (futurs), les acheteurs opportunistes négociant des rabais non négligeables⁷⁰. Ainsi, si le producteur a un stock excédentaire alors que les gros acheteurs ont déjà acheté, les plus petits acheteurs seront peut-être en mesure de négocier des prix plus bas afin d'absorber l'offre excédentaire. Si tous les acheteurs prévoient que les prix vont baisser au fil du temps, ils risquent de décider d'attendre avant d'acheter, ce qui peut aller jusqu'à contraindre le monopoleur à proposer des prix très bas pour réaliser des ventes. En pareil cas, l'intérêt d'une clause NPF est de permettre au producteur de dire de manière crédible à l'acheteur qu'une baisse de prix serait trop coûteuse parce qu'elle l'obligerait à recontacter tous ses clients les plus favorisés pour leur proposer un remboursement. L'idée défendue ici étant qu'une clause NPF contribue à maintenir les prix à un niveau élevé, il manque une étape dans le raisonnement pour faire de cette idée un argument de défense des clauses NPF. Si le producteur doit assumer un certain montant de coûts fixes, par exemple en raison de coûts irrécupérables d'entrée ou d'innovation, la concurrence qu'il se fait à lui-même est trop intense pour qu'il puisse récupérer ces coûts fixes. À noter que ce mécanisme s'apparente à celui de la concurrence destructrice. Il est à cet égard utile de souligner que récemment, Apple a de nouveau fait valoir que les prix d'agence et les clauses NPF

⁷⁰

Pour une démonstration pionnière de cet effet, voir Coase (1972). L'argument initial est qu'un monopoleur juge rentable de fixer, dans un premier temps, un prix élevé pour extraire l'ensemble du surplus des consommateurs les plus disposés à payer, puis de proposer un prix plus bas par la suite pour attirer de nouveaux consommateurs. Toutefois, les consommateurs qui attachent le plus d'importance à la qualité anticipent ce résultat et attendent que le prix plus faible soit proposé. En conséquence, le monopoleur peut être contraint d'offrir ce prix dès le départ.

étaient indispensables pour lui permettre d'entrer sur le marché du livre numérique⁷¹. Nous analyserons donc de nouveau l'argument selon lequel une clause NPF peut favoriser l'investissement dans l'innovation lorsque nous nous pencherons sur les APPA, dans la section 4.

114. Le troisième argument invoqué est qu'une clause NPF peut réduire les coûts de transaction liés à la négociation ou renégociation des contrats. Il en va particulièrement ainsi lorsque l'entreprise située en aval est en mesure de répercuter la majeure partie de la hausse du prix de gros sur ses clients en raison de l'environnement équitable créé par la clause. Cet argument est généralement invoqué dans le cas des contrats de fourniture permanents, dans le cadre desquels toute réduction des prix (même temporaire), consécutive à une baisse des coûts par exemple, peut être répercutée sur les contrats comportant la clause NPF au moyen d'une simple renégociation du prix du contrat. La clause protège également les acheteurs existants du risque de voir les nouveaux acheteurs obtenir des contrats plus favorables et, par conséquent, avoir la possibilité de proposer des prix plus bas ; cependant, cet effet gênerait l'entrée et fait donc de la clause NPF une arme à double tranchant. Il est peu probable que ce troisième argument soit pertinent dans le cas d'un APPA, la plupart des prix concernant des ventes au comptant.

115. En somme, s'agissant des arguments qui plaident en faveur des garanties, les seuls enseignements des travaux consacrés aux garanties de prix qui sont également pertinents pour l'examen des APPA sont ceux qui ont trait à la nécessité de préserver l'incitation des entreprises à investir dans l'innovation.

4. Effets économiques de l'association d'effets verticaux et horizontaux

116. Après avoir examiné les effets potentiels de la dimension strictement horizontale d'un APPA, nous examinons maintenant l'intégralité de l'effet des APPA en identifiant les problèmes supplémentaires posés par leur composante verticale. Un APPA a une dimension verticale parce qu'il est conclu entre des entreprises qui se situent à des niveaux différents de la chaîne verticale et une dimension horizontale parce qu'il impose une parité des prix. On considère souvent que les accords horizontaux ont une forte probabilité de nuire aux consommateurs, tandis que les accords verticaux ont de grandes chances de leur être bénéfiques. La section précédente, qui présente les enseignements tirés des travaux consacrés aux effets horizontaux, confirme dans une large mesure la première partie de cet *a priori*, montrant que la composante horizontale est susceptible de nuire aux consommateurs. Il ne faut cependant pas en déduire que dans leur ensemble, les effets d'un APPA sont négatifs pour les consommateurs. Il faudrait, pour tirer cette conclusion, réaliser une analyse exhaustive des interactions entre les relations verticales qui lient les entreprises et les restrictions horizontales induites par l'accord.

117. Les travaux consacrés aux APPA sont récents et n'ont pour l'heure pas fourni un ensemble de résultats robustes susceptibles d'éclairer l'action publique. Ainsi peut-on lire, dans une analyse des études existantes réalisée en 2012 : « Nous n'avons trouvé aucune étude économique portant spécifiquement sur les effets que les accords de relation des prix avec des tiers [que nous dénommons ici APPA] peuvent avoir sur la concurrence »⁷². Des travaux économiques ont récemment été conduits pour identifier, à partir de certaines des affaires présentées dans la section 2.2, les effets positifs et négatifs potentiels des APPA. La difficulté de cet exercice est liée à la conjugaison de plusieurs phénomènes, à savoir :

- L'apparition des APPA a été concomitante à un passage du modèle de distribution de gros au modèle d'agence, en particulier dans les affaires relatives aux livres numériques.

⁷¹ Voir Global Competition Review, « Apple previews Supreme Court e-books defence », 18 septembre 2015.

⁷² Voir Lear (2012), paragraphe 6.3.

- Parallèlement, sur certains marchés, les modalités de partage des profits le long de la chaîne verticale ont changé, la rémunération par un paiement par unité (prix de gros ou commission) ayant été remplacée par une rémunération par une fraction des recettes.
- Le progrès technique. Dans les affaires relatives aux livres numériques, cet aspect concernait notamment la compatibilité de différentes liseuses électroniques.
- L'existence de complémentarités. Dans les affaires relatives aux livres numériques, cet aspect concernait surtout la définition de prix de référence et la vente de liseuses. Dans le cas des sites de comparaison de prix, il pourrait, à l'avenir, concerner surtout les données (massives) relatives aux consommateurs recueillies à partir de leur comportement de recherche.

118. L'analyse économique de questions liées à la concurrence porte souvent sur un aspect à la fois, l'objectif étant de bien comprendre quels aspects d'une affaire expliquent les résultats. La mise au point de modèles n'en étant qu'à ses débuts, isoler les différentes conclusions les unes des autres et les décrire pour obtenir une vue d'ensemble des effets potentiels est une entreprise ardue.

119. Pour tenter d'échapper à cette difficulté, les auteurs d'une étude ont pris du recul et mis en lumière un lien important avec les travaux de recherche et la jurisprudence sur l'imposition de prix de revente, lien qui a d'ailleurs été souligné dans certaines des affaires présentées dans la section 2.2. Fletcher et Hviid (2015) relèvent d'abord que l'existence d'un APPA suppose une forme d'imposition des prix de revente, en ce sens que les producteurs doivent être en mesure d'avoir la maîtrise de leurs prix, de telle manière que le prix de leurs produits et services ne soit pas plus élevé chez le distributeur avec lequel ils ont conclu un APPA que chez les autres revendeurs. Ils avancent ensuite que la majorité des travaux et de la jurisprudence sur l'imposition d'un prix de revente minimum montrent que ce mécanisme associe deux composantes : une composante verticale, qui lui est inhérente et qui oblige le distributeur à appliquer le prix fixé par le producteur⁷³, et une composante horizontale, plus implicite, qui exige que les prix soient identiques chez tous les distributeurs. Dans la jurisprudence comme dans les études théoriques, c'est cette composante horizontale qui est jugée la plus préoccupante sur le plan de la concurrence. L'APPA étant, pour l'essentiel, assimilable à cette composante horizontale des prix de revente imposés, Fletcher et Hviid raisonnent par analogie et avancent qu'il ne devrait pas bénéficier d'un traitement plus clémente selon le droit de la concurrence que celui réservé à l'imposition d'un prix de revente fixe ou minimum⁷⁴.

120. L'intérêt de cette approche réside dans le fait qu'elle permet aux professionnels de la concurrence de fonder leurs analyses sur les enseignements de la jurisprudence et de la recherche économique existantes. Elle présente cependant l'inconvénient de ne pas permettre une analyse détaillée des divers effets, si bien qu'elle donne peu d'indications sur la pertinence de telle ou telle intervention ou mesure corrective.

121. Plusieurs études récentes fournissent ces indications, parce qu'elles se concentrent sur certains des aspects évoqués ci-dessus. Elles identifient notamment :

- L'effet du modèle d'agence comparativement au modèle de distribution de gros – à quel niveau de la chaîne verticale le prix est-il fixé ?

⁷³ Ce qui correspond à la définition formelle du système de prix de revente imposés.

⁷⁴ Ainsi, le droit européen traitant l'imposition d'un prix de revente fixe ou minimum comme une restriction de concurrence « par objet » – qui est l'équivalent, dans le droit de l'UE, de l'infraction *a priori* –, Fletcher et Hviid estiment qu'il devrait traiter les APPA étendus de la même manière.

