

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

Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence - Note de référence

6 juin 2018

Ce document a été préparé pour servir de note de référence sur le point 5 de l'ordre du jour de la 129^e réunion du Comité de la concurrence qui se tiendra du 6 au 8 juin 2018.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :

<http://www.oecd.org/daf/competition/e-commerce-implications-for-competition-policy.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec
M. Antonio Capobianco.
[Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org]

JT03432631

Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence

Note de référence du Secrétariat*

Le commerce électronique, soit dans son acception la plus simple : l'achat et la vente en ligne, est un mécanisme de distribution qui connaît un essor important dans la zone OCDE. Bien que le commerce électronique relève en réalité d'une question de concurrence sur le marché de détail, les dynamiques en jeu diffèrent fortement de celles des marchés commerciaux plus traditionnels. Ses caractéristiques les plus notables incluent l'émergence d'opérateurs de plateformes en ligne de premier plan (dont les activités couvrent différents segments de produits), une plus grande transparence, une importance croissante de la collecte et de l'exploitation de données, et l'utilisation de mécanismes de concurrence basés sur des algorithmes. L'essor du commerce électronique pourrait permettre un renforcement de la concurrence sur les marchés de détail, un élargissement important du choix du consommateur, ainsi qu'une stimulation de l'innovation en termes de distribution des produits. Certaines dynamiques pourraient toutefois également encourager ou faciliter un comportement anticoncurrentiel coordonné et unilatéral de la part des opérateurs économiques, comme le montre le volume croissant de mesures de lutte contre les ententes dans les marchés du commerce électronique au sein de la zone OCDE. Ce document d'information propose une analyse à large spectre des préoccupations potentielles en matière de droit de la concurrence sur les marchés du commerce électronique. Il aborde notamment les restrictions verticales et les pratiques abusives de certains acteurs en position dominante, et s'intéresse brièvement aux problématiques de collusion horizontale et de contrôle des fusions. Ce document examine enfin les solutions réglementaires possibles au-delà du cadre du droit de la concurrence, comme les mesures sectorielles de protection du consommateur ou les approches axées sur la confidentialité des données.

* La présente note de référence a été élaborée à l'attention du Secrétariat de l'OCDE par Niamh Dunne, maître de conférences en droit à la London School of Economics. Elle a également été enrichie des commentaires et contributions d'Antonio Capobianco et de Pedro Gonzaga, de la Division de la concurrence de l'OCDE.

Table des matières

Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence	2
1. Introduction	5
1.1. Définition et formes de commerce électronique	7
1.2. Dynamiques de la concurrence dans les marchés du commerce électronique	11
1.3. Les plateformes multifaces dans le secteur du commerce électronique	14
2. Restrictions verticales	17
2.1. Modèles de distribution exclusive et sélective.....	18
2.1.1. Le modèle de distribution exclusive.....	19
2.1.2. Le modèle de distribution sélective.....	19
2.2. Restrictions tarifaires : prix de vente imposés et systèmes de double prix	22
2.2.1. Prix de vente imposés.....	22
2.2.2. Systèmes de double prix.....	25
2.3. Interdiction des ventes en ligne.....	26
2.4. Interdiction des places de marché en ligne	28
2.5. Interdiction des outils de comparaison des prix.....	30
2.6. Clauses de la « nation la plus favorisée »	31
3. Les comportements unilatéraux des entreprises en position dominante	33
3.1. Définition du marché dans le secteur du commerce électronique.....	34
3.2. Évaluer le pouvoir de marché dans le secteur du commerce électronique.....	36
3.3. Prix d'éviction.....	39
3.4. Refus de fourniture	41
3.5. Ventes liées ou groupées.....	43
3.6. Ciseau tarifaire ou compression des marges	44
3.7. Parasitisme forcé.....	45
3.8. Extension discriminatoire du pouvoir de marché	46
3.9. Pratiques d'exploitation	47
4. Autres problèmes relevant des règles de concurrence présents dans le secteur du commerce électronique.....	49
4.1. Collusion horizontale	49
4.2. Entente « en étoile ».....	50
4.3. Contrôle des fusions.....	53
5. Concurrence sur le marché du commerce électronique et réglementation de ce secteur	54
5.1. Une législation sectorielle.....	55
5.2. Des législations sur la protection des consommateurs et relatives à la protection des données .	55
5.3. Une réglementation du type de celle applicable au secteur des services collectifs.....	58
6. Conclusion.....	59
Notes	61
Références.....	70

Graphiques

No table of figures entries found.

Encadrés

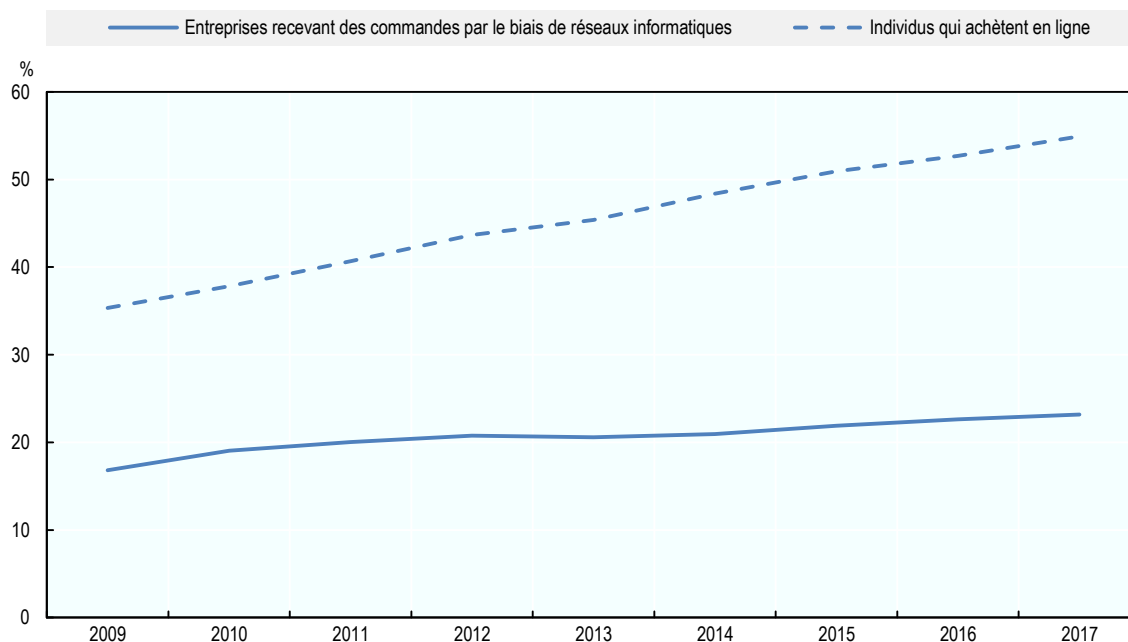
Encadré 1. Critères « Metro » pour les modèles de distribution sélective	21
Encadré 2. La lutte contre les prix de vente imposés au Royaume-Uni	24
Encadré 3. L'interdiction des ventes en ligne comme solution éventuelle au problème du parasitisme	28
Encadré 4. L'affaire <i>Coty</i>	30
Encadré 5. L'affaire Uber en Espagne.....	36

1. Introduction

1. Phénomène aujourd'hui mondial, le commerce électronique (soit dans son acception la plus simple : l'achat et la vente en ligne) est un mécanisme de distribution qui connaît un essor important dans la zone OCDE. Au cours des dix dernières années, les activités liées au commerce électronique ont connu une augmentation aussi bien du côté de l'offre que de la demande, comme le montre le nombre croissant de particuliers effectuant des achats en ligne (lequel a dépassé 50 % de la population en 2017), ainsi que l'augmentation régulière du nombre d'entreprises enregistrant des commandes par le biais des réseaux informatiques (**Error! Reference source not found.**). L'essor du commerce électronique pourrait permettre un renforcement de la concurrence sur les marchés de détail, un élargissement important du choix du consommateur, ainsi qu'une stimulation de l'innovation en termes de distribution des produits.

2. Certaines dynamiques à l'œuvre dans les marchés du commerce électronique pourraient néanmoins encourager ou faciliter des pratiques anticoncurrentielles unilatérales ou d'entente de la part des opérateurs économiques. L'émergence d'opérateurs de plateformes en ligne en position dominante, dont les activités couvrent différents segments de produits et qui profitent notamment des effets de réseau et des avantages non négligeables de la collecte de données, suscite de plus en plus d'inquiétudes. Le renforcement de la transparence et l'utilisation accrue d'outils automatisés dans les marchés du commerce électronique sont susceptibles de poser de nouveaux risques en termes de concurrence pour les détaillants en ligne.

Graphique 1. Croissance du commerce électronique dans les pays de l'OCDE



Note : Les commandes reçues par le biais de réseaux informatiques comprennent celles effectuées par l'internet et par message EDI (Electronic Data Interchange ou Échange de données informatisé). Aucune donnée disponible pour les États-Unis et le Chili.

Source : OCDE (2018), « Accès et utilisation des TIC par les ménages et les individus », Statistiques de l'OCDE sur les télécommunications et l'internet (base de données), <http://dx.doi.org/10.1787/6bca1fd3-fr>. OCDE (2018), « ICT Access and Use by Businesses (Edition 2017) » (Accès et utilisation des TICs par les entreprises (édition 2017), Statistiques de l'OCDE sur les télécommunications et l'internet (base de données), <http://dx.doi.org/10.1787/58897a61-en>.

3. Dans la zone OCDE, les autorités de la concurrence adoptent de plus en plus une approche active dans la sensibilisation aux mesures antitrust sur les marchés du commerce électronique et dans leur application. L'*Enquête sectorielle sur le commerce électronique* de la Commission européenne, laquelle enquête s'est conclue en mai 2017 par la publication d'un rapport détaillé mettant en évidence les dynamiques de la concurrence dans les marchés du commerce électronique au sein de l'Union européenne, soulignait l'importance croissante du commerce électronique dans le secteur du commerce de détail, mais également les préoccupations potentielles suscitées par ce phénomène en matière de concurrence¹. D'autres juridictions ont également réalisé ce type d'étude. Par exemple, la Federal Commission for Economic Competition (COFECE) a ouvert une enquête en 2017 sur les problèmes de concurrence dans les marchés du commerce électronique au Mexique². Différentes autorités ont par ailleurs mené des enquêtes sur certaines pratiques observées dans les marchés du commerce électronique, et les ont sanctionnées. Ces pratiques couvrent l'éventail complet des règles du droit de la concurrence : de la collusion horizontale aux restrictions verticales, en passant par les comportements purement unilatéraux.

4. Face à ces évolutions, le Comité de la concurrence a jugé opportun de se pencher sur la question du commerce électronique. Le présent document d'information analyse les dynamiques qui sous-tendent la concurrence sur les marchés actuels du commerce électronique, mais aussi les préoccupations potentielles en matière de droit de la concurrence qui peuvent en découler, et enfin les solutions réglementaires possibles au-delà du cadre antitrust. Il s'appuie également sur des travaux existants de l'OCDE dans ce domaine et dans d'autres domaines connexes, comme les marchés multifaces (2018), les ententes algorithmiques (2017), les données massives (2016a), la discrimination par les prix (2016b), les accords inter-plateformes (2015a) et les restrictions verticales appliquées aux ventes en ligne (2013).