- L'effet direct de l'APPA, notamment sur le prix acquitté par le consommateur, l'entrée et l'investissement.

122. Nous examinerons la première question dans la partie 4.1 et la deuxième dans la partie 4.2.

4.1 L'effet du modèle d'agence comparativement au modèle de distribution de gros – à quel niveau de la chaîne verticale le prix est-il fixé ?

123. Dans toutes les affaires décrites dans la section 2.2, le producteur, situé en amont, fixe le prix et vend son produit par l'intermédiaire d'une plateforme électronique qui se comporte comme son agent. La question posée est la suivante : le niveau auquel le prix est fixé a-t-il une importance ? Cette question peut elle-même être subdivisée en deux volets⁷⁵ :

- Quel est l'effet direct sur les prix ? Dans quelles circonstances le prix est-il plus élevé s'il est fixé au niveau du producteur (dans le cadre d'un modèle d'agence) ?
- Est-il indispensable d'adopter le modèle d'agence dès lors qu'un APPA est conclu ?

124. La réponse à la première de ces questions a de l'importance parce qu'elle indique si le passage au modèle d'agence est, en lui-même, préjudiciable aux consommateurs. Quant à la réponse à la deuxième question, elle est importante pour évaluer s'il est possible de traiter séparément l'APPA et le modèle d'agence lorsqu'il s'agit de définir une action corrective – en d'autres termes, si l'on interdit le modèle d'agence, faut-il aussi interdire l'APPA ? Nous examinerons chacune de ces questions successivement.

4.1.1 Dans quelles circonstances le prix est-il plus élevé s'il est fixé au niveau du producteur ?

125. Étant donné que dans le cas des livres numériques, deux changements sont intervenus simultanément – le passage au modèle d'agence, dans le cadre duquel le prix est fixé par les éditeurs, et l'adoption d'un APPA –, il est important de déterminer si les éventuels effets anticoncurrentiels qui en ont résulté peuvent être attribués à l'un ou l'autre de ces changements. S'il apparaît, par exemple, que l'APPA est l'unique cause de hausses anticoncurrentielles des prix, l'action corrective doit uniquement viser l'APPA et laisser les entreprises libres de choisir le niveau de la chaîne verticale auquel le prix doit être fixé.

126. Plusieurs publications examinent si les prix sont plus élevés lorsqu'ils sont fixés par le producteur (modèle d'agence) ou lorsqu'ils sont définis par le distributeur (modèle de distribution de gros). Deux d'entre elles – Johnson (2013) et Foros, Kind et Shaffer (2014) – portent également sur l'effet des APPA, et une troisième – Liu et Shuai (2015) – porte exclusivement sur la question du niveau auquel les prix sont fixés.

127. Johnson (2013) s'intéresse à l'effet du verrouillage du consommateur par la plateforme et tente, dans ce cadre, de modéliser certains aspects du marché du livre numérique, au sujet duquel il a été avancé qu'Amazon tentait de rendre les consommateurs captifs de sa liseuse numérique Kindle. Il utilise à cette fin

⁷⁵ Akman (2015) et Goffinet et Puel (2015) soulèvent une troisième question, strictement juridique, soulignant qu'il est important de déterminer si le distributeur est réellement un agent qui n'a pas son mot à dire dans la décision de fixation des prix. Au sein de l'UE, un contrat d'agence peut ne pas relever du champ d'application du droit de la concurrence, pour l'essentiel parce que l'agent, tout en étant une entité juridique distincte, n'est que le préposé du ou des commettants. Sur les circonstances dans lesquelles une relation d'agence tombe sous le coup du droit de la concurrence, voir les lignes directrices de l'UE sur les restrictions verticales (2010/C 130/01), paragraphes 12 à 21. Akman (2015) pose notamment la question de savoir comment les autorités européennes de la concurrence peuvent attaquer les APPA dans le cas où elles soupçonnent l'existence d'effets anticoncurrentiels.

un modèle dynamique comprenant deux périodes, une première période durant laquelle les consommateurs n'ont pas encore acheté la liseuse et peuvent être verrouillés et une seconde période, durant laquelle certains consommateurs l'ont acquise et sont captifs. L'auteur suppose que les producteurs et les plateformes possèdent un certain pouvoir de marché et que lorsque le prix de détail est fixé par le distributeur (modèle de distribution de gros), le producteur fixe un prix de gros unitaire, tandis que lorsque le prix de détail est fixé par le producteur (modèle d'agence), la plateforme définit une rémunération égale à une fraction des recettes⁷⁶. Il constate que durant la première période, le prix est plus élevé dans le cadre du modèle d'agence, tandis que durant la deuxième période, il est plus élevé dans le cadre du modèle de distribution de gros. Pour bien comprendre la logique qui sous-tend ces résultats, il faut garder à l'esprit que pendant la première période, durant laquelle les consommateurs peuvent être verrouillés, les plateformes sont très soucieuses d'attirer des clients, ce qui les incite à se livrer une concurrence agressive lorsque ce sont elles qui fixent les prix et parfois à aller jusqu'à fixer un prix inférieur au prix de gros. Lorsque les prix sont fixés par les producteurs, ceux-ci n'ont pas cette incitation à subventionner ainsi les ventes durant la première période pour verrouiller davantage de clients durant la seconde. Il s'ensuit que durant la première période, les prix sont plus élevés lorsque le modèle retenu est le modèle d'agence, dans le cadre duquel les prix sont fixés par les producteurs. La situation s'inverse durant la seconde période, du fait que, alors que la concurrence horizontale reste la même pour les producteurs, la pression concurrentielle est nettement plus faible pour les plateformes de vente, qui ont verrouillé leurs clients. Comme le modèle d'agence, dans le cadre duquel le producteur fixe les prix, maintient une concurrence directe entre fournisseurs au niveau des prix de détail, les prix payés par les consommateurs sont plus faibles. Johnson (2013) fournit donc une explication dynamique de la hausse du prix des livres numériques qui a suivi le passage au modèle d'agence mais prévoit aussi que les prix finissent par baisser. À noter que cette prévision repose sur l'effet de verrouillage plutôt que sur l'existence d'un APPA.

128. Contrairement à Johnson (2013), Foros *et al.* (2014) supposent que le profit dégagé le long de la chaîne verticale est partagé au moyen d'une fraction des recettes dans le modèle de distribution de gros comme dans le modèle d'agence. Fréquent dans le cadre du modèle d'agence, ce type de contrat l'est moins dans le modèle de distribution de gros. Les auteurs montrent qu'il peut y avoir des équilibres dans lesquels un distributeur souhaite déléguer la fixation des prix au producteur et observent aussi qu'en pareil cas, les prix sont plus élevés dans le cadre du modèle d'agence. Ils constatent en outre que dans le cadre du modèle d'agence, les prix sont plus élevés si la concurrence est plus forte entre distributeurs qu'entre producteurs. Dans le cas des livres numériques, cette situation se produit si les consommateurs s'intéressent davantage au livre qu'ils veulent acheter qu'au lieu où ils l'achètent.

129. Bien qu'ils utilisent des modèles très différents, Johnson (2013) et Foros *et al.* (2014) apportent la même réponse à la question essentielle qu'est celle de savoir quel niveau de la chaîne verticale fixe en principe le prix de détail le plus élevé. Du point de vue des entreprises de cette chaîne, la fixation du prix devrait incomber au niveau auquel la compétition est la moins intense. Selon la même logique, les prix acquittés par le consommateur seront alors plus élevés. Ce résultat, selon lequel le prix est plus élevé lorsqu'il est fixé par le niveau de la chaîne soumis à la concurrence la plus faible, est également démontré par Liu et Shuai (2015). Il semble en outre robuste et logique puisqu'une concurrence plus intense est censée conduire à des prix plus faibles.

⁷⁶

Ce principe constitue en lui-même un problème qui se pose dans plusieurs études parce qu'il conduit à ne pas comparer des semblables. Il est possible que les résultats diffèrent simplement selon que le surplus engendré par le fournisseur et le distributeur est partagé au moyen d'un prix de gros ou au moyen d'une fraction des recettes. Aucune des études citées dans le présent rapport n'examine directement cette question.

4.1.2 Est-il indispensable d'adopter le modèle d'agence dès lors qu'un APPA est conclu ?

130. Les accords adoptés par les plateformes de vente et décrits dans la section 2.2 exigent que le prix d'un produit donné soit le même sur plusieurs plateformes de vente indépendantes. Il a été avancé que cet objectif ne pouvait être réellement atteint que si le prix acquitté par les consommateurs était fixé par le producteur plutôt que par la plateforme. En d'autres termes, l'adoption généralisée d'APPA suppose que la relation verticale entre producteurs et plateformes de vente repose sur le modèle d'agence plutôt que sur le modèle de distribution de gros.

131. Premièrement, le modèle de distribution de gros étant le mode classique de relation entre producteur et distributeur, il est important de bien comprendre pourquoi il est considéré comme inenvisageable dans la pratique dès lors qu'un APPA a été conclu. Supposons que le producteur fixe le prix de gros et que la plateforme de vente définisse le prix acquitté par les consommateurs et examinons quel pourrait être le fonctionnement d'un APPA, qui exige que le prix auquel la plateforme A commercialise le produit du producteur 1 ne soit pas plus élevé que celui auquel la plateforme B vend le même produit. Pour respecter l'APPA, c'est la plateforme qui doit ajuster le prix, bien que la promesse ait été faite par le producteur. On pourrait alors attendre que la baisse de prix éventuellement nécessaire soit financée par le producteur⁷⁷.

132. Deuxièmement, pour que le distributeur puisse réagir si un autre revendeur pratique un prix plus bas, il faut qu'il soit informé de ce prix, soit à travers sa propre veille soit à travers celle qu'exercent les consommateurs s'ils ont connaissance de la garantie et sont incités à fournir les informations nécessaires. Comme il est question de prix pratiqués sur Internet, surveiller les prix demandés par d'autres plateformes ne semble pas impossible, même lorsque le distributeur offre une grande quantité de produits. Dans la pratique, certains consommateurs peuvent avoir effectué leur achat avant que le distributeur ne baisse le prix pour respecter l'APPA, ce qui peut conduire à des désaccords au sujet du nombre de ventes devant donner lieu à un paiement du producteur à la plateforme⁷⁸.

133. Troisièmement, le producteur doit pouvoir déterminer quel distributeur a été à l'origine de la nécessité de baisser le prix. Lorsqu'un APPA ne couvre pas l'ensemble des distributeurs, une plateforme peut être tentée de réduire son prix, *a fortiori* si le producteur finance la majeure partie de la baisse⁷⁹, même si elle sait que cette diminution conduira certaines autres plateformes (pas nécessairement toutes) à faire de même.

134. En conséquence, même s'il est possible de conserver le modèle de distribution de gros après l'adoption d'un APPA qui relie les prix pratiqués pour une même marque par différentes plateformes, la mise en œuvre de l'accord entraîne des coûts qui peuvent rendre ce scénario peu intéressant. Dans le cadre du modèle d'agence, la fixation du prix incombe au producteur, qui veille directement à ce que les prix

⁷⁷ Ce scénario est parfaitement envisageable. La campagne intitulée *Price Watch* lancée par ESSO au Royaume-Uni en est une illustration. Dans ce cas, la promesse de prix faite par le grossiste en carburants, situé en amont, a été honorée par le distributeur de carburants, qui fixait le prix final, et le financement du coût de l'alignement a été partagé entre le grossiste et le distributeur selon une formule préalablement convenue entre eux.

⁷⁸ Selon les modalités convenues pour le partage du coût du remboursement, il n'est pas exclu qu'un distributeur affirme, à tort, qu'il existait un prix plus bas et réclame le remboursement. C'est un comportement présumé de ce type qui est à l'origine de l'affaire ESSO contre NIAD, au Royaume-Uni. S'agissant des prix pratiqués sur Internet, ce risque est probablement faible.

⁷⁹ Il en va particulièrement ainsi si le producteur finance l'intégralité de la baisse de prix parce qu'en pareil cas, le distributeur conserve la même marge mais voit la demande augmenter sous l'effet de la baisse de prix.

soient les mêmes sur toutes les plateformes de vente, ce qui simplifie à la fois la surveillance des prix et l'application de l'accord.

135. Il semble donc que la mise en place d'un APPA n'impose pas impérativement l'adoption du modèle d'agence mais que cette adoption simplifie considérablement la mise en œuvre de l'APPA.

4.2 L'effet direct d'un APPA

136. Nous allons maintenant examiner les effets directs qu'un APPA est susceptible d'avoir sur les prix acquittés par le consommateur, de même que sur l'entrée et l'investissement. Plusieurs études ont été consacrées à ce que changent les APPA par rapport aux relations verticales classiques, en particulier celles évoquées dans la section 4.1.1 ci-dessus. Schématiquement, ces études montrent que les APPA entraînent, directement ou indirectement, une hausse des prix acquittés par le consommateur. Certaines d'entre elles révèlent qu'ils peuvent protéger l'investissement ou la concurrence mais que même dans ce cas, ils ont un effet globalement négatif pour les consommateurs.

4.2.1 Effets directs sur les prix

137. Deux études, réalisées par Johnson (Johnson, 2014) et Boik et Corts (Boik et Corts, 2015), sont directement consacrées à l'effet des APPA sur les prix. Bien que, comme exposé plus loin, les modèles utilisés dans ces études diffèrent, il est possible de présenter relativement simplement la logique qui sous-tend les résultats auxquels elles parviennent, à savoir qu'un APPA entraîne une hausse des prix. Examinons d'abord une situation dans laquelle aucun APPA n'a été conclu et supposons qu'un distributeur augmente le montant de la commission qu'il demande au producteur. En pareil cas, le producteur réagit à cette hausse de son coût de vente par l'intermédiaire du distributeur en question en augmentant le prix des produits vendus par son intermédiaire. Il s'ensuit un recul des ventes réalisées par le distributeur, la hausse du prix entraînant une substitution en faveur des points de vente et produits concurrents. Introduisons maintenant un APPA dans le scénario et supposons encore qu'un distributeur augmente le montant de la commission qu'il exige du producteur. Le producteur réagit là aussi à la hausse de ses coûts mais doit cette fois répercuter cette hausse sur l'ensemble des distributeurs visés par l'APPA. Il n'y aura donc pas substitution au profit d'autres points de vente, si bien que le distributeur subira un recul de ses ventes plus limité qu'en l'absence d'APPA. Le distributeur a donc une incitation plus forte à augmenter sa commission en présence d'un APPA, ce qui se traduit par une hausse des prix pour le consommateur.

138. Johnson (2014) ajoute un APPA à son modèle antérieur et observe l'incidence de cet ajout sur les conclusions auxquelles il est parvenu dans Johnson (2013). Il introduit cet APPA dans le scénario qui repose sur le modèle de distribution comme dans celui qui repose sur le modèle d'agence, mais ne le fait pas de la même manière que d'autres études. Plus précisément, lorsque le modèle est le modèle de distribution de gros, l'APPA relie les prix de gros et non les prix de détail⁸⁰. Cette particularité concourt peut-être à expliquer que l'auteur constate une absence d'effets de l'APPA dans le contexte du modèle de distribution de gros, mais il importe aussi de souligner que ce résultat repose sur un ensemble d'hypothèses très particulier⁸¹. Johnson (2014) montre surtout, s'agissant du modèle d'agence, premièrement que lorsque l'adoption d'un APPA est un choix possible pour les entreprises, elle se produit à l'équilibre, et deuxièmement que les APPA favorisent le passage à un régime de prix plus élevés, dans le cadre duquel les profits du secteur sont maximisés tandis que le surplus du consommateur est réduit à son minimum. Ce

⁸⁰ L'APPA n'est donc que la reproduction d'une clause de non-discrimination – le producteur est tenu de réserver le même traitement à tous les acheteurs.

⁸¹ Comme expliqué dans la section 3.7 ci-dessus, O'Brien et Shaffer (1994) ont montré que les clauses de non-discrimination telles que les APPA avaient des effets anticoncurrentiels. Ces résultats plus généraux vont à l'encontre des conclusions de Johnson (2014).

résultat s'explique par le fait que les APPA suppriment toute motivation des plateformes de vente à se faire concurrence au niveau de la fraction des recettes qu'elles exigent du producteur. En l'absence d'APPA, lorsque la fraction des recettes proposée par le distributeur au producteur est plus élevée, le producteur impose un prix de détail plus bas afin d'accroître le nombre de ventes réalisées par la plateforme, plus intéressante. En présence d'un APPA, le prix doit être le même sur toutes les plateformes, si bien qu'il n'y a aucune incitation à proposer une fraction plus élevée des recettes.

139. Boik et Corts (2015) montrent non seulement qu'un APPA conjugué à l'adoption du modèle d'agence entraîne une augmentation des prix mais aussi que cette hausse est très forte⁸². Ils examinent un scénario dans lequel un producteur en situation de monopole vend des produits soit par l'intermédiaire d'une des deux plateformes qui existent soit par l'intermédiaire de ces deux plateformes. Le modèle ne permet pas au producteur de vendre directement au consommateur. S'agissant de l'ordre des décisions, les distributeurs décident en premier lieu d'appliquer ou non un APPA. Une fois cette décision prise, ils fixent une commission unitaire correspondant à la rémunération de leurs services de vente. À l'inverse, dans les études de Johnson (2014) et de Foros *et al.* (2014), les plateformes fixaient les modalités de partage des recettes. Enfin, la commission étant fixée et l'adoption ou non de l'APPA décidée, le producteur définit le prix proposé aux consommateurs. À la différence de Johnson (2014), qui examine la demande unitaire, Boik et Corts (2015) étudient un scénario dans lequel la courbe de demande de chaque consommateur est décroissante. Ils observent que lorsque les deux plateformes ont conclu un APPA, les prix sont supérieurs à ceux qui seraient observés s'il y avait eu entente sur la fixation des commissions. Bien qu'aucune explication logique ne soit proposée, l'une des raisons de ces résultats pourrait être que les plateformes n'internalisent pas les effets d'une répercussion excessive des coûts. Les auteurs constatent que l'effet sur les prix est d'autant plus marqué que la demande est élastique, ce qui corrobore le résultat classique (voir, par exemple, Fabinger et Weyl, 2013) selon lequel plus la demande est élastique, plus il est probable que le taux de répercussion d'une hausse commune des coûts marginaux (compte tenu de l'APPA, la hausse de la commission est une hausse commune) soit excessif. Le fait que l'adoption de l'APPA conduise à des prix très élevés laisse penser que dans certains cas, l'APPA n'est pas adopté, ce qui est effectivement le cas. Boik et Corts (2015) montrent que l'adoption d'un APPA par les deux plateformes va de pair avec une demande relativement inélastique – en d'autres termes, c'est dans ce cas que l'APPA entraîne le moins de distorsion.