5. En matière de droit de la concurrence, nous constatons que ce sont les restrictions verticales qui sont aujourd'hui les plus couramment appliquées dans les marchés du commerce électronique. Les formes de restrictions les plus fréquentes reposent sur l'utilisation pour les fournisseurs de mécanismes de distribution sélectifs, ainsi que sur des clauses de parité tarifaire appliquées par les plateformes en ligne de vente au détail. Il existe toutefois un autre sujet d'inquiétude plus complexe : le degré selon lequel des arrangements verticaux peuvent laisser paraître des éléments de collusion horizontale, constituant ainsi de puissants réseaux en étoile. Notre analyse a par ailleurs permis d'identifier différents obstacles à une application efficace de règles sur les pratiques unilatérales aux marchés du commerce électronique, même si ces obstacles ne remettent aucunement en cause le bien-fondé d'un tel objectif.

6. Nous abordons également les mécanismes juridiques, au-delà de la sphère du droit de la concurrence, qui peuvent contribuer à lutter contre les pratiques anticoncurrentielles dans le commerce électronique, parmi lesquels les réglementations sectorielles, les mesures de protection du consommateur et les lois sur la confidentialité des données. Tous ces mécanismes présentent des avantages propres en comparaison avec le droit de la concurrence, dans la mesure où ils apportent une réponse à certains types précis de

dysfonctionnements du marché, mais aucun ne peut toutefois prétendre remplacer de manière optimale l'application du droit de la concurrence.

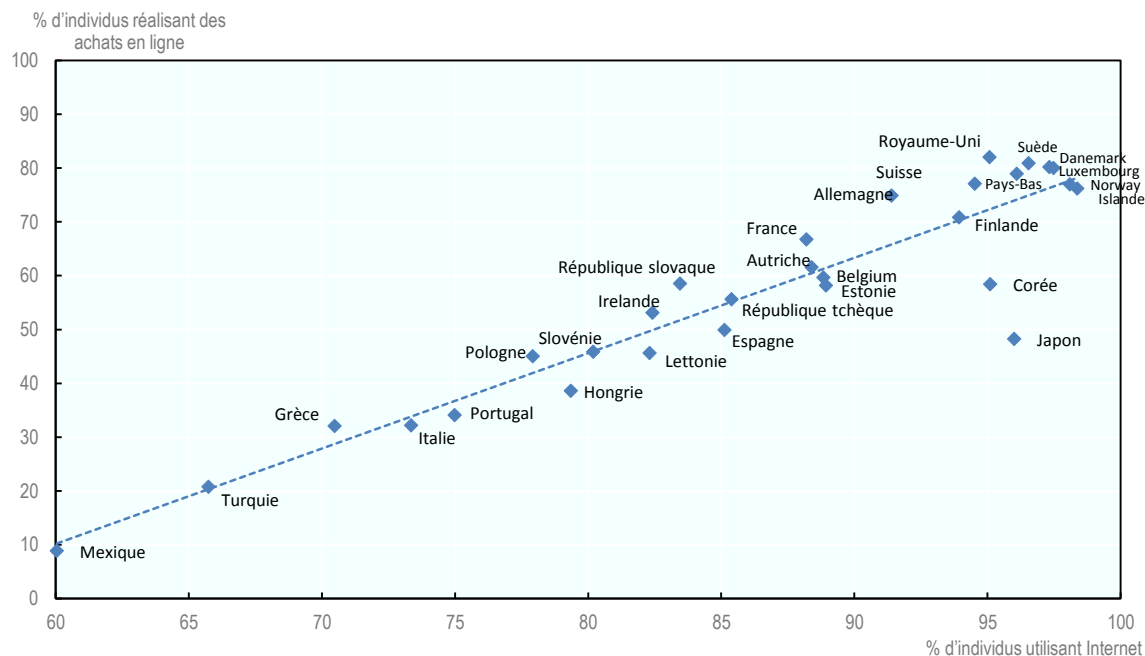
7. Cette section introductive examine les paramètres caractéristiques de la concurrence dans les marchés du commerce électronique. Dans un premier temps, nous définirons et aborderons plus en détail la notion de commerce électronique. Ensuite, nous identifierons les particularités récurrentes des marchés du commerce électronique, en mettant l'accent sur ses conséquences pour les dynamiques concurrentielles dans les secteurs concernés. Enfin, nous examinerons les caractéristiques spécifiques des plateformes multifaces de commerce électronique en ligne, qui par leur nature mènent à des débats plus larges sur les problèmes de concurrence posés par l'émergence de l'économie des plateformes numériques.

1.1. Définition et formes de commerce électronique

8. L'expression « commerce électronique » se rapporte aux activités d'achat et de vente de produits en ligne (Murray, 2016). Au sens large, le commerce électronique intègre toutes les activités commerciales réalisées par le biais de réseaux électroniques, y compris la vente de biens et services, le transfert de fonds, les activités de marketing en ligne, ainsi que la collecte et le traitement de données. Selon une définition plus restreinte, le commerce électronique se limite principalement à la fourniture de services et biens de consommation par le biais de canaux de vente en ligne. Pour les besoins du présent document d'information, l'accent sera mis sur les chaînes de valeur de distribution du commerce électronique, lesquelles conduisent à terme à la vente de produits de consommation auprès de consommateurs finaux³.

9. Par nature, le commerce électronique est à la fois inséparable et tributaire de l'essor de l'internet et de l'émergence de l'économie numérique. Son développement est conditionné par la capacité des détaillants et des clients de disposer d'un accès fiable à l'internet, avec une corrélation positive entre les taux d'achats en ligne et les taux de pénétration de l'internet identifiés dans les pays de l'OCDE (**Error! Reference source not found.**)⁴. Le secteur du commerce électronique est en outre particulièrement affecté par le basculement actuel de l'informatique de bureau vers l'informatique mobile. En effet, une part croissante du commerce électronique se déroule aujourd'hui non seulement en ligne mais aussi de manière nomade, c'est-à-dire depuis des appareils mobiles comme les smartphones (Evans, 2016).

Graphique 2. Commerce électronique et pénétration de l'internet dans les pays de l'OCDE en 2017



Note : Aucune donnée disponible pour l'Australie, le Canada, le Chili, les États-Unis, Israël et la Nouvelle-Zélande.

Source : OCDE (2018), « Accès et utilisation des TIC par les ménages et les individus », Statistiques de l'OCDE sur les télécommunications et l'internet (base de données), <http://dx.doi.org/10.1787/6bca1fd3-fr>.

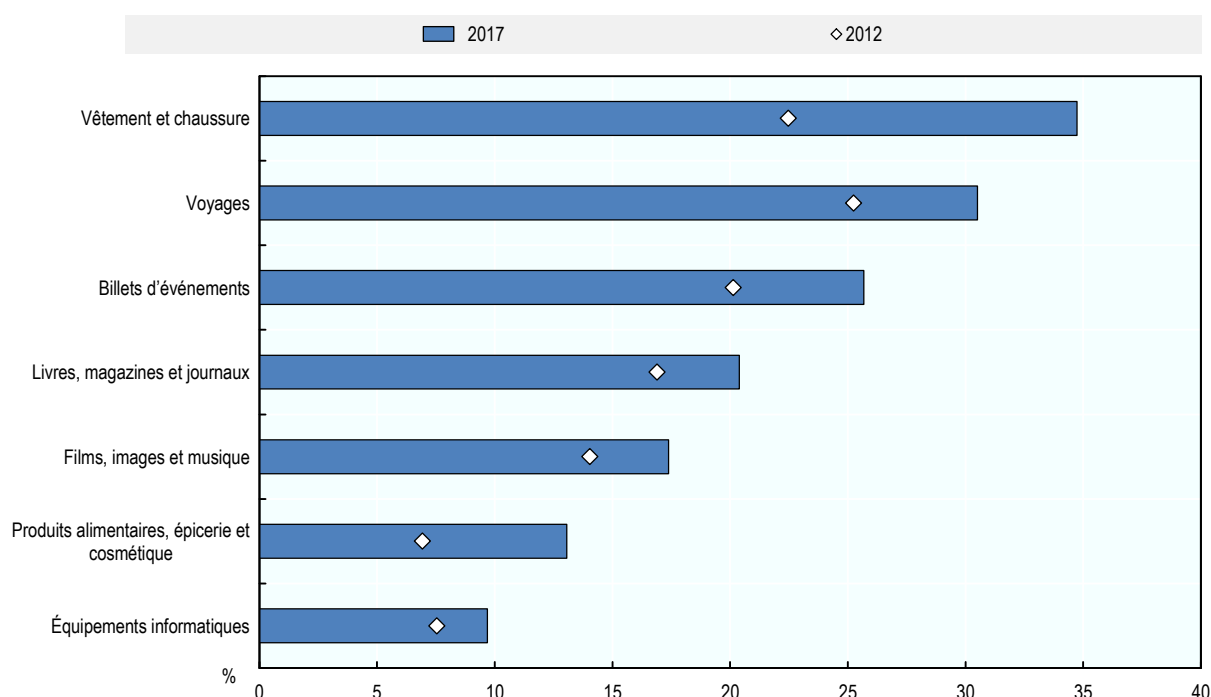
10. Trois grandes catégories de produits couramment vendus en ligne peuvent être identifiées. La première correspond aux **biens de consommation matériels** et inclut les vêtements et les chaussures, les produits de santé et les cosmétiques, et les appareils électroniques grand public. Le commerce électronique de biens implique nécessairement une livraison physique qui peut prendre différentes formes, que ce soit par le système postal classique, par l'intermédiaire de services de messagerie spécialisés, auprès de points de collecte situés à des emplacements plus pratiques pour les clients (à l'instar des consignes Amazon Locker) ou par « autodistribution » via un service de retrait en magasin (le client réalise la transaction d'achat en ligne mais vient lui-même récupérer sa commande dans un magasin physique).

11. La deuxième catégorie concerne la vente de **services pour la consommation hors ligne**. Ces services proposés à la vente en ligne incluent les transports (par ex. : billets d'avion ou de train), l'hébergement (par ex. : réservations hôtelières), les services touristiques (par ex. : entrées de musées) et les événements culturels (par ex. : tickets de cinéma ou de concert). Bien que la vente en ligne de services entraîne parfois la livraison physique de billets imprimés ou autres preuves d'achat, les prestataires ont de plus en plus recours à l'envoi de billets électroniques par e-mail. Cela dit, les services eux-mêmes ont presque toujours une concrétisation physique : le client empreinte physiquement le train, séjourne à l'hôtel, assiste à un concert, etc.