140. Dans Foros *et al.* (2014), le rôle des APPA est très différent de celui observé dans beaucoup d'autres modèles. Les auteurs formulent un modèle comportant deux producteurs et deux distributeurs. Ils constatent qu'un APPA peut être utilisé afin que le passage au modèle d'agence, dans lequel le producteur fixe le prix de détail, se produise effectivement à l'équilibre. La raison en est que la conclusion d'un APPA peut permettre de résoudre plus facilement une situation de dilemme du prisonnier dans laquelle les deux distributeurs souhaiteraient déléguer la fixation des prix mais seulement si l'autre le fait aussi. Globalement, les auteurs, qui utilisent le terme « clause NPF » au lieu du terme APPA, parviennent à la conclusion suivante :

« Pour résumer, dans la pratique, de nombreux facteurs influent vraisemblablement sur le choix d'adopter le modèle d'agence, et d'autres travaux sont sans doute nécessaires pour comprendre leurs effets. Dans ce contexte plus large, notre apport aux travaux existants consiste à mettre en lumière le rôle joué par les clauses NPF dans le choix des entreprises d'adopter ou non ce modèle et à souligner, entre autres, l'importance des schémas de substitution relatifs entre produits et entre plateformes » (Foros et al., 2014, 25).

⁸²

Dans une étude non publiée à ce jour, Greg Shaffer, qui était expert économique pour l'OFT dans l'affaire relative aux fabricants de tabac, a obtenu des résultats similaires. Les conclusions de cette étude, intitulée « The Economics of Parities and Differentials », ont été présentées en 2012 à l'Université d'East Anglia et à l'OFT.

141. Rappelant qu'ils constatent que lorsqu'il est adopté, le modèle d'agence va de pair avec des prix de détail plus élevés, les auteurs concluent globalement que l'APPA contribue à entraîner les prix à la hausse parce qu'il favorise l'adoption du modèle d'agence.

142. À noter que les modèles formulés par Johnson dans ses deux études (2013, 2014) et celui de Foros *et al.* (2014) aboutissent à des pronostics très différents s'agissant de l'effet à long terme aussi bien du modèle d'agence que des APPA. Johnson prévoit une hausse immédiate des prix suivie d'une diminution progressive, même en gardant le modèle d'agence, tandis que Foros *et al.* ne prévoient pas cette diminution, à moins que l'intensité relative de la concurrence entre les deux niveaux de la chaîne verticale n'évolue au fil du temps.

143. S'appuyant sur le fait que le règlement de l'affaire relative aux livres numériques aux États-Unis a conduit cinq éditeurs à renoncer au modèle d'agence pour adopter de nouveau le modèle de distribution de gros et à supprimer l'APPA de leurs contrats verticaux, De los Santos et Wildenbeest (2014) ont testé ces modèles et d'autres, comme celui de Gaudin et White (2014). Ils utilisent des données qui portent sur la période antérieure et la période postérieure au règlement conclu entre les éditeurs et le ministère fédéral de la Justice. Leur série de données commence après l'introduction du modèle d'agence par Apple, si bien qu'elle ne rend pas compte du passage du modèle de distribution de gros au modèle d'agence ni de l'adoption de l'APPA. En revanche, elle rend compte du retour au modèle de distribution de gros et de l'abandon de l'APPA. Il aurait certes été idéal d'analyser les deux transitions, mais il n'y a aucune raison de penser que les résultats n'auraient pas été symétriques. Par conséquent, les résultats obtenus fournissent une analyse convaincante des avantages relatifs des deux modèles de distribution des livres et des théories concurrentes sur la fixation des prix des livres numériques présentées plus haut.

144. De los Santos et Wildenbeest résument leurs conclusions ainsi :

« Dans le modèle formulé par Johnson (2013), les éditeurs augmentent peut-être les prix au départ, au moment où ils adoptent le modèle d'agence ; toutefois, du fait qu'ils vendent à de multiples plateformes de vente et ne sont donc pas touchés par le problème du verrouillage, il est probable que les prix pratiqués ensuite soient moins élevés dans le cadre du modèle d'agence que dans le cadre du modèle de distribution de gros. Gaudin et White (2014) avancent que le passage au modèle d'agence, en 2010, a coïncidé avec la sortie d'applications Kindle pour des appareils concurrents, comme l'iPad⁸³. De ce fait, la liseuse Kindle d'Amazon n'était plus indispensable pour lire des livres numériques, si bien que la motivation d'Amazon à maintenir les prix des livres numériques à un niveau bas a diminué. Gaudin et White estiment donc que lorsqu'elle aura la possibilité de les fixer, Amazon relèvera les prix de détail. Toutefois, nous constatons que ses prix de détail ont en réalité diminué après qu'elle a retrouvé la possibilité de les fixer et sont toujours restés faibles malgré l'existence d'applications Kindle pour téléphones

⁸³

L'étude de Gaudin et White (2014) mentionnée dans la citation n'examine pas les APPA mais s'intéresse à d'autres aspects du marché du livre numérique susceptibles, en théorie, d'expliquer les évolutions de prix observées. Les auteurs s'intéressent à la capacité des liseuses numériques à verrouiller les consommateurs. Ils formulent un modèle dans lequel un éditeur en situation de monopole est en relation avec une plateforme de vente, elle-même en situation de monopole. Ils comparent deux scénarios, l'un dans lequel le distributeur possède un appareil indispensable et le deuxième dans lequel ce n'est pas le cas. Ils montrent que lorsque l'appareil est indispensable, les prix sont plus élevés dans le cadre du modèle d'agence. À l'inverse, lorsque l'appareil n'est pas indispensable, les prix sont plus élevés dans le cadre du modèle de distribution de gros. Du point de vue de l'action publique, ils avancent qu'il faut tenir compte, dans l'analyse de l'effet de la décision rendue dans l'affaire relative aux livres numériques, du fait qu'au cours de la période en cours, les liseuses ont cessé de constituer un obstacle, en d'autres termes sont devenues moins indispensables pour l'accès. Il ressort clairement de la citation ci-dessus que De los Santos et Wildenbeest ne partagent pas ce point de vue.

mobiles, tablettes et ordinateurs. Nos résultats sont plus proches de ceux obtenus par Foros, Kind et Shaffer (2014), qui constatent que lorsqu'ils sont fixés dans le cadre du modèle d'agence, les prix de détail sont plus élevés quand la pression concurrentielle est plus forte entre distributeurs qu'entre entreprises situées en amont » (De los Santos et Wildenbeest, 2014, p. 23).

145. D'après la décision rendue en appel dans l'affaire relative aux livres numériques, les éditeurs se rencontraient pour évoquer diverses questions, ce qui aurait pu laisser penser que la concurrence était plus faible entre eux qu'entre les plateformes. Or, il est permis de se demander si une éventuelle entente tacite entre éditeurs, susceptible d'avoir atténué la concurrence entre eux, a perduré après la décision de la cour d'appel. La réponse à cette question pourrait avoir une incidence sur l'appréciation du caractère préjudiciable du modèle d'agence. Si, avant l'arrêt de la cour, la concurrence était plus faible entre les éditeurs qu'entre les plateformes et si cette situation s'est inversée après cet arrêt, il est permis d'en déduire, suivant Foros *et al.*, que le modèle d'agence a conduit à des prix plus élevés que le modèle de distribution de gros avant la décision et que l'inverse est devenu vrai après la décision. Si tel est le cas, il n'est pas certain qu'interdire le recours au modèle d'agence était la bonne décision.

146. Les modèles théoriques comme l'analyse empirique accréditent l'idée que les APPA entraînent directement une hausse des prix et favorisent le passage au modèle d'agence, qui, en lui-même, est associé à des prix plus élevés.

4.2.2 Effets sur la structure de marché

147. Comme avancé dans la section 3.3, la conclusion d'un APPA peut avoir une incidence sur la structure de marché, soit parce qu'elle entrave soit parce qu'elle favorise l'entrée. Quoique logique, le premier effet n'a pour l'heure pas été confirmé formellement par l'analyse, même s'il peut être déduit des résultats relatifs aux incitations à investir présentés ci-après. L'argument informel selon lequel les APPA sont de nature à dissuader les candidats à l'entrée repose sur une hypothèse concernant la fidélité à la marque ou l'information des consommateurs. Si, pour une raison quelconque, les consommateurs ne sont prêts à tester un nouveau produit ou distributeur que si le prix est plus bas, l'existence d'un APPA qui interdit à un nouvel arrivant sur le marché d'offrir un prix plus bas ou d'inciter un producteur à demander un prix plus bas en exigeant une commission ou une part des recettes plus faible, dissuade indéniablement ce candidat à l'entrée. La faiblesse de cet argument réside dans le fait que le nouvel arrivant a peut-être d'autres moyens de se démarquer ou a pu se faire connaître des consommateurs en fournissant d'autres services. Ainsi, le ministère fédéral de la Justice des États-Unis a évoqué l'entrée de Google sur le marché des agences de voyage en ligne dans son communiqué de presse sur sa décision de ne pas bloquer une fusion sur ce marché⁸⁴.

148. Boik et Corts (2015) examinent si un APPA est ou non susceptible d'entraver l'entrée sur le marché. Ils adoptent une approche différente de celle qui vient d'être décrite parce qu'ils ne postulent pas que les consommateurs sont fidèles au point d'exiger une baisse de prix pour tester une nouveauté. Ils formulent un modèle avec différenciation horizontale et verticale des produits et différents niveaux de coût. La différenciation horizontale implique que même lorsque l'offre du nouvel arrivant est de mauvaise qualité, certains consommateurs peuvent la préférer à celle de l'entreprise en place, même à prix identiques. Les auteurs examinent, dans le cadre d'un modèle simple, l'effet de l'APPA sur les profits des plateformes et, par conséquent, sur la capacité du nouvel arrivant à récupérer ses coûts d'entrée fixes.

⁸⁴ Communiqué de presse du ministère fédéral de la Justice des États-Unis, « Justice Department Will Not Challenge Expedia's Acquisition of Orbitz », 16 septembre 2015, consultable à l'adresse <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-will-not-challenge-expedias-acquisition-orbitz>. Voir également la section 2.2.2 du présent document.

⁸⁵ Danny King, « Can Google booking save Expedia-Orbitz? », Travel Weekly, 26 juillet 2015.

Comme on pouvait s'y attendre, lorsque l'APPA entraîne une hausse des profits, pour certaines valeurs des paramètres, même un candidat à l'entrée dont l'offre est moins intéressante parvient à accéder au marché. L'étude montre également que l'APPA, lorsqu'il favorise l'entrée, peut exercer une influence sur les caractéristiques du nouvel arrivant en termes de degré de différenciation verticale choisi. Plus précisément, s'il décide d'entrer, en présence d'un APPA, il choisit d'offrir une qualité plus proche de celle proposée par l'entreprise en place. Ce résultat s'explique par le fait que l'APPA réduit l'intensité de la concurrence et, par conséquent, diminue d'autant la volonté de différenciation.

149. Bien que la question de l'effet dissuasif sur l'entrée sur le marché doive faire partie des préoccupations d'une autorité de la concurrence lorsqu'elle examine un APPA, l'importance des résultats obtenus en la matière par Boik et Corts (2015) doit inciter à garder à l'esprit que l'idée généralement admise selon laquelle l'adoption d'un APPA rend l'accès au marché plus difficile parce qu'elle empêche le nouvel arrivant de se différencier par les prix n'est que partiellement vraie. L'APPA augmente les profits des plateformes, ce qui peut compenser (voire plus que compenser) la perte de la possibilité de différenciation⁸⁶.

4.2.3 *L'effet sur les incitations à investir lorsque le producteur est aussi un distributeur*

150. Parmi les arguments avancés pour justifier qu'un APPA soit autorisé malgré les effets décrits dans les sections 4.2.1 et 4.2.2 figure le fait qu'en l'absence de la protection qu'il procure, les distributeurs n'investiraient pas et pourraient même disparaître du marché. Les situations dans lesquelles le producteur est également un distributeur posent un problème particulier, qui a été soulevé directement dans deux des affaires présentées dans la section 2.2 – les affaires relatives à la réservation hôtelière en ligne (2.2.2) et à l'assurance automobile (2.2.4) –, dans lesquelles la plupart des autorités de la concurrence ont choisi d'autoriser les APPA restreints, qui ne visent que les prix pratiqués par le producteur sur son propre site Internet.

151. Le problème posé porte sur la question de savoir si le producteur est en mesure de détourner à son profit les efforts commerciaux du distributeur en invitant les consommateurs à lui acheter directement son produit une fois qu'ils ont fait une recherche sur le site Internet du distributeur. Cet argument du parasitisme est inspiré de celui habituellement avancé au sujet des magasins traditionnels hors ligne qui offrent des services commerciaux de qualité (mais coûteux) et qui perdent des ventes au profit de concurrents bon marché et attirants (qui peuvent être des distributeurs en ligne) dès que le consommateur a utilisé leurs services commerciaux. L'argument avancé pour contrer cette thèse est que la possibilité du producteur de fournir directement ses produits peut être un moyen de modérer les commissions des distributeurs et, en conséquence, de maintenir des prix de détail bas. Plusieurs études ont été consacrées à ces effets et ont tenté d'apprécier si et quand ils posent des problèmes en termes de concurrence.

152. Une première étude, réalisée par Gans (2012), montre que le parasitisme du producteur peut légitimement susciter des inquiétudes pour la viabilité de l'offre de services supplémentaires par un distributeur. L'auteur formule un modèle simple dans lequel un monopoleur offre un produit qui peut être commercialisé directement ou par l'intermédiaire d'une plateforme de vente. La plateforme offre un service que le producteur ne propose pas et qui réduit les coûts de transaction pour le consommateur. Ces coûts de transaction sont éliminés grâce à l'existence d'un appareil⁸⁷, vendu avant tout achat du produit. La

⁸⁶ Ce qui n'est pas sans rappeler le résultat obtenu par Edlin et Emch (1999), qui constatent que les garanties de prix peuvent avoir pour conséquence l'entrée d'un trop grand nombre d'acteurs sur le marché du fait qu'elles maintiennent les profits du secteur à un niveau artificiellement élevé.

⁸⁷ On peut imaginer qu'il s'agit d'un appareil informatique propriétaire qui permet d'utiliser l'application, ou tout simplement de frais d'adhésion à acquitter pour pouvoir utiliser la plateforme et effectuer la transaction.

meilleure manière d'appréhender ce modèle est de penser que le produit est une application pour téléphone mobile. L'auteur suppose qu'il existe deux catégories de consommateurs, l'une caractérisée par des coûts de transaction élevés et l'autre par des coûts de transaction faibles. À l'évidence, le premier groupe a davantage intérêt à acheter l'appareil qui abaisse les coûts de transaction que le deuxième. La prise de décision étant de nature séquentielle, les consommateurs hésitent à acheter l'appareil, de peur d'être par la suite piégés à travers la fixation d'un prix élevé pour le produit.

153. Pour qu'il y ait équilibre, il faut, soit que les deux entreprises consentent à partager le surplus tiré de la vente du produit (par exemple une application mobile) et que la plateforme donne l'appareil gratuitement, soit que la plateforme parvienne à supprimer la concurrence entre distribution directe et distribution par son intermédiaire. La conclusion d'un APPA peut être un bon moyen d'y parvenir parce qu'elle garantit que le produit coûte le même prix, qu'il soit vendu par la plateforme ou directement par le producteur, et que le prix peut s'établir à un niveau tel que seuls les consommateurs qui ont des coûts de transaction élevés achètent l'appareil avant d'acquérir le produit. Le prix du produit restant bas du fait que le producteur veut pouvoir le vendre directement aux consommateurs qui ont des coûts de transaction faibles, les consommateurs qui assument des coûts de transaction élevés n'ont pas l'impression d'avoir été « floués » au point de regretter d'avoir acheté l'appareil⁸⁸. De ce point de vue, le modèle de Gans (2012) montre qu'un APPA peut protéger l'investissement positif pour le bien-être réalisé par une plateforme. À noter que ce premier modèle a une structure très simple.

154. Plusieurs études⁸⁹ développent ce type de modèle plus avant et fournissent des résultats plus complets. Elles explorent en particulier l'effet des APPA (que les auteurs dénomment accords de cohérence des prix parce qu'ils prennent pour point de départ des travaux sur les cartes de paiement) dans des marchés de recherche dans lesquels la plateforme de vente fournit des services particuliers, par exemple de comparaison des prix, que le producteur ne fournit en principe pas. Elles aboutissent à des résultats surprenants et importants pour l'action publique.

155. Edelman et Wright (à paraître) examinent un scénario dans lequel les entreprises peuvent vendre soit directement soit par l'intermédiaire d'une ou plusieurs plateformes de vente. Il peut être plus simple de penser à ces plateformes comme à des sites de comparaison de prix qui, en plus de faciliter la recherche facilitent également la vente. La plateforme peut, en investissant, offrir aux consommateurs un service que le point de vente (électronique) du producteur ne propose pas. Les auteurs ne le précisent pas directement, mais ce service peut consister en une remise en argent, en un environnement virtuel de meilleure qualité pour faire des achats, en des fonctionnalités supplémentaires voire en un cadeau. Edelman et Wright montrent que lorsqu'il n'existe qu'une plateforme et que les producteurs peuvent vendre leur produit directement sur leur propre site, la conclusion d'un APPA va de pair avec des prix plus élevés et un surinvestissement dans les fonctionnalités offertes par la plateforme. Dans leur modèle, la plateforme a intérêt à introduire un APPA. À noter qu'en l'absence d'APPA, la plateforme a des effets positifs sur le bien-être parce qu'elle aide les consommateurs à rechercher plus efficacement. En présence d'un APPA, l'entrée sur le marché d'une plateforme de vente entraîne une diminution du bien-être. Schématiquement, une fois conclu, l'APPA a deux effets opposés sur le bien-être des consommateurs : il leur permet de tirer parti de l'outil de recherche plus performant offert par la plateforme pour trouver de meilleurs prix, mais il réduit l'effet modérateur de l'existence du point de vente du producteur sur la commission demandée par la plateforme, ce qui induit une hausse des prix. Les consommateurs sont donc mieux informés mais

⁸⁸ Un équilibre peut également émerger lorsque c'est la menace que représente la distribution directe qui maintient, pour les deux groupes de consommateurs, le prix à un niveau suffisamment bas pour que les consommateurs qui ont des coûts de transaction élevés ne regrettent pas d'avoir acheté l'appareil à un certain prix.