12. La troisième et dernière catégorie englobe la vente et la diffusion en ligne de **services de contenus numériques**. Les exemples les plus courants sont les films, les

programmes de télévision, les livres numériques et la musique enregistrée. Dans ces cas, l'intégralité de la transaction (y compris la livraison) est réalisée en ligne, une opération appelée « distribution numérique complète » (Hovenkamp, 2016) par laquelle le service est transmis à l'aide du protocole standard de commutation de paquets utilisé sur l'internet⁵. Le même contenu peut être livré physiquement sous la forme de livres, DVD, CD, etc., auquel cas nous revenons à la première catégorie.

Graphique 3. Proportion d'individus réalisant des achats en ligne par catégorie de produit dans les pays de l'OCDE



Note : Les données relatives à certaines activités en ligne ne sont pas disponibles pour tous les pays de l'OCDE. Dans ces cas, nous nous basons sur un échantillon d'au moins 31 pays.

Source : OCDE (2018), « Accès et utilisation des TIC par les ménages et les individus », Statistiques de l'OCDE sur les télécommunications et l'internet (base de données), <http://dx.doi.org/10.1787/6bca1fd3-fr>.

13. En parallèle à la grande variété de biens et services qui relèvent aujourd'hui du commerce électronique, une tout aussi grande variété peut être observée dans les modèles économiques et les canaux de commerce électronique mis en place. Les fabricants et les prestataires de services peuvent ainsi choisir d'opérer une intégration verticale, en gérant leurs propres sites de commercialisation en ligne pour proposer des biens ou services directement à leurs clients. Les faits montrent que l'essor du commerce électronique a entraîné une expansion concomitante du commerce de détail en ligne pour les fabricants, dont bon nombre ne disposent pas d'une présence commerciale équivalente sous la forme de boutiques physiques traditionnelles⁶. L'intégration verticale s'avère particulièrement simple et efficace pour les prestataires de services qui ne nécessitent aucun réseau de distribution physique (Hovenkamp, 2016). Ce type d'intégration offre aux fabricants et aux prestataires de services un contrôle non négligeable sur leurs ventes en ligne, et notamment sur la tarification, mais peut éloigner les entreprises de leurs activités premières, avec des responsabilités supplémentaires en termes de marketing, de distribution, de service à la clientèle, etc.

14. Dans le cas des biens ou services vendus en ligne par le biais de détaillants (non intégrés), les points de vente peuvent prendre des formes très variées. Bon nombre d'enseignes physiques ont aujourd'hui développé une présence en ligne. Le commerce électronique correspond alors à une simple extension de leur activité de vente traditionnelle et de l'expérience d'achat qu'elles proposent en magasin. Le rapide développement de l'internet au cours des vingt dernières années a toutefois entraîné l'apparition de nombreux détaillants œuvrant exclusivement en ligne. Certains de ces détaillants étaient auparavant des entreprises de vente par correspondance ou des boutiques physiques de taille bien inférieure. D'autres ont directement lancé leur activité uniquement en ligne, se développant parfois pour inclure un ou plusieurs magasins physiques afin d'accompagner l'essor de leur activité⁷.

15. Les commerces de détail en ligne peuvent par ailleurs prendre la forme de ce qu'il convient d'appeler des « places de marché ». Celles-ci se composent de plateformes numériques multifaces rassemblant de nombreux détaillants, offrant un point d'accès centralisé aux clients et simplifiant les transactions entre vendeurs et acheteurs. Ces places de marché peuvent ainsi être considérées comme des intermédiaires qui proposent une plateforme d'interconnexion entre acheteurs et vendeurs, par opposition aux revendeurs qui occupent les marchés de détail traditionnels (Friederiszick et Glowicka, 2016). Les places de marché fournissent également des services aux annonceurs, comme l'amélioration du positionnement dans les résultats des moteurs de recherche intégrés aux sites.

16. Une place de marché peut fonctionner uniquement en tant qu'intermédiaire, hébergeant des registres de vendeurs tiers (eBay en est un exemple notable) ou sous une forme hybride, disposant de ses propres offres de produits de détail tout en intégrant des services d'intermédiation pour d'autres détaillants (Amazon Marketplace en est certainement l'exemple le plus connu). Il peut également être utile de distinguer les places de marché ouvertes, qui acceptent les catalogues tiers (dans les limites fixées par la loi), et les sites fermés, pour lesquels un détaillant doit obtenir une pré-approbation afin de proposer ses produits à la vente⁸.

17. Cette dernière définition du commerce électronique rejoint partiellement celle de l'économie collaborative ou du partage. Celle-ci se base un principe de sous-utilisation de biens durables et autres ressources (ou d'heures-personnes dans le contexte de l'économie au cachet) entraînant un excédent de capacités qui peuvent être proposées à la location (Horton et Zeckhauser, 2016). Les entreprises de l'économie collaborative permettent l'introduction de nouveaux produits, ressources et fournisseurs sur le marché, et tirent parti des nouvelles technologies pour réduire les coûts de transaction qui viendraient autrement entraver la marchandisation (Stallibrass et Fingleton, 2016 ; FTC, 2016).

18. Dans la mesure où les services d'intermédiation qui favorisent l'émergence de l'économie du partage sont proposés uniquement en ligne, les entreprises concernées (offrant par exemple des services de covoiturage ou de location de chambres) entrent toutes dans le champs du commerce électronique au sens large. L'économie du partage étant toutefois basée sur un mode d'échange direct entre ses différents acteurs, la plupart des transactions se démarquent grandement des modèles commerciaux entre entreprises et consommateurs, plus courants dans le domaine du commerce électronique. Bien que cette asymétrie ait conduit certains à considérer que les *prestataires de services* de l'économie du partage ne devraient pas tomber sous le coup d'une surveillance par les autorités de contrôle de la concurrence, et ce, afin de faciliter une action collective visant à l'amélioration des conditions de travail (par ex. Lao, 2018a), ces inquiétudes s'étendent

rarement aux plateformes d'intermédiation en ligne qui sous-tendent ces transactions ; lesquelles plateformes sont souvent des opérateurs économiques de premier plan, à la fois rentables et influents (FTC, 2016).

1.2. Dynamiques de la concurrence dans les marchés du commerce électronique

19. Les marchés du commerce électronique se caractérisent par des dynamiques spécifiques. En effet, le commerce électronique relève intrinsèquement d'un enjeu de concurrence sur le marché de détail. Les dynamiques à l'œuvre sur ces marchés, et leurs conséquences aussi bien positives que négatives pour les consommateurs, diffèrent grandement de leurs contreparties sur le marché de détail traditionnel (Friederiszick et Glowicka, 2016).

20. L'essor du commerce électronique permet de toute évidence un élargissement important du choix pour les consommateurs. Ceux-ci ne sont plus limités par l'offre des détaillants situés dans un rayon géographique acceptable, mais peuvent se fournir auprès de n'importe quel site marchand, national comme international, dont le réseau de distribution s'étend jusqu'à leur porte. L'enquête sectorielle de la Commission a notamment révélé que les consommateurs des plus petits pays membres de l'Union européenne sont plus enclins à réaliser des achats en ligne transfrontaliers⁹, ce qui laisserait à penser que le commerce électronique permet de compenser l'offre limitée des marchés nationaux restreints.

21. Le nombre absolu de détaillants auxquels les consommateurs ont accès ne fait cependant pas tout. L'amélioration de la disponibilité des informations et l'accroissement de la transparence des marchés du commerce électronique contribuent également à réduire les coûts de recherche, et donc à augmenter le choix du consommateur et à renforcer son pouvoir d'achat (Friederiszick et Glowicka, 2016)¹⁰. D'une part, l'utilisation régulière de systèmes de notation et d'avis des consommateurs sur les plateformes en ligne de vente au détail augmente le volume d'informations disponibles en amont pour les clients potentiels et renforce ainsi le niveau de confiance aussi bien dans les détaillants que pour les produits concernés. On constate d'autre part une transparence des prix bien plus importante entre les détaillants, ce qui permet une comparaison des prix bien plus facile pour les consommateurs. Le recours à des sites de comparaison des prix, qui collectent les données tarifaires des produits mis en vente par un grand nombre de détaillants en ligne et proposent souvent des avis des consommateurs, contribuent à stimuler ces deux dynamiques¹¹.

22. Ces caractéristiques du marché ont toutefois des inconvénients notables. Du point de vue du consommateur, un *excès* d'informations peut également s'avérer problématique puisqu'il induit une augmentation des coûts de recherche, dans la mesure où les clients doivent utiliser différents outils en ligne pour trier et sélectionner les informations disponibles. Par ailleurs, les avis des consommateurs restent subjectifs par nature. Il convient ainsi de noter qu'au moins un site web d'évaluation de premier plan a régulièrement eu à gérer des avis potentiellement frauduleux et des évaluations diffamatoires¹².

23. De la même manière, une plus grande transparence des prix facilite non seulement les comparaisons pour les consommateurs, mais elle permet aussi aux détaillants de surveiller plus efficacement les tarifs pratiqués par leurs concurrents et donne la possibilité aux fournisseurs de contrôler les prix au détail (notamment pour identifier les escomptes à outrance). Ce premier effet suscite des inquiétudes dans la mesure où les

ententes entre détaillants (explicites ou tacites) pourraient s'en voir facilitées, alors que le second effet pourrait permettre le contrôle et l'application de politiques de prix de vente imposés (explicites ou tacites elles aussi). Les risques de voir apparaître ces pratiques sont d'autant plus grands qu'elles sont favorisées par l'utilisation de logiciels de suivi des prix, ainsi que d'algorithmes de tarification qui ajustent automatiquement les prix pratiqués par un détaillant en fonction des modifications apportées par ses concurrents. Toutes ces questions sont abordées plus en détail dans la section 4.1.

24. Bien que les canaux de vente en ligne s'avèrent particulièrement efficaces dans la diffusion des informations prévente et dans leur accès, le débat sur une réglementation optimale du commerce électronique revient régulièrement concernant les services dont on estime qu'ils seraient mieux assurés dans le cadre de transactions personnelles dans des points de vente physiques. L'un des arguments que l'on retrouve souvent dans ce contexte est celui de l'apparition de comportements opportunistes (parasitisme) chez les détaillants en ligne, lesquels tireraient parti de services pourtant coûteux proposés par leurs concurrents traditionnels hors ligne, tout en pratiquant des prix inférieurs à ceux des points de vente physiques (Friederiszick et Glowicka, 2016).

25. Ce parasitisme porte préjudice à une distribution au détail optimale des produits de deux manières différentes. La première est que les détaillants hors ligne pourraient arrêter de proposer des services prévente pourtant précieux afin d'éviter une appropriation de leurs investissements. La seconde est qu'une forte concurrence tarifaire risquerait d'exclure totalement du marché les détaillants traditionnels, limitant ainsi le choix du consommateur (Hughes, 2017). Le parasitisme peut néanmoins avoir des conséquences inverses, dans le sens où certains clients pourraient préférer effectuer des recherches en ligne et choisir d'effectuer leurs achats auprès de détaillants physiques traditionnels¹³.

26. Dans la pratique, les données empiriques solides sur les niveaux de parasitisme sont plutôt limitées (Friederiszick et Glowicka, 2016). Le souhait de s'opposer au parasitisme dont se rendraient coupables les détaillants en ligne semble toutefois motiver certains des accords de distribution actuels les plus stricts sur les marchés du commerce électronique, comme l'encadrement de la liberté des prix à la revente et les restrictions des activités de commerce en ligne. La difficulté pour les autorités de la concurrence est de faire la différence entre, d'une part, les pratiques qui apparaissent comme restrictives et qui visent à atteindre des objectifs légitimes liés à la prévention d'un parasitisme réellement néfaste et, d'autre part, les cas où les accusations de parasitisme ne sont qu'un faux prétexte.

27. La centralité des données des consommateurs en tant que ressource essentielle constitue une autre caractéristique importante du secteur du commerce électronique, caractéristique qu'il a d'ailleurs en commun avec les marchés numériques de manière générale (Graef, 2015 ; Shelanski, 2013 ; OCDE, 2016a). Dans le contexte du commerce électronique, l'accès à ce type de données permet une adaptation plus ciblée et pertinente des services d'achat en fonction des préférences des consommateurs. Bien que les détaillants en points de vente physiques s'intéressent eux aussi de près aux habitudes de consommation de leurs clients, l'environnement en ligne permet une vue bien plus détaillée de leur comportement. Cela ne se limite toutefois pas à identifier quels produits les consommateurs achètent simultanément, mais aussi à quelle heure ils accèdent aux boutiques en ligne et quels produits ils consultent avant de passer à l'acte d'achat final, ainsi qu'à bénéficier d'un historique d'achat sur le long terme pour chaque client (Graef, 2015). Cette vue détaillée des habitudes et préférences des clients permet en fin de compte la personnalisation des offres de produits de détail pour chaque consommateur,

qu'il s'agisse de recommandations plus efficaces pour des achats à venir ou éventuellement d'une tarification individualisée, basée sur la volonté ressentie d'un consommateur à payer pour un produit (Shelanski, 2013).

28. Les conséquences en termes de lutte antitrust de la collecte des données restent une question très controversée (pour une analyse nuancée, voir Costa-Cabral et Lynskey, 2017). La personnalisation des prix suscite la crainte d'une discrimination par les prix entre des clients dans des situations pourtant analogues. Le contrôle des données de blocage ou de premier niveau de contact pourrait potentiellement donner à une plateforme en position de force la capacité d'exclure ses concurrents de segments de marchés connexes, comme l'illustre la fonctionnalité *Shopping* de la *Recherche Google*. Tout au moins, l'accumulation à très grande échelle des données relatives aux consommateurs par des plateformes florissantes, laquelle facilite les améliorations régulières et optimisent le ciblage de l'offre de détail, peut constituer un obstacle à l'entrée dans le secteur du commerce électronique (Shelanski, 2013).

29. Il convient également de prendre en compte le rôle central de la publicité dans le commerce électronique, et dans l'économie numérique de manière plus générale. Cette fois encore, le recours à la publicité par les détaillants dans le but d'attirer des clients ne se limite aucunement au secteur du commerce électronique, mais elle y joue un rôle aussi essentiel qu'intéressant. D'abord, les activités de collecte des données décrites précédemment permettent aussi une personnalisation et un ciblage plus précis des campagnes publicitaires. L'un des exemples les plus parlants est celui des publicités individualisées basées sur l'exploitation de témoins (*cookies*) en fonction de l'historique de navigation d'un consommateur, lesquelles publicités donnent l'impression de suivre l'utilisateur quels que soient les sites qu'il consulte par la suite, même sur des plateformes non apparentées.

30. Ensuite, les restrictions imposées par les fournisseurs en matière de publicité, comme les politiques tarifaires minimales, s'avèrent de plus en plus courantes dans les marchés du commerce électronique. L'utilisation récurrente de telles limitations peut contribuer à entraver la transparence des prix qui favorise une concurrence agressive sur les marchés du commerce électronique. Nombre d'analystes désapprouvent toutefois leur condamnation automatique au regard des caractéristiques toutes particulières du secteur du commerce de détail en ligne (par ex. : Hughes, 2017 ; Asker et Bar-Isaac, 2018).

31. Enfin, la publicité constitue un lien essentiel entre le commerce électronique (que l'on peut décrire comme l'élément *monétisé* de l'économie numérique) et d'autres composants centraux qui n'apparaissent pas lucratifs au premier abord, comme les réseaux sociaux ou la recherche en ligne (Evans, 2016 ; Graef, 2015). Ces derniers, présentés aux consommateurs comme des services sans contrepartie financière, sont généralement sponsorisés par la publicité en ligne, notamment par le biais de liens permettant d'accéder aux sites de commerce électronique correspondants (Newman, 2015). Par ailleurs, à mesure que les entreprises du secteur numérique se développent, la relation entre le commerce électronique et les autres services devient plus intégrée mais aussi plus subtile (par ex., via l'introduction de publications Instagram dotées de la fonction *Shopping*). Le commerce électronique ne représente ainsi pas une simple évolution de la vente au détail au XXI^e siècle, mais constitue réellement un composant central de l'écosystème de l'économie numérique au sens large.

32. Il convient toutefois de souligner qu'une grande partie des critiques les plus argumentées s'opposant à l'application du droit de la concurrence dans les marchés numériques peuvent sembler moins pertinentes dans le contexte du commerce

électronique (Manne et Wright, 2010, en offrent un exemple représentatif). Premièrement, il est rare de rencontrer des types de produits numériques ostensiblement gratuits qui rendraient plus complexe la définition du marché et altéreraient la perception des comportements d'amélioration du bien-être des consommateurs (Evans, 2011 ; Gal et Rubinfeld, 2016). En effet, la finalité du commerce électronique reste semble-t-il d'obtenir des paiements au comptant auprès des consommateurs.

33. Ensuite, l'innovation par le numérique joue généralement un rôle plus marginal (concernant la critique traditionnelle, voir Shelanski, 2013). Bien qu'elles puissent enrichir l'expérience d'achat aussi bien du point de vue des acheteurs que des vendeurs (par le biais de fonctions de recherche plus performantes, par une meilleure protection des systèmes de paiement, etc.), ces améliorations ont rarement un impact réel sur les biens ou services qui restent au cœur des transactions sous-jacentes. À titre d'exemple, l'optimisation des mécanismes du commerce électronique sous un angle purement technologique ne peut en soi pas épargner aux clients les chambres d'hôtel mal insonorisées ou les chaussures de piètre facture, même si des systèmes de notation efficaces peuvent évidemment empêcher aux autres clients de commettre les mêmes erreurs à l'avenir.

34. Enfin, la nature distante du commerce électronique, comparé à la vente au détail plus traditionnelle, accroît sa dépendance vis-à-vis de l'infrastructure sur laquelle il repose. Deux autres composants s'avèrent par ailleurs essentiels, au-delà des exemples déjà mentionnés ci-dessus (moteurs de recherche, sites de comparaison des prix et places de marché en ligne, notamment), à savoir les systèmes de paiement électroniques et les réseaux de distribution utilisés par les vendeurs. Ces activités sont généralement confiées à des prestataires tiers, même si une intégration verticale étendue notamment aux opérations de distribution a pu être observée auprès d'importants détaillants de commerce électronique. L'inquiétude des consommateurs concernant non seulement la sécurité mais aussi la fiabilité des structures de distribution peut pousser au moins certains d'entre eux à se tourner vers des détaillants en ligne (enseignes connues) et places de marché déjà bien établis, en ce sens que la notion de réputation supplée alors le besoin de fiabilité (Marsden et Whelan, 2010). Il a en effet pu être observé que le renforcement de la confiance des consommateurs en ligne était l'un des principaux facteurs de l'augmentation des taux de participation dans le commerce électronique au sein de l'Union européenne¹⁴.

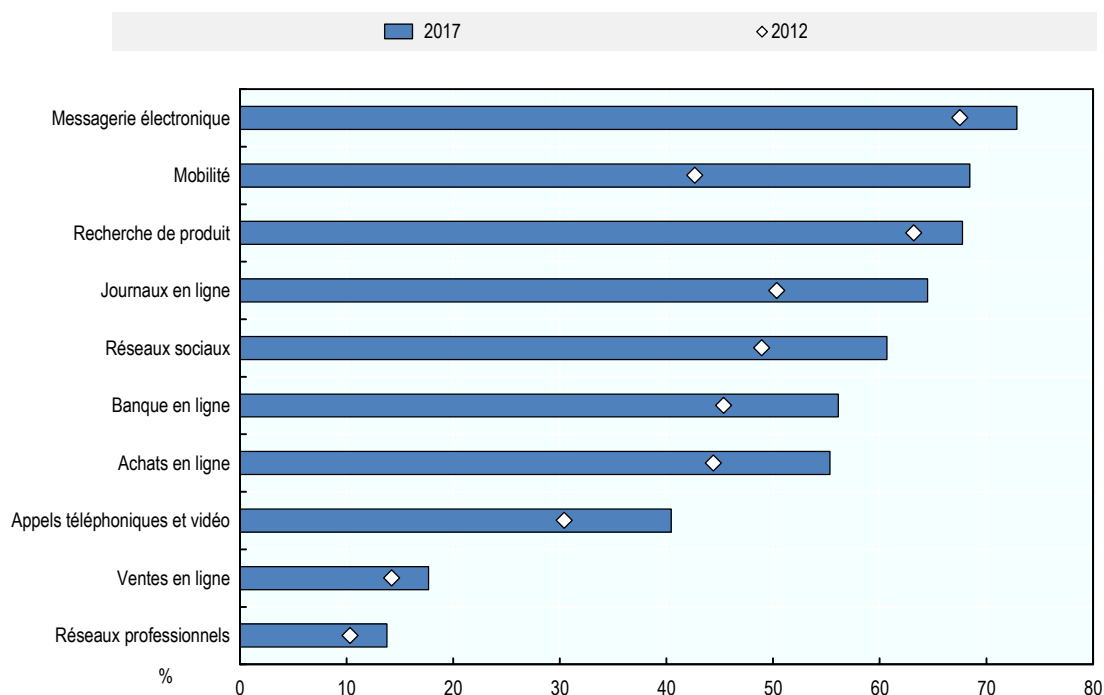
1.3. Les plateformes multifaces dans le secteur du commerce électronique

35. Nous nous sommes pour l'instant contentés de décrire les modèles économiques et les dynamiques de la concurrence qui caractérisent les marchés du commerce électronique de manière générale. La dernière partie de cette section introductive s'intéresse brièvement à un type spécifique d'acteur du commerce électronique, à savoir les plateformes multifaces de vente au détail. Les défis que représentent l'émergence de l'économie des plateformes en matière de politique de la concurrence et la nature « multifaces » de tels marchés sont particulièrement bien documentés (Evans, 2016 ; Auer et Petit, 2015 ; Sokol et Ma, 2017 ; Gurkaynak et al, 2017 ; Collyer et al, 2017), notamment dans les travaux récents de l'OCDE (2018).