⁸⁹ Edelman et Wright (2014, 2015, à paraître) et Wang et Wright (2015).

acquittent des prix plus élevés. Le fait d'étendre le modèle pour autoriser une concurrence entre intermédiaires ne change pas les résultats d'un point de vue qualitatif.

156. S'agissant de l'investissement dans les fonctionnalités, les résultats obtenus par Edelman et Wright (à paraître) sont plus pessimistes, la conclusion générale étant que les APPA sont négatifs pour les consommateurs lorsque les plateformes peuvent investir dans des fonctionnalités supplémentaires potentiellement positives pour le bien-être. Quoique surprenants dans un premier temps, ces résultats reposent sur une logique relativement simple. Lorsqu'un APPA est en place, les distributeurs ne peuvent pas se faire concurrence sur les prix, ces derniers étant les mêmes sur toutes les plateformes. L'important pour la plateforme réside dans le trafic enregistré par son site et dans la commission qui en résulte. Elle recherche donc d'autres moyens de se démarquer, si bien qu'elle est fortement incitée à investir (voire à surinvestir) pour proposer d'autres fonctionnalités sur son site.

157. L'analyse des auteurs présente une limite importante en ce que le modèle n'autorise pas ce qu'ils dénomment le « furetage », qui désigne un comportement de parasitisme par lequel le consommateur consulte la plateforme et profite des fonctionnalités supplémentaires offertes avant de se rendre directement sur le site Internet du fournisseur pour acheter le produit moins cher.

158. Cette forme de parasitisme a été invoquée dans plusieurs des affaires de concurrence évoquées dans la section 2.2, en particulier dans celle relative au marché de l'assurance automobile au Royaume-Uni (2.2.4) et dans la plupart des affaires relatives à la réservation hôtelière en ligne qui ont été réglées par voie d'engagements (2.2.2). Dans ces affaires, il a généralement été estimé que les APPA étendus, qui visent l'ensemble des plateformes de vente, étaient contraires au droit de la concurrence, tandis que les APPA restreints, qui n'établissent un lien qu'entre une plateforme et le site de l'entreprise elle-même, ne l'étaient pas parce que les avantages découlant de la lutte contre le parasitisme étaient supérieurs aux éventuels préjudices dus à l'atténuation de la concurrence. Les modèles présentés jusqu'à présent n'apportent pas de réponse à ce problème. En revanche, de récents travaux de Wang et Wright (2015) montrent que les plateformes qui réduisent les coûts de recherche assumés par les consommateurs induisent parfois une hausse des prix de détail en raison des commissions facturées aux entreprises⁹⁰. Néanmoins, les plateformes ne sont pas nécessairement préjudiciables aux consommateurs, dans la mesure où le niveau plus élevé des prix est compensé par des coûts de recherche plus faibles. À l'inverse, elles sont généralement préjudiciables aux entreprises du fait que le niveau plus faible des coûts de recherche intensifie la concurrence entre entreprises. Le furetage est une forme de parasitisme puisque l'entreprise préfère que les consommateurs achètent directement sur son site après avoir trouvé ses produits sur la plateforme, ce qui lui permet d'économiser la commission imposée par cette dernière. À noter que Wang et Wright (2015) montrent qu'il s'agit d'une pratique positive pour le consommateur parce qu'elle permet de contenir le montant des commissions, à condition toutefois que la plateforme demeure viable et que le consommateur puisse encore avoir la possibilité de faire une recherche plus efficace. Ces conclusions jettent le doute sur l'argument selon lequel le parasitisme est une raison légitime, pour les plateformes, d'imposer la conclusion d'un APPA, sauf à admettre qu'une plateforme efficace ne peut pas fonctionner sans éliminer le parasitisme.

159. Enfin, Kühn (2015), dans un exposé présenté à l'occasion de l'édition 2015 de la conférence annuelle de l'Association européenne pour la recherche en économie industrielle (EARIE), a proposé une autre analyse du problème du parasitisme dans le contexte des sites de réservation hôtelière. Il a avancé que le parasitisme est un problème à prendre au sérieux et que, les marchés concernés évoluant très rapidement, les actions qui brident l'innovation sont problématiques.

⁹⁰ Dans la même veine, Ronayne (2015) montre que les comparateurs de prix en ligne qui facilitent non seulement la recherche mais aussi le changement de fournisseur peuvent accroître les coûts pour les consommateurs à travers le paiement par clic.

160. Le principal enseignement à tirer des études existantes réside dans le fait qu'il existe un compromis à rechercher entre amélioration de la recherche et augmentation des prix et qu'il faut en tenir compte dans l'analyse de l'effet global des APPA. Les plateformes sont positives pour les consommateurs parce qu'elles rendent la recherche moins coûteuse et intensifient ainsi la concurrence entre producteurs. Cependant, elles sont aussi susceptibles de leur être préjudiciables à travers les commissions qu'elles peuvent imposer aux producteurs, et que ces derniers répercutent dans une certaine mesure sur les consommateurs sous la forme de prix plus élevés. Un APPA élimine la pression concurrentielle que le site Internet de l'entreprise elle-même exerce sur la plateforme en permettant une désintermédiation. De même, il supprime la pression concurrentielle que les autres plateformes exercent au niveau des commissions, le cas échéant. Parallèlement, la conclusion d'un APPA peut être essentielle non seulement pour garantir que les plateformes vont continuer d'investir pour améliorer leurs services mais aussi, tout simplement, pour assurer la survie même des plateformes. « Les plateformes peuvent éliminer leurs profits excédentaires par le jeu de la concurrence, en offrant des récompenses ou autres avantages aux consommateurs afin qu'ils n'utilisent que leurs services. Toutefois, ces dépenses peuvent être inefficaces et fausser la nature de la concurrence par les prix qui serait à l'œuvre en l'absence d'accord de cohérence des prix » (Wang et Wright (2015)).

161. Bien que la seule étude qui porte directement sur cette question (Wang et Wright, 2015) n'offre aucun élément susceptible d'étayer l'argument du parasitisme, il faut garder à l'esprit que les résultats ont été obtenus à partir d'un modèle particulier et qu'il n'est pour l'heure pas établi qu'ils puissent être généralisés. Il convient notamment de tenir compte des arguments de Kühn (2015). Cette conclusion permet de dégager une série de questions que les autorités de la concurrence pourraient vouloir examiner :

- Le risque de parasitisme est-il réel ou est-on en présence d'une situation dans laquelle une extrémité de la chaîne verticale tente de protéger des profits supra-normaux ? L'interdiction des APPA risque-t-elle d'entraîner une diminution du nombre de plateformes, voire une disparition de ces dernières ? D'après certaines affaires, il semble que les autorités de la concurrence partent du principe que la concurrence entre plateformes est toujours souhaitable, ce qui est loin d'être évident lorsque la plateforme est un comparateur de prix en ligne. Apparemment, le multi-hébergement est aussi jugé souhaitable, ce qui, compte tenu de l'augmentation des coûts de recherche qui en découle, n'est ni évident ni nécessairement vrai pour tous les marchés. Selon la même logique, comme le rappellent Edelman et Wright (2014 et à paraître), il n'est pas nécessairement souhaitable que les sites de recherche soient sans cesse plus complexes et plus diversifiés.
- L'adoption d'un accord vertical est-elle indispensable ? On pourrait avancer que la réponse dépend de la manière dont la plateforme est indemnisée ou dont elle se finance. À cet égard, il faut se souvenir que certains sites de recherche ou d'évaluation ont été viables pendant longtemps sans avoir conclu d'APPA. De surcroît, les données (massives) relatives aux consommateurs pourraient représenter l'actif le plus précieux des plateformes. Il est fort probable que la compréhension de cet aspect des plateformes soit essentielle pour évaluer les arguments qu'elles peuvent faire valoir pour justifier la conclusion d'APPA.
- Dans quelle mesure la technologie peut-elle être considérée comme bien établie ? S'il subsiste une marge d'innovation importante, l'autorisation d'accords verticaux susceptibles d'avoir des effets anticoncurrentiels peut être positive à long terme pour le bien-être, surtout si ces effets, lorsqu'ils sont avérés, sont vraisemblablement faibles.

5. Conclusion

162. La jurisprudence et les études économiques existantes, dont certaines sont très récentes, permettent de tirer des enseignements sur les principaux effets anticoncurrentiels des APPA ainsi que sur les arguments les plus crédibles susceptibles d'être avancés pour défendre ces accords.

- L'effet de premier ordre des accords qui établissent un lien positif entre les prix de produits concurrents consiste en une atténuation de la concurrence entre les entreprises existantes. Cet effet repose sur une logique simple : en l'absence de pareil accord, si une entreprise abaisse son prix (ou offre une remise), elle peut espérer conquérir de nouveaux clients au détriment de ses concurrents. Le nombre de ces nouveaux clients dépend de divers facteurs, notamment de l'élasticité de substitution, qui conditionne la propension des consommateurs à changer de marque aux prix courants, et du temps qui s'écoule avant que les entreprises concurrentes ne réagissent en ajustant leurs prix. La baisse de prix rapporte d'autant moins que les entreprises concurrentes réagissent vite et agressivement en abaissant leurs propres prix. Or, en plus d'entraîner une réaction plus rapide à une baisse de prix, un APPA peut définir à l'avance la nature de cette réaction. Cet effet est uniquement lié à la dimension horizontale de l'APPA. Le deuxième effet de l'accord est que sachant que l'APPA atténue la concurrence pour attirer des consommateurs, l'entreprise qui fixe le prix de gros ou la part des recettes constituant la rémunération a intérêt à les fixer à un niveau élevé du fait qu'en principe, une partie plus limitée de cette hausse est répercutée sur les consommateurs lorsque la concurrence est atténuée. Il s'ensuit une hausse supplémentaire du prix de détail.
- L'autre effet anticoncurrentiel potentiel a trait à l'entrée sur le marché. En présence d'un APPA, le prix ne fait plus partie des paramètres que peuvent utiliser pour se démarquer les entreprises qui vendent des biens et services visés par l'APPA. Si le prix est un levier sur lequel il est important qu'une entreprise puisse jouer pour réussir à accéder au marché, l'APPA est à l'évidence susceptible de peser aussi sur la concurrence en dissuadant les candidats à l'entrée sur le marché. Il importe cependant de tenir compte d'au moins deux scénarios différents. Dans le premier, le nouvel arrivant se caractérise par une offre de moindre qualité mais aussi par des coûts plus bas, qui, en l'absence d'APPA, lui permettraient de pratiquer des prix plus faibles pour se démarquer des plateformes déjà présentes sur le marché. Dans le deuxième, le nouvel arrivant offre des produits dont la qualité est égale voire supérieure à celle des produits de l'entreprise en place mais pour une raison quelconque, les consommateurs refusent de tester de nouveaux produits, sauf s'ils sont proposés à un prix plus bas (voire nettement plus bas ?).
- Le troisième effet potentiellement négatif d'un APPA est qu'il peut favoriser le passage au modèle d'agence, lequel peut avoir pour corollaire des prix de détail plus élevés.
- Parmi les effets positifs que les APPA sont susceptibles d'avoir pour les consommateurs figurent la lutte contre le parasitisme et la diminution des coûts de transaction. Le parasitisme est celui de ces deux arguments qui a été le plus souvent avancé dans la jurisprudence récente. À titre d'exemple, il peut y avoir risque de parasitisme si une entreprise encourage ses clients à lui acheter directement ses produits une fois qu'ils ont utilisé les services d'une plateforme en ligne fournissant des services de comparaison des prix et d'évaluation par les clients.
- Si les APPA étendus ont sans doute davantage d'effets anticoncurrentiels que les APPA restreints, ces derniers peuvent aussi être préjudiciables à la concurrence. La principale différence entre ces deux types d'accords réside apparemment dans une différence de force de l'argument du parasitisme.

163. Bien que les travaux récents permettent de mieux comprendre les effets des APPA, il apparaît également que l'évaluation de ces effets dans des affaires précises est compliquée par l'existence de différences subtiles mais importantes entre ces affaires. Ainsi, dans le cas des affaires relatives aux livres numériques, trois événements se sont produits de manière concomitante : (i) les éditeurs ont renoncé au modèle de distribution de gros au profit du modèle d'agence, devenant ainsi responsables de la fixation des prix ; (ii) les éditeurs et Apple ont conclu une clause NPF (l'APPA) ; et (iii) le degré d'interopérabilité et par conséquent la concurrence au niveau d'un appareil complémentaire (la liseuse) ont fortement évolué. Il est donc essentiel d'examiner précisément les spécificités de chaque affaire pour appréhender l'ensemble des effets.

164. L'autre enseignement qui peut être tiré est que l'on fait peut-être fausse route en accordant trop d'importance aux effets des APPA sur le niveau absolu des prix⁹¹. Dans certaines affaires, comme l'affaire AmEx, ce sont les conditions qui étaient en cause. D'un point de vue juridique, cette distinction pourrait se révéler importante parce que les accords sur les prix sont considérés comme une infraction *a priori* (restriction « par objet »), alors que d'autres restrictions relèvent de la « règle de raison »⁹².

165. La recherche sur les APPA n'en est qu'à ses débuts et l'analyse des premiers travaux montre que l'on manque encore d'une théorie générale robuste susceptible d'être exposée aux professionnels et aux décideurs publics, ainsi que de données empiriques de bonne qualité de nature à étayer cette théorie. Si l'effet des APPA sur la concurrence qui règne sur le marché est relativement clair, l'effet qu'ils peuvent avoir plus largement sur la concurrence pour l'accès au marché, et plus généralement sur la manière dont le marché va évoluer, l'est beaucoup moins. Pour évaluer le bien-fondé des arguments relatifs au parasitisme et apprécier si l'autorisation d'un APPA a, en termes d'intensification de la concurrence entre distributeurs, des avantages qui peuvent être supérieurs à ses effets négatifs en termes d'augmentation des prix, il nous faut comprendre de manière beaucoup plus précise ce que les plateformes offrent et offriront à l'avenir et mieux appréhender la nature de la concurrence. Il reste encore un certain chemin à parcourir pour y parvenir.

⁹¹ Scott-Morton (2012) rappellent que les APPA ont une portée beaucoup plus large que les clauses NPF, englobant, par exemple, des clauses qui prévoient des remises fondées sur les parts de marché.

⁹² Les deux principaux régimes de droit de la concurrence diffèrent par la terminologie et l'approche utilisées pour les infractions qui sont tellement préjudiciables qu'une analyse approfondie de leurs effets n'est pas obligatoire. Aux États-Unis, ces actes sont dits illicites *a priori* (*per se*) tandis que selon le droit de l'Union européenne, ils constituent des infractions par objet. Les autres infractions relèvent de la règle de raison (*rule of reason*) aux États-Unis et constituent des infractions par effet selon le droit de l'Union européenne. Dans les deux juridictions, il s'ensuit qu'une place plus importante est accordée à la preuve économique des effets anticoncurrentiels.

BIBLIOGRAPHIE

- Abhishek, V., Jerath, K. et Z. J. Zhang, Agency Selling or Reselling? Channel Structures in Electronic Retailing (janvier 2015), à paraître, *Management Science*.
- Akman, P., 2015, « A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses », document de travail non publié, Université de Leeds.
- Akman, P. et M. Hviid, 2006, A Most Favoured Customer Guarantees with a Twist, *European Competition Journal*, vol. 2, pp. 57-86.
- Arbatskaya, M., 2001, « Can Low-Price Guarantees Deter Entry », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 19, pp. 1387-1406.
- Arbatskaya, M., M. Hviid et G. Shaffer, 1999, Promises to Match or Beat the Competition: Evidence from Retail Tire Prices, *Advances in Applied Microeconomics*, vol. 8, pp. 123-138.
- Arbatskaya, M., Hviid, M. et G. Shaffer, 2004, On the Incidence and Variety of Low-Price Guarantees: A Case Study. *Journal of Law and Economics*, vol. XLVII, pp. 307-332, (avril 2004).
- Arbatskaya, M., Hviid, M. et G. Shaffer, 2006, On the Use of Low-Price Guarantees to Discourage Price-Cutting: A Test for Pairwise-Facilitation, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, n° 6, pp. 1139-1156.
- Baker, J. B. (1996), Vertical Restraints with Horizontal Consequences: Competitive Effects of « Most-Favored-Customer » Clauses, *Antitrust Law Journal*, vol. 64, pp. 517-34.
- Baye, Michael R., De los Santos, Babur et Matthijs R. Wildenbeest, Searching for Physical and Digital Media: The Evolution of Platforms for Finding Books, document de travail du NBER, n° 19519, 2013.
- Benhamou, F., « Fair use and fair competition for digitized cultural goods: the case of e-books », *Journal of Cultural Economics* (2015), vol. 39, pp. 123-131.
- Belton, T., 1987, « A model of duopoly and meeting or beating competition », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 5, pp. 399-417.
- Besanko D. et T.P. Lyon, 1993, « Equilibrium incentives for most-favored-customer clauses in an oligopolistic industry », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 11, pp. 347-367.
- Coase, R.H., 1972, « Durability and Monopoly », *Journal of Law and Economics*, vol. 15, pp. 143-149.
- Chen, Y., Narasimhan, C. et Z. J. Zhang, 2001, « Consumer Heterogeneity and Competitive Price-Matching Guarantees », *Marketing Science*, vol. 20, pp. 300-314.
- Cooper, T. E., 1986, « Most-favored-customer pricing and tacit collusion », *Rand Journal of Economics*, vol. 7, pp. 377-88.
- Corts, K., 1996, On the Competitive Effects of Price-Matching Policies, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 15, pp. 283-299.