36. Dans le contexte du commerce électronique, les places de marché sont un exemple type de plateformes multifaces, rassemblant en un même point des détaillants à la recherche de clients, des acheteurs à la recherche de produits (souvent en concurrence) et des annonceurs à la recherche de vues et de clics. Cependant, la relation inhérente entre

les canaux de commerce électronique et le financement de l'économie numérique de manière plus générale ouvre la voie à d'autres modèles multifaces, comme l'illustre le rapprochement entre la publicité de détail et la recherche en ligne (Shelanski, 2013). Le rôle des plateformes multifaces est d'autant plus évident si l'on prend en considération une définition plus large du commerce électronique, comme le montre le nombre croissant de personnes utilisant l'internet pour des activités en ligne extrêmement variées et qui reposent par nature sur des modèles économiques multifaces (**Error! Reference source not found.**).

Graphique 4. Proportion des individus utilisant l'internet par activité en ligne dans les pays de l'OCDE



Note : Les données relatives à certaines activités en ligne ne sont pas disponibles pour tous les pays de l'OCDE. Dans ces cas, nous nous sommes basés sur un échantillon d'au moins 28 pays.

Source : OCDE (2018), « Accès et utilisation des TIC par les ménages et les individus », Statistiques de l'OCDE sur les télécommunications et l'internet (base de données), <http://dx.doi.org/10.1787/6bca1fd3-fr>.

37. Bien que l'objet du présent document ne soit pas de faire une redite des très nombreux travaux déjà disponibles sur les approches permettant d'aborder de manière optimale les problèmes de concurrence dans les marchés multifaces, le fait que les plateformes en ligne aient un rôle central dans le soutien ou la mise en œuvre des activités de commerce électronique a pour conséquence que toute enquête sur la concurrence se concentre finalement sur des opérateurs multifaces. De la même manière, plusieurs caractéristiques essentielles des plateformes en ligne doivent être prises en compte (nous nous inspirons principalement d'Evans, 2016). Ces problématiques sont également abordées plus en détail dans la section 3, relativement à la possibilité de trouver des situations de position dominante dans le secteur du commerce électronique.

38. D'abord, l'innovation majeure de la théorie des marchés multifaces réside dans l'existence de plusieurs groupes de consommateurs, hétéroclites mais interconnectés,

interagissant par le biais d'une plateforme, chacun présentant des exigences propres. Une place de marché de vente au détail en ligne, par exemple, propose des services pour les détaillants tiers, les particuliers et les annonceurs. Ces différents types de demandes restent toutefois interdépendants, en ce sens qu'une hausse de prix ou une baisse de qualité pour l'un de ces groupes peut avoir des effets de rétroaction, réduisant la demande non seulement pour le groupe directement concerné, mais aussi pour d'autres utilisateurs de la même plateforme.

39. Ensuite, les plateformes multifaces impliquent généralement des péréquations entre les différents participants. L'utilisation de la plateforme est proposée à un prix faible, voire nul, pour un groupe, alors que tous les profits réalisés par la plateforme le sont par le biais des redevances appliquées aux autres participants. À titre d'exemple, bon nombre de places de marché en ligne facturent des frais aux détaillants pour l'intégration de leur produits au catalogue de la plateforme et aux annonceurs pour l'acquisition d'espace publicitaire, mais n'appliquent aucuns frais supplémentaires aux clients pour les achats réalisés sur la plateforme. De la même manière, des services comme les moteurs de recherche en ligne et les sites de réseaux sociaux sont mis à disposition des utilisateurs à titre gratuit¹⁵, le coût de la prestation de ces services étant couvert par les recettes publicitaires, ce qui renvoie indirectement au contexte du commerce électronique. Généralement, l'adoption d'une structure de rémunération inégale par les plateformes en ligne renforce les interdépendances entre les différents groupes d'utilisateurs, dans la mesure où l'inclusion de participants bénéficiant d'un accès gratuit s'avère indispensable pour attirer des participants à but lucratif. De la même manière, cela implique que les approches traditionnelles de la définition des marchés et de l'évaluation du pouvoir de marché, et en particulier via le test SSNIP (augmentation faible mais significative et non transitoire des prix) ou test de situation en prix relatifs, pourraient être moins pertinentes ou précises dans un contexte multifaces.

40. Enfin, les plateformes en ligne connaissent à la fois des innovations incrémentales fréquentes, visant à améliorer leurs services pour attirer toujours plus de participants de chaque côté de la plateforme, mais aussi des innovations de rupture plus occasionnelles, à l'occasion desquelles les plateformes de premier plan sont supplantées par d'autres modèles économiques. Comme exposé ci-dessus, on peut estimer qu'une concurrence dynamique est moins essentielle au commerce électronique que dans d'autres secteurs de l'économie numérique, comme pour les médias sociaux, où les produits sous-jacents achetés sont distincts des environnements numériques d'achat. Cette interconnexion propre à l'écosystème numérique implique toutefois une prise en compte des considérations dynamiques, en partie car les coûts de sortie relativement faibles et la capacité à utiliser plusieurs plateformes (lesquels facteurs stimulent l'innovation dans le secteur numérique) ont également une place importante dans le commerce électronique.

41. Cette section introductive visait à décrire la grande variété des produits et modèles économiques qui alimentent le secteur du commerce électronique et participent à son évolution. Les sections suivantes abordent la possible émergence de comportements anticoncurrentiels dans ces marchés, tout en mettant l'accent sur deux phénomènes majeurs (à savoir les restrictions verticales et les pratiques unilatérales d'entreprises en position dominante ou de monopole). Nous examinons également rapidement d'autres problèmes de concurrence potentiels, et notamment les pratiques d'entente et de contrôle des fusions. Nous mettons par ailleurs en évidence les théories du préjudice qui sont apparues dans la pratique ou qui ont déjà été identifiées dans les travaux existants, puis évoquons d'une part les principales questions qui restent encore ouvertes et d'autre part

les défis à venir en termes d'application du droit de la concurrence pour les organismes concernés.

2. Restrictions verticales

42. Le fait que la (ré)émergence de restrictions verticales pose un problème sérieux en termes de droit de la concurrence, au moins dans certaines juridictions, est l'un des effets les plus visibles de l'importance croissante des marchés du commerce électronique. À ce jour, c'est dans le domaine des restrictions verticales que peut être observé le plus gros volume de mesures antitrust sur les marchés du commerce électronique, alors que le développement continu des canaux de vente en ligne a poussé bon nombre d'autorités de la concurrence à repenser leur approche des restrictions verticales, comme l'ont fait récemment la commission japonaise de la concurrence (Japan Fair Trade Commission, ou JFTC)¹⁶ et l'autorité turque de la concurrence (Turkish Competition Authority, ou TCA)¹⁷.

43. La nécessité d'un traitement plus modéré des restrictions verticales dans le cadre du droit de la concurrence, par opposition aux collusions horizontales, est bien établie : les restrictions verticales n'impliquent aucune limitation directe de la concurrence et génèrent souvent des résultats significatifs en termes d'amélioration du bien-être. Il n'existe toutefois aucune approche universelle dans l'évaluation des restrictions verticales du point de vue du droit de la concurrence. En prenant en 2007 son célèbre arrêt *Leegin*¹⁸, la Cour suprême des États-Unis a entériné l'obligation d'évaluer toutes les restrictions verticales au cas par cas selon la « règle de raison », laquelle repose sur un principe d'équilibre des impacts anticoncurrentiels et pro concurrentiels potentiels, excluant de fait la possibilité que ces restrictions soient considérées *per se* comme illicites au regard du paragraphe 1 de la loi Sherman (voir également Sokol, 2014).

44. En revanche, à l'occasion de différentes décisions tout aussi contestées rendues peu après¹⁹, la Cour de justice de l'Union européenne a réaffirmé la nécessité d'un traitement « par effet » de certaines restrictions verticales conformément à l'article 101(1) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), et notamment de celles qui visent à segmenter le marché intérieur. Il est toutefois important de noter que le droit communautaire conserve la possibilité de justifier ce qui apparaît à première vue comme une coordination restrictive en référence aux gains compensateurs, conformément à l'article 101(3) du TFUE, règle d'exemption d'une pertinence que l'on peut considérer comme supérieure dans le contexte des restrictions verticales²⁰. Par ailleurs, la jurisprudence récente remet en cause tout recours automatique abusif des restrictions de concurrence par objet, suggérant une approche plus nuancée et contextuelle qui pourrait avoir un impact plus important sur le traitement des restrictions verticales²¹.

45. Dans le cas des restrictions verticales qui échappent aux condamnations *per se* ou « par effet », il convient de procéder à une analyse, à la fois propre au contexte et mobilisant d'importantes ressources, des effets concurrentiels possibles de ces restrictions dans la pratique. Dans la mise en œuvre de cette évaluation, l'un des principaux signes indiquant qu'une restriction verticale est susceptible d'entraîner une limitation non négligeable de la concurrence, avec des répercussions négatives sur le bien-être des consommateurs, est l'émergence d'un pouvoir de marché aux mains d'une ou plusieurs des parties contractantes²². L'existence de différentes restrictions verticales du même type dans un même secteur constitue un élément central pour déterminer si un ensemble de

limitations parallèles contribue globalement à un amoindrissement de la concurrence sur les marchés en amont ou en aval²³.

46. Dans la mesure où un nombre croissant de fabricants choisissent de gérer eux-mêmes leurs propres sites de commerce électronique (afin d'opérer une intégration verticale), leurs contrats de distribution sont exclus du champ d'application des règles de la concurrence régissant les accords anticoncurrentiels²⁴. Pour bon nombre de fabricants, ce qui motive cette décision d'intégration est justement la volonté de bénéficier de niveaux de contrôle supérieurs sur la distribution, aussi bien en termes de qualité que de prix²⁵. Les restrictions verticales incluses dans des accords d'agence légitimes (selon lesquels un fournisseur nomme un détaillant en ligne comme agent afin d'exploiter un point de vente de commerce électronique en son nom) sont de la même manière exclues du champ d'application du droit de la concurrence dans la plupart des pays²⁶.

47. La plupart des restrictions verticales susceptibles de soulever des problèmes de concurrence sont par conséquent liées aux efforts des fabricants pour limiter ou contrôler la revente en ligne de leurs produits par des détaillants sans aucune affiliation avec eux. Ces efforts sont généralement motivés par la volonté de restreindre totalement les ventes en ligne ou de limiter la différenciation entre les canaux de vente en ligne et hors ligne. Les limitations contractuelles imposées par les plateformes en ligne de vente au détail (comme les obligations d'exclusivité ou l'engagement demandé aux vendeurs de proposer leurs meilleurs prix sur la plateforme concernée) constituent une autre catégorie importante de restrictions verticales potentielles dans le secteur du commerce électronique.

48. La section suivante identifie et examine les restrictions verticales que l'on rencontre le plus couramment dans l'environnement en ligne. Sont ainsi abordés pour chaque type de restriction sa motivation commerciale et ses effets restrictifs potentiels, ainsi que le traitement dont il a pu faire l'objet à ce jour en termes de droit de la concurrence. Le traitement des restrictions verticales en ligne dans le cadre du droit de la concurrence européen fera l'objet d'une attention toute particulière, dans la mesure où il reflète la priorité croissante accordée à l'application du droit de la concurrence dans ce domaine, aussi bien par la Commission européenne que par les autorités compétentes de certains États membres. Il convient enfin de souligner, comme indiqué ci-dessus, qu'identifier ce qui apparaît à première vue comme une violation de l'article 101(1) du TFEU représente seulement la première étape d'une évaluation ; il revient alors aux entreprises défenderesses d'apporter des justifications fondées quant aux arrangements verticaux qui apparaîtraient restrictifs en fonction des critères d'efficacité de l'article 101(3) du TFEU.

2.1. Modèles de distribution exclusive et sélective

49. Les fournisseurs adoptent une grande variété de modèles de distribution et de clauses potentiellement restrictives pour l'environnement en ligne, lesquelles varient notamment en fonction des produits concernés, de la zone géographique ou du type du détaillant²⁷. La première question consiste ainsi à déterminer si le modèle de distribution sous-jacent mis en place par un fabricant dans le cadre de ventes en ligne est susceptible de limiter la concurrence. Deux modèles distincts présentent un intérêt tout particulier : la **distribution exclusive** et la **distribution sélective**.

2.1.1. Le modèle de distribution exclusive

50. La distribution exclusive se rapporte aux arrangements verticaux par lesquels un fournisseur autorise contractuellement un seul distributeur à commercialiser ses produits dans un territoire donné. La distribution exclusive restreint de fait la concurrence intramarque, en limitant à la fois le nombre de grossistes auprès desquels les détaillants peuvent se procurer des biens de consommation, mais aussi les points de vente au détail auprès desquels les consommateurs peuvent acheter des produits. Ce mode de distribution est aussi bien utilisé par les fabricants pour leurs canaux de vente en ligne et hors ligne, bien qu'il ne s'agisse dans aucun cas du modèle prédominant sur tous les marchés²⁸.

51. Les fabricants peuvent choisir de recourir à une distribution exclusive au cas par cas, et ce, pour toute une série de raisons, et notamment :

- pour lancer ou établir une marque sur un nouveau marché ;
- pour réaliser des économies d'échelle en termes de distribution ;
- pour encourager les distributeurs à investir dans les installations et la formation liées à la vente de leurs produits, et pour maintenir les incitations dans cet engagement²⁹.

52. Malgré le potentiel réel de restriction qu'elle peut représenter en termes de concurrence intramarque, la distribution exclusive ne constitue pas une restriction « par effet » selon l'article 101(1) du TFEU. Ceci reflète la position, d'abord exprimée par la Cour de justice suite à l'étude des restrictions verticales dans son célèbre arrêt *Metro* en 1977, selon laquelle « *la concurrence par le prix, pour importante qu'elle soit – de sorte qu'elle ne peut jamais être éliminée –, ne constitue pas la seule forme efficace de concurrence ni celle à laquelle doit, en toutes circonstances, être accordée une priorité absolue*³⁰ ».

53. Portée dans les années 60 devant la Cour de justice des Communautés européennes, l'affaire *STM* a permis d'établir que la distribution exclusive, en tant que telle, n'entre pas dans le cadre des restrictions de concurrence par objet, même si suivant les circonstances un accord de distribution exclusive peut être considéré comme ayant en pratique des effets de limitation de la concurrence³¹. Dans l'affaire *STM*, la Cour a notamment souligné la nécessité potentielle d'une telle exclusivité afin de lancer un produit sur un nouveau territoire, laissant à penser que dans une telle situation la restriction apparente ne devait pas être vue comme une véritable « *altération du jeu de la concurrence*³² ».

2.1.2. Le modèle de distribution sélective

54. La distribution sélective se rapporte aux arrangements verticaux selon lesquels un fournisseur définit des critères d'admission pour son réseau de distribution et s'engage à fournir ses produits à tout distributeur répondant à ces exigences minimales (Marsden et Whelan, 2010 ; Buccirosi, 2015). Les fournisseurs n'ont généralement aucune obligation légale de rendre publics leurs critères de sélection³³. Cette fois encore, la distribution sélective est utilisée par les fournisseurs aussi bien pour leurs ventes en ligne qu'hors ligne. Néanmoins, l'un des effets les plus visibles de l'essor du commerce électronique a été l'adoption de mécanismes de distribution sélective par les fournisseurs, souvent d'ailleurs par l'inclusion de « clauses particulières pour l'internet » visant à introduire des dispositions restrictives pour les ventes en ligne³⁴.

55. Les fournisseurs choisissent généralement la distribution sélective afin d'assurer des conditions de vente d'un niveau de qualité suffisant pour leurs produits. Et plus précisément, les raisons invoquées pour l'adoption de la distribution sélective est qu'elle permet aux fournisseurs de :

- protéger le positionnement d'un produit sur le marché ;
- préserver l'image et la réputation de la marque ;
- garantir la prestation de services prévente et après-vente efficaces ou individualisés aux consommateurs ;
- assurer une présentation plus homogène des produits chez l'ensemble des détaillants³⁵.

56. La volonté d'atteindre ces objectifs apparaît clairement dans les critères de sélection couramment utilisés pour l'intégration à un réseau de distribution, comme le contrôle des opérations de marketing par les détaillants, les obligations concernant la mise en place d'un service client ou les limitations sur la vente de produits concurrents. Dans le cas des ventes hors ligne, les fournisseurs ont depuis toujours imposé aux détaillants un cahier des charges en termes d'emplacement géographique, de taille minimum et de niveau de qualité. On observe qu'ils cherchent de plus en plus à imposer des obligations du même ordre dans le cadre des ventes en ligne, exigeant notamment qu'un détaillant dispose de son propre site web, lequel doit proposer certaines fonctionnalités ou les interdire, parfois avec une pré-approbation de l'apparence globale du site par le fournisseur³⁶. Il peut arriver qu'il soit demandé aux distributeurs autorisés de disposer d'un ou plusieurs points de vente physiques, au moins pour les gammes de produits de premier plan, même là où les ventes en ligne ne sont pas interdites en tant que telles³⁷.

57. La distribution sélective est évaluée par le droit communautaire en fonction de critères appelés les « critères *Metro* »³⁸, confirmés par les récentes décisions rendues suite aux affaires *Pierre Fabre*³⁹ et *Coty*⁴⁰, qui excluent ce type d'arrangement du champ de l'article 101(1) du TFEU pourvu que certaines conditions soient satisfaites (Encadré 1). Si au moins un de ces critères n'est pas rempli, l'arrêt *Pierre Fabre* suggère que les accords de distribution constituent une restriction de la concurrence « par effet »⁴¹, bien que cette interprétation reste sujette à recours (Jones et Sufrin, 2016).

Encadré 1. Critères « Metro » pour les modèles de distribution sélective

Dans la célèbre affaire « Metro », la Cour européenne de justice a reconnu la légalité des systèmes de distribution sélective satisfaisant l'ensemble des quatre conditions suivantes :

1. Les revendeurs doivent être sélectionnés sur la base de critères objectifs de nature qualitative.
2. Les critères de sélection doivent être énoncés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et ne doivent pas être appliqués de manière discriminatoire.
3. Les caractéristiques des produits concernés doivent nécessiter le recours à un tel réseau afin de préserver leur qualité et d'assurer leur utilisation correcte.
4. Les critères de sélection ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire (évaluation de la proportionnalité).

Plusieurs aspects des critères Metro méritent une attention plus particulière. Premièrement, les critères de sélection des arrangements autorisés conformément aux dispositions de l'article 101(1) du TFEU ne peuvent porter que sur des caractéristiques qualitatives. Cela exclut de fait les critères quantitatifs. Autrement dit, un fournisseur ne peut pas légalement choisir de limiter simplement le nombre de points de vente au détail approvisionnés en termes absolus. On remarquera une certaine opposition avec l'approche du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux de 2010, lequel prévoit une exemption globale pour la distribution sélective, quels que soient les critères de sélection, à condition que les arrangements concernés n'incluent aucune restriction caractérisée de la concurrence et que des seuils de part de marché soient respectés (30 % ou moins sur tous les marchés affectés).

Deuxièmement, sachant que cette limitation n'est pas non plus reprise dans le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, la distribution sélective n'est possible que si les « caractéristiques » des produits concernés justifient des conditions de vente d'un niveau élevé. L'interprétation générale de ce critère laisse à penser que seuls des produits de luxe ou d'une grande complexité technique peuvent être acceptés (Marsden et Whelan, 2010). La société Metro elle-même commercialisait des équipements électroniques grand public, appartenant clairement à cette deuxième catégorie de produits. La récente affaire Coty, centrée sur les restrictions à l'utilisation de places de marché en ligne dans le cadre d'un système de distribution sélective, a par ailleurs confirmé que les parfums haut de gamme appartenaient à la première catégorie.

À l'inverse, dans l'affaire Pierre Fabre qui concernait également des restrictions *de facto* sur les ventes en ligne, la Cour de justice a estimé que les produits cosmétiques et d'hygiène ne pouvaient être considérés en l'occurrence comme des produits de luxe, même si les marques en question étaient généralement vues comme des marques haut de gamme. De la même manière, le Bundeskartellamt (Office fédéral des cartels) allemand, dans une décision par la suite confirmée par la Cour fédérale, a considéré que les chaussures de sport et de course n'étaient pas des produits de luxe et ne pouvaient bénéficier de l'exemption Metro pour la distribution sélective.

Sources : Règlement (UE) n° 330/2010 du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101(3) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (OJ L 102/1, 23.4.2010) ; Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales. Communiqué de presse du Bundeskartellamt, « ASICS dealers allowed to use price comparison engines -

Federal Court of Justice confirms Bundeskartellamt's decision » (La Cour fédérale confirme l'arrêt du Bundeskartellamt autorisant les revendeurs ASICS à utiliser des comparateurs de prix), http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2018/25_01_2018_Entscheidung_Asics.html.

58. Il convient toutefois de noter que même s'il est possible de tenir les systèmes de distribution exclusive ou sélective pour compatibles avec les dispositions de l'article 101(1) du TFEU, l'inclusion de restrictions verticales complémentaires peut remettre en cause la légalité de systèmes auparavant autorisés. Débattue peu après l'affaire *STM*, l'affaire *Consten & Grundig* fait figure de cas d'école, puisque la Cour de justice a estimé à l'inverse que le système de distribution exclusive constituait une restriction « par effet » de la concurrence. Le facteur discriminant principal entre les affaires *STM* et *Consten* était dans le deuxième cas l'affectation de droits de propriété intellectuelle, une disposition qui permettait au distributeur désigné d'interdire les importations parallèles non autorisées depuis son territoire, lui octroyant ainsi une protection territoriale absolue (autrement dit, une protection contre les ventes tierces aussi bien actives que passives).

59. Il est important de noter que les ventes en ligne non sollicitées sont considérées comme des ventes passives au regard du droit communautaire⁴², ce qui signifie que des restrictions caractérisées sur les ventes en ligne, qu'elles soient explicites ou *de facto*, suscitent une certaine méfiance (voir la section 2.3). Dans le cas de la distribution sélective, les restrictions complémentaires sont évaluées sous l'angle de la proportionnalité des critères Metro, lequel vise à déterminer si une restriction s'avère à la fois pertinente et nécessaire pour atteindre les objectifs proconcurrentiels qui sous-tendent un système de distribution⁴³.

60. Le reste de cette section s'intéresse aux restrictions verticales communes qui ont fait leur apparition dans l'environnement en ligne, et qui peuvent être associées à des accords de distribution exclusive ou sélective, ou bien qui peuvent constituer des restrictions isolées dans un réseau de distribution ouvert.

2.2. Restrictions tarifaires : prix de vente imposés et systèmes de double prix

61. Les restrictions verticales tarifaires témoignent généralement d'une volonté des fabricants d'influencer les prix facturés pour leurs produits par les détaillants en ligne aux clients finaux (OCDE, 2008). À l'instar de nombreuses autres restrictions verticales, les restrictions tarifaires peuvent générer des gains d'efficacité, mais elles constituent souvent l'une des limitations les plus directes de la concurrence intramarché. La présente section se penche ainsi sur les prix de vente imposés et les systèmes de double prix, lesquels soulèvent des questions difficiles au regard du droit de la concurrence actuel.

2.2.1. Prix de vente imposés

62. Les prix de vente imposés sont un type de restriction verticale par lequel une entreprise en amont, comme un producteur ou un grossiste, impose des exigences en termes de prix de détail ou sur d'autres conditions de vente définies par une entreprise en aval (OCDE, 2008). Cette restriction peut prendre différentes formes, comme un prix de vente maximum imposé (prix de détail plafond), un prix de vente minimum imposé (prix de détail plancher) ou un prix de vente fixe imposé (prix de détail exact que doit appliquer un détaillant pour un produit spécifique). Parfois, plutôt que de recourir à un

prix de vente imposé, les grossistes définissent des prix de vente conseillés, lesquels sont non contraignants et peuvent être appliqués ou ignorés par les détaillants.

63. D'un côté, les prix de vente maximums imposés et les prix de vente conseillés ne constituent généralement pas une violation en soi du droit de la concurrence, puisqu'ils sortent du champ de l'objet poursuivi. Ce traitement légal plus favorable s'explique du fait que ces restrictions tarifaires n'empêchent aucunement les détaillants de proposer des remises ou de se livrer à une concurrence tarifaire entre marques, tout en continuant de générer des gains d'efficacité en apportant par exemple une solution au phénomène de « marginalisation multiple ». Les fabricants doivent toutefois veiller à ce que ces recommandations explicites ne se transforment pas dans la pratique en prix fixes⁴⁴.

64. De l'autre côté, l'application de prix de vente imposés (fixes ou maximums) constitue une restriction « par effet » de la concurrence⁴⁵ dans la plupart des pays, y compris au Royaume-Uni où la Competition and Markets Authority œuvre activement pour porter devant les tribunaux les situations de prix de vente imposés (Encadré 2)⁴⁶. Les États-Unis font figure de principale exception, dans la mesure où le droit de la concurrence américain évalue toutes les restrictions verticales tarifaires au cas par cas (règle de raison)⁴⁷. Alors que le traitement « par effet » des prix de vente fixes et minimums imposés adopté dans la plupart des pays soulève certaines critiques, le règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux de 2010 et les Lignes directrices sur les restrictions verticales continuent d'approuver une telle approche⁴⁸, notamment en raison du potentiel effet négatif que les prix de vente imposés pourraient avoir sur la concurrence entre marques et parce qu'ils pourraient encourager les situations de collusion horizontale entre fabricants ou détaillants (OCDE, 2008).

Encadré 2. La lutte contre les prix de vente imposés au Royaume-Uni

Au Royaume-Uni, la Competition and Markets Authority (CMA) a mis en œuvre de nombreuses actions au cours des dernières années pour lutter contre les prix de vente imposés dans le secteur de la vente en ligne, chacune prenant une forme légèrement différente.

En 2016, la CMA a condamné à une amende un fabricant de matériel de restauration qui avait appliqué une politique de prix minimums affichés pour les ventes en ligne, laquelle a été considérée *de facto* comme une politique de prix minimums au vu des caractéristiques spécifiques de l'environnement du commerce électronique. La même année, elle a également sanctionné un fournisseur d'équipements sanitaires qui appliquait une politique explicite de prix conseillés pour les ventes en ligne, laquelle s'apparentait en réalité à une politique de prix minimums, dans la mesure où ce fournisseur menaçait les détaillants récalcitrants de supprimer leurs produits présentant des prix plus élevés et de leur retirer l'autorisation d'utiliser en ligne les images du fabricant. En 2017, la CMA a par ailleurs condamné à une amende un fournisseur de luminaires pour avoir appliqué des prix de vente minimums imposés à ses détaillants pour les ventes en ligne, et ce, sous couvert d'accords de licence par l'internet.

Cette affaire a conduit la CMA à publier une lettre ouverte à l'attention des fournisseurs et revendeurs, soulignant les bonnes pratiques et les pratiques répréhensibles relativement aux restrictions verticales tarifaires dans le secteur de la vente en ligne :

« Si vous êtes fournisseur :

- *Vous ne devez pas imposer le prix auquel vos produits sont vendus, que ce soit en ligne ou par le biais d'autres circuits de commercialisation.*
- *Les politiques définissant un prix minimum affiché pour les ventes en ligne peuvent être assimilées à l'application de prix de vente imposés, lesquels tombent généralement sous le coup de l'illégalité.*
- *Vous ne devez pas recourir à des menaces ou à des incitations financières, ou prendre quelque mesure que ce soit (comme restreindre l'approvisionnement ou appliquer des conditions moins favorables) pour forcer les revendeurs à respecter les prix de vente conseillés.*
- *Vous ne pouvez pas garder secrets les accords de prix de vente imposés. Les politiques de restriction des prix dans le cadre d'arrangements d'entreprise à entreprise sont illégales, qu'il s'agisse d'accords établis oralement ou par écrit. De la même manière, vous ne pouvez pas utiliser de politiques apparemment légitimes (par ex. l'application de droits sur les images) pour masquer des pratiques de prix de vente imposés. » CMA (2017).*

Sources : Communiqués de presse de la CMA : « Fridge supplier fined £2.2 million for restricting online discounts » (Un fournisseur de réfrigérateurs condamné à une amende de 2,2 millions GBP pour entrave à l'application de rabais en ligne), <https://www.gov.uk/government/news/fridge-supplier-fined-22-million-for-restricting-online-discounts> ; « Bathroom supplier fined £826,000 for restricting online prices » (Un fournisseur d'équipements sanitaires condamné à une amende de 826 000 GBP pour limitation des prix en ligne), <https://www.gov.uk/government/news/bathroom-supplier-fined-826000-for-restricting-online-prices> ; « Lighting company fined £2.7 million for restricting online prices » (Une entreprise de luminaires condamnée à une amende de 2,7 millions GBP pour limitation des prix en ligne), <https://www.gov.uk/government/news/lighting-company-fined-27-million-for-restricting-online-prices> ;

CMA (2017), « Restricting resale prices: an open letter to suppliers and resellers » (Restriction des prix de revente : lettre ouverte aux fournisseurs et revendeurs), https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/620454/resale-price-maintenance-open-letter.pdf.

65. Dans le secteur du commerce électronique, l'utilisation de prix de vente fixes ou minimums imposés est souvent motivée par la crainte des fabricants d'être victimes de parasitisme sur les prestations de services hors ligne, ainsi que de rabais agressifs sur les circuits de distribution en ligne, lesquels pourraient altérer le prestige d'une marque ou sa position sur le marché. Par conséquent, l'application de restrictions tarifaires peut aider à réduire l'impact d'une érosion rapide des prix en ligne, protégeant ainsi à la fois le niveau des prix de gros et les marges des prix au détail⁴⁹. L'argument concernant le parasitisme en particulier est toutefois contesté, puisqu'on a pu observer des pratiques de parasitisme dans les deux sens (Lao, 2010).

66. La défiance face aux prix de vente imposés, au moins à l'extérieur des États-Unis, montre que les fabricants sont plus enclins à conseiller des prix de détails en ligne qu'à les imposer⁵⁰. Toutefois, malgré la nature théoriquement non contraignante des prix conseillés, les détaillants sont souvent prêts à suivre ces recommandations, soit parce qu'ils les trouvent financièrement avantageuses, soit parce qu'ils ne souhaitent pas compromettre des relations commerciales durables, ou encore parce qu'ils se plient à des menaces explicites de représailles s'ils refusent de coopérer⁵¹. L'utilisation croissante de logiciels de surveillance des prix, lesquels permettent aux fabricants de détecter les variations opérées par les détaillants en ligne par rapport aux prix conseillés, peut de fait renforcer le recours à des recommandations de prix fixes ou minimums⁵².

67. Un autre sujet à controverse consiste à savoir dans quelle mesure les restrictions imposées par les fournisseurs concernant des *prix affichés* minimums dans l'environnement en ligne (sans préjudice des prix réellement appliqués) devraient être vues comme équivalentes à l'application de politiques de prix de vente fixes ou minimums imposés (Hughes, 2017 ; Asker et Bar-Isaac, 2018).

2.2.2. Systèmes de double prix

68. Il existe une question plus délicate encore : déterminer si un système de double prix, selon lequel un fabricant applique des prix de gros différents pour ses produits suivant qu'ils sont vendus par le biais de canaux en ligne ou hors ligne, devrait ou non constituer une restriction verticale caractérisée. Les politiques de double prix ont en théorie pour objet de dédommager les détaillants hors ligne pour les charges plus élevées qu'ils doivent assumer en lien avec leurs points de vente physiques, y compris pour la prestation de services prévente et après-vente. Ces politiques peuvent toutefois permettre de contrer la concurrence tarifaire agressive associée à l'essor du commerce électronique en augmentant les coûts des détaillants en ligne, ou pour dissuader les détaillants de se tourner vers les canaux de vente en ligne.

69. La question de savoir si un système de double prix doit automatiquement être considéré comme suspect du point de vue du droit de la concurrence reste sujette à débat. Concrètement, bien que des prix de gros plus élevés pour les ventes en ligne puissent faire du commerce électronique une activité moins lucrative, les systèmes de double prix n'interdisent aucunement les ventes en ligne, ni l'application de remises par les détaillants

en ligne, même si ces derniers doivent sacrifier une part plus importante de leurs marges au profit des consommateurs s'ils souhaitent proposer les mêmes offres. D'un autre côté, si la différence entre les prix de gros définis pour des produits vendus via les canaux en ligne et ceux vendus via les canaux hors ligne est conséquente et dépasse largement les coûts supplémentaires induits par les points de vente physiques, alors un système de double prix peut être considéré *de facto* comme une restriction caractérisée des ventes en ligne.

70. C'est la raison pour laquelle, bien que l'on accorde globalement aux fabricants le droit de facturer des prix de gros différents en fonction des détaillants, la Commission européenne considère à l'heure actuelle que les politiques de double prix constituent des restrictions caractérisées au regard de l'article 4(b) du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, et potentiellement des restrictions « par effet » selon les dispositions de l'article 101(1) du TFEU⁵³. Le Bundeskartellamt (2013) avait ainsi pris différentes mesures à l'encontre de nombreux fabricants coupables d'avoir mis en place des structures de double prix formalisées ou implicites.

71. L'enquête du Bundeskartellamt sur les pratiques de remise de Lego, le fabricant de jouets, en est un bon exemple. En effet, Lego proposait auparavant des remises à ses détaillants en fonction de différents facteurs, comme le métrage de linéaires dédiés aux produits Lego dans un point de vente au détail. Le Bundeskartellamt a dénoncé cette pratique au motif qu'elle désavantageait les détaillants en ligne qui ne pourraient jamais bénéficier de ce facteur de remise spécifique, la considérant *de facto* comme un système de double prix. L'affaire a finalement été réglée suite aux engagements qu'a consentis l'entreprise défenderesse⁵⁴.

2.3. Interdiction des ventes en ligne

72. L'interdiction pure et simple des ventes en ligne constitue la forme de restriction verticale au commerce électronique la plus évidente, puisque ces clauses empêchent contractuellement toute revente des produits concernés dans l'environnement en ligne. Relativement au droit communautaire, l'affaire *Pierre Fabre* a clairement établi que de telles interdictions équivalaient à des violations « par effet » de l'article 101(1) du TFEU⁵⁵. En réalité, dans cette affaire il n'était nullement question d'une interdiction explicite des ventes en ligne. Le point litigieux était plutôt que l'on exigeait la présence d'un pharmacien diplômé dans le point de vente physique des produits concernés (cosmétiques et autres produits d'hygiène) dans un système de distribution sélective. Pour la Cour, il s'agissait d'une interdiction de fait des ventes en ligne, et par conséquent d'une restriction « par effet », dans la mesure où :

« ... une telle clause contractuelle, en excluant de facto un mode de commercialisation de produits ne requérant pas le déplacement physique du client, réduit considérablement la possibilité d'un distributeur agréé de vendre les produits contractuels aux clients situés en dehors de son territoire contractuel ou de sa zone d'activité. Elle est donc susceptible de restreindre la concurrence dans ce secteur. » Pierre Fabre (para. 38)

Le traitement « par effet » de l'interdiction des ventes en ligne semble parfaitement logique dans le contexte du développement du marché unique numérique au sein de l'Union européenne, dans la mesure où l'interdiction des ventes en ligne a des effets très variés sur les clients potentiels d'un État membre à l'autre, lesquels peuvent se voir refuser les seuls moyens possibles de s'approvisionner en biens et services de manière

transfrontalière⁵⁶. Cela concorde avec l'approche de la Commission européenne face à d'autres types de restrictions du commerce électronique, comme le *geo-blocking* (blocage géographique), une pratique qui a récemment fait l'objet de réglementations d'application visant à interdire dans une large mesure les pratiques de ce type⁵⁷. Une approche sensiblement différente a été adoptée en Australie concernant le phénomène de « discrimination internationale par les prix ». Mené à l'échelle nationale, l'Examen de la politique de la concurrence a déterminé que la meilleure manière d'aborder ces questions était par l'éducation des consommateurs plutôt que par le biais de mesures législatives (Commonwealth d'Australie, 2015).

73. Au-delà du cadre de l'intégration des marchés, une profonde défiance face aux interdictions des ventes en ligne apparaît néanmoins compréhensible dans les cas où de telles interdictions constituent une limitation disproportionnée de la concurrence intramarque afin de générer des gains d'efficacité tout à fait légitimes, notamment pour protéger les investissements des détaillants, assurer la bonne prestation de services spécifiques ou résoudre des problèmes de parasitisme (Encadré 3). D'après Marsden et Whelan (2010), ces gains d'efficacité peuvent généralement être assurés par le biais de mesures moins restrictives. Par exemple, l'obligation pour les détaillants en ligne de disposer d'au moins un point de vente physique, afin d'assurer en personne la prestation efficace de services, s'avère généralement compatible avec l'article 101(1) du TFEU⁵⁸. Les interdictions catégoriques des ventes en ligne ont ainsi été considérées comme illicites par diverses autorités nationales de la concurrence, y compris au Royaume-Uni⁵⁹ et en France⁶⁰.

Encadré 3. L'interdiction des ventes en ligne comme solution éventuelle au problème du parasitisme

Lao (2010) propose un point de vue intéressant sur la possibilité d'utiliser les interdictions de vente en ligne comme moyen de résoudre le problème du parasitisme des points de vente physiques par les détaillants en ligne, au moins par comparaison avec d'autres solutions plus anticoncurrentielles. Elle estime en effet que l'interdiction des ventes en ligne par un fournisseur peut représenter un moindre mal dans certaines circonstances.

Ainsi, pour éviter de devoir appliquer un prix de vente imposé (et par conséquent une limitation directe de la concurrence sur les prix de détail), elle préconise la mise en place par le fournisseur d'une politique consistant à exclure les détaillants en ligne du réseau de distribution, supprimant par là même toute possibilité de parasitisme visant les services hors ligne (à l'exception, bien entendu, d'un potentiel parasitisme par d'autres détaillants physiques). Par ailleurs, le commerce électronique prenant une importance croissante, Lao (2010) considère qu'une telle politique aurait un effet d'autolimitation. En effet, un fabricant se verrait dans l'obligation d'évaluer avec soin les avantages mais aussi les inconvénients potentiels de ne pas permettre l'accès à ses produits sur un canal de vente pourtant de plus en plus populaire.

Travaillant aux États-Unis dans un contexte marqué par l'affaire Leegin, Lao n'avait pas à prendre en considération les règles *per se* contre les restrictions verticales, évoluant dans un paysage juridique tout à fait différent de celui du droit de la concurrence européen. Sa position offre une alternative intéressante à la vision orthodoxe du droit communautaire, laissant à penser que les ventes en ligne ne sont pas indispensables à une concurrence saine sur le marché de détail, notamment lorsque la contrepartie est une concurrence hors ligne soutenue ou réactive. L'essor continu du commerce électronique met toutefois en évidence une diminution concomitante du nombre de marchés de détail pour lesquels on peut réellement considérer que les ventes en ligne n'ont aucune valeur ajoutée.

2.4. Interdiction des places de marché en ligne

74. L'interdiction des places de marché en ligne est un type d'interdiction de vente en ligne plus marginal. Plutôt que de se voir imposer une interdiction globale d'utiliser les canaux de commerce électronique, les détaillants ont une interdiction contractuelle de revendre des biens sur des places de marché en ligne gérées par un intermédiaire tiers. Néanmoins, les détaillants sont généralement autorisés à vendre ces produits dans leurs propres points de vente en ligne. La principale raison qui pousse les fabricants à restreindre les ventes par le biais de plateformes en ligne tierces relève d'une question d'image et de positionnement. Les fabricants craignent parfois que l'association avec une place de marché en ligne n'altère la perception des consommateurs quant à la qualité ou à la valeur de leurs produits⁶¹. D'autres sujets d'inquiétude peuvent venir renforcer cette réticence, comme la volonté de lutter contre la vente de produits de contrefaçon, le besoin de garantir la bonne prestation de services prévente et après-vente spécifiques, la prévention du parasitisme sur les circuits de distribution existants, ou encore le manque d'interactions avec le service client au niveau de la plateforme⁶².

75. La façon dont de telles restrictions devraient être traitées conformément aux dispositions du droit de la concurrence reste sujette à de nombreux débats (Oxera, 2017). Ezrachi (2017), lequel s'est prononcé pour une condamnation « par effet » et pour une classification des clauses de ce type comme restrictions caractérisées conformément au règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux, a souligné le rôle central des places de marché en ligne dans la dynamique concurrentielle qui marque aujourd'hui le secteur du commerce électronique. Ces plateformes permettent de limiter les obstacles à l'entrée pour les détaillants en ligne, tout en renforçant la transparence des prix et en réduisant les coûts de recherche pour les clients.

76. Cette réticence reste perceptible dans différentes décisions prises au niveau national dans les pays de l'Union européenne, et plus particulièrement en Allemagne⁶³. L'enquête du Bundeskartellamt dont a fait l'objet Adidas en offre un exemple éclairant. Adidas avait interdit la revente au détail sur les places de marché « ouvertes », y compris celles facilitant les transactions entre particuliers et la vente de produits d'occasion, ou encore celles qui acceptaient des offres de plusieurs vendeurs pour un même produit. L'autorité allemande de la concurrence, considérant que cette interdiction ne pouvait s'apparenter à une caractéristique qualitative dans le cadre des critères Metro régissant la distribution sélective selon le droit communautaire, avait dans ses conclusions préliminaires déclaré cette pratique illicite au regard de l'article 101 du TFEU et des dispositions nationales équivalentes. L'affaire a finalement pu être réglée par l'entreprise défenderesse, moyennant une modification de ses conditions de distribution⁶⁴.

77. D'un point de vue plus global, l'interdiction des places de marché en ligne peut toutefois se justifier au titre du droit de la concurrence dans la mesure où elle n'empêche aucunement les ventes en ligne au sens large (Witt, 2016 ; Colangelo et Torti, 2018). Cela corrobore les conclusions de l'*Enquête sectorielle sur le commerce électronique* de la Commission européenne, dénonçant toute condamnation *per se* de clauses de ce type, considérant que les interdictions de places de marché ne restreignent aucunement les ventes actives ou passives, ni ne visent à une segmentation du marché unique numérique⁶⁵. Ce point de vue est par ailleurs confirmé dans le récent arrêt qu'a rendu la Cour de justice dans l'affaire *Coty* (Encadré 4).

Encadré 4. L'affaire Coty

Pour formuler sa décision préjudicielle dans l'affaire Coty, la Cour de justice de l'Union européenne a dû déterminer si une interdiction contractuelle de revente de parfums haut de gamme par le biais de places de marché en ligne, incluse dans un accord de distribution sélective, constituait une violation de l'article 101(1) du TFEU ou une restriction caractérisée au regard de l'article 4 du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux. La Cour a opté pour une approche nuancée, estimant qu'il existait une différence entre les interdictions de places de marché et les interdictions de vente en ligne plus globales, et ce, tout en soulignant que la vente par le biais de plateformes tierces prive les fabricants de la possibilité de contrôler le respect des critères qualitatifs qui sous-tendent tout système de distribution sélective. Il convient de noter que la Cour a cité les conclusions de l'*Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, indiquant que la grande majorité des détaillants de ce secteur disposent de leurs propres sites de commercialisation en ligne, que ce soit à la place ou en complément des places de marché en ligne, afin de justifier plus avant ses conclusions, par lesquelles une interdiction de vente via des plateformes tierces ne constituait pas une restriction disproportionnée dans le cadre des accords de distribution sélective établis par Coty.

Cette décision peut être interprétée comme un rejet relativement ferme de la condamnation automatique de toutes les restrictions verticales limitant le commerce électronique. La Commission européenne a néanmoins mis en évidence qu'une absence de condamnation « par effet » n