- Corts, K., 1998, Third Degree Price Discrimination in Oligopoly: All-Out Competition and Strategic Commitment, *The RAND Journal of Economics*, vol. 29, pp. 306-323.
- Crocker et Lyon, 1994.
- Crocker, K.J. et T.P. Lyon, 1994, « What do 'facilitating practices' facilitate? An empirical examination of most-favored nation clauses in natural gas contracts », *Journal of Law and Economics*, vol. 37, pp. 297-322.
- De los Santos, Babur et Matthijs R. Wildenbeest, 2014, « E-book pricing and vertical restraints », document de travail, Université de l'Indiana.
- De los Santos, Babur, Hortacsu, Ali et Matthijs R. Wildenbeest, Testing Models of Consumer Search Using Data on Web Browsing and Purchasing Behavior, *American Economic Review*, vol. 102, pp. 2955-2980, 2012.
- Edelman, B. et J. Wright (2014), « Price Restrictions in Multi-sided Platforms: Practices and Responses », *Competition Policy International*, vol. 10, n° 2, pp. 889-101.
- Edelman, B. et J. Wright (2015), Markets with price coherence, document de travail.
- Edelman, Benjamin et Julian Wright, à paraître, « Price coherence and excessive intermediation », à paraître dans *Quarterly Journal of Economics*, vol. 130, n° 3.
- Edlin, A., 1997, Do Guaranteed-Low-Price Policies Guarantee High Prices, and Can Antitrust Rise to the Challenge?, *Harvard Law Review*, vol. 111, pp. 528-575.
- Edlin, A. et E. Emch, 1999, The Welfare Losses from Price-Matching Policies, *Journal of Industrial Economics*, vol. 47, pp. 145-168.
- Fershtman, C. et Judd, K.L., 1987, « Equilibrium Incentives in Oligopoly », *American Economic Review*, vol. 77, pp. 927-940.
- Foros, Øystein, Hans Jarle Kind, et Greg Shaffer, 2014, « Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple's Agency Model Soften Competition? », document de travail du SNF, n° 06/14.
- Fletcher, Amelia and Morten Hviid. 2015. "Broad Retail Price MFN Clauses: Are They Rpm "at its Worst"?", *Antitrust Law Journal*, forthcoming. Earlier version CCP working paper 14-5 <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8199490/CCP+Working+Paper+14-5.pdf/0ec21eee-12ca-4bc8-b3ea-d5076ab264af>.
- Gans, Joshua S., 2012, « Mobile Application Pricing », *Information Economics and Policy*, vol. 24, pp. 52-59.
- Garrod, L., 2012, « Collusive price rigidity under price-matching punishments », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, n° 5, pp. 471-482.
- Gaudin, Germain et Alexander White, 2014, On the Antitrust Economics of the Electronics Book Industry, document non publié.

Gilbert, Richard, 2015, « E-Books: A Tale of Digital Disruption », *Journal of Economic Perspectives*, vol. 29, n° 3, pp. 165-184.

Goffinet, Pierre et Frederic Puel, 2015, « Vertical Relationships: The Impact of the Internet on the Qualification of Agency Agreements », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 6, n° 4, pp. 242-249.

Hay, G. 1982, « Oligopoly, Shared Monopoly, and Antitrust Law », *Cornell Law Review*, vol. 28, pp. 439-481.

Hviid, M., 2010, Summary of the literature on price guarantees, rapport pour l'Ofcom, Université d'East Anglia.

Hviid, M. et G. Shaffer, 1994, « Do Low-Price Guarantees Facilitate Tacit Collusion », document de travail de l'Université du Michigan, n° 94-02.

Hviid, M. et G. Shaffer, 1999, Hassle Costs: the Achilles' Heel of Price-Matching Guarantees, *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 8, n° 4, pp. 489-521.

Hviid, M. et Shaffer, G., 2012, « Optimal Low-Price Guarantees with Anchoring », *Quantitative Marketing and Economics*, vol. 10, n° 4, pp 393-417.

Hviid, Morten et Greg Shaffer, 2010, « Matching Own Prices, Rivals' Prices, or Both », *Journal of Industrial Economics*, vol. 58, pp. 479-506.

RIC, 2015, Online Vertical Restraints Special Project, préparé par l'Australian Competition and Consumer Commission.

Israel, Alexander et Moritz Jakobs, 2015, « Germany: Challenges from New Online Practices to Established Competition Law Principles », *Journal of European Competition Law and Practice*, à paraître.

Johnson, Justin P., 2013, « The Agency and Wholesale Models in Electronic Content Markets », document non publié (15 mars 2013).

Johnson, Justin P., 2014, « The Agency Model and MFN Clauses », document non publié (10 janvier 2014).

Jones, Alison et Alessandro Turati, 2012, « The UK Tobacco Case: Restrictions by Object in Vertical Agreements », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 3, n° 3, pp. 287-292.

Kühn, Kai-Uwe, 2015, « Platform Markets and the Limits of Antitrust Enforcement: How Should We Think about Protecting Competition in a Rapidly Evolving Environment? », exposé présenté à l'édition 2015 de la conférence annuelle de l'Association européenne pour la recherche en économie industrielle (EARIE).

Kuhn, Tilman et Henning Wegmann, 2014, « Legal aspects of surcharging for specific payment methods—more consistent rules needed », *ERA Forum*, vol. 15, n° 2, 243-262.

LEAR, 2012, Can « Fair » Prices Be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements, rapport établi pour l'Office of Fair Trading, OFT1438.

- Liu, Qihong, 2013, « Tacit Collusion with Low-Price Guarantees », *The Manchester School*, vol. 81, n° 5, 828-854.
- Liu, Qihong et Jie Shuai 2015, « Reverse Pricing and Revenue Sharing in a Vertical Market », *Managerial and Decision Economics*, vol. 36, n° 5, pp. 299-313.
- Logan, J. et R. Lutter, 1989, Guaranteed Lowest Prices: Do They Facilitate Collusion, *Economics Letters*, vol. 31, pp. 189-192.
- Lu, Y. et J. Wright, 2010, « Tacit collusion with price-matching punishments », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 28, pp. 298-306.
- Moorthy, S. et R. Winter, 2006, Price-Matching Guarantees, *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, pp. 449-465.
- Moorthy, S. et X. Zhang, 2006, « Price matching by vertically differentiated retailers: Theory and evidence », *Journal of Marketing Research*, vol. 43, pp. 156-167.
- Nalca, A., Boyaci, T. et S. Ray, 2010, Competitive price-matching guarantees under imperfect store availability, *Quantitative Marketing and Economics*, vol. 8, pp. 275-300.
- O'Brien, D.P. et G. Shaffer, 1994, « The Welfare Effects of Forbidding Discriminatory Discounts: A Secondary-Line Analysis of the Robinson-Patman Act », *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 10, pp. 296-318.
- Png, I.P.L. et D. Hirshleifer, 1987, Price Discrimination Through Offers to Match Price, *Journal of Business*, vol. 60, pp. 365-383.
- Reimers, Imke et Joel Waldfogel, 2014, « Throwing the Books at Them: Amazon's Puzzling Long Run Pricing Strategy », 4 mars 2014.
- Rochet, Jean-Charles et Jean Tirole, 2003, Platform Competition in Two-sided Markets, *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n° 4 (juin 2003), pp. 990-1029.
- Ronayne, Davi, 2015, « Price Comparison Websites », Warwick Economic Research Papers, n° 1056.
- Salop, S., 1986, Practices that (Credibly) Facilitate Oligopoly Coordination, dans J. Stiglitz et F. Mathewson (dir. pub), *New Developments in the Analysis of Market Structure*, MIT Press, Cambridge, MA.
- Salop, Steven C. et Fiona Scott Morton, « Developing an Administrable MFN Enforcement Policy », *Antitrust*, vol. 27, 2012-2013.
- Samuelson, Martha, Piankov, Nikita et Brian Ellman, 2012, Assessing the Effects of Most-Favored Nation Clauses, communication présentée à la réunion du printemps 2012 de la section « Antitrust Law » de l'American Bar Association.
- Scott-Morton F., 1997, « The interaction between a most-favored-customer clause and price dispersion: An empirical examination of the Medicaid rebate rules of 1990 », *Journal of Economics and Management Strategy*, vol. 6, n° 1, pp. 151-174.
- Scott-Morton F., 1997, « The strategic response by pharmaceutical firms to the Medicaid most favoured customer rules », *The RAND Journal of Economics*, vol. 28, n° 2, pp. 269-290.

Scott-Morton, F., 2012, « Contracts that Reference Rivals », discours prononcé à la faculté de droit de l'Université de Georgetown.

Sklivas, Steven D., 1987, « The Strategic Choice of Managerial Incentives », *The RAND Journal of Economics*, vol. 18, n° 3, pp. 452-458.

Steuer, Richard M., 2015, « Online Price Restraints Under U.S. Antitrust Law », *CPI Antitrust Chronicle*, mai 2015, vol. 1, pp. 1-9.

van der Veer, Jan Peter, 2013, « Antitrust Scrutiny of Most-Favoured-Customer Clauses: An Economic Analysis », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 4, n° 6.

Vandenborre, I. et M.J. Frese, 2015, « The role of market transparency in Assessing MFN Clauses », version provisoire.

Vandenborre, Ingrid et Michael J. Frese, 2014, Most Favoured Nation Clauses Revisited, *E.C.L.R.*, vol. 12, pp. 588-593.

Wang, Chengsi et Julian Wright, 2015, « Search platforms: Showrooming and price coherence », document non publié.

Winter, R., 1987, « Colluding on Relative Prices », *The RAND journal of Economics*, vol. 28, n° 2, pp. 359-371.

Winter, R. A., 2008, « Price-Matching and Meeting Competition Guarantees », dans *2 Issues in Competition Law and Policy* 1269 (ABA Section of Antitrust Law).

Wismer, Sebastian, 2015, « A Note on Price-Parity Clauses in Platform Markets », *Competition on the Internet*, *MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law*, vol. 23, pp. 41-52.

Wu, Jason J. et John P. Bigelow, « Competition and the Most Favored Nation Clause », *CPI Antitrust Chronicle* (juillet 2013/2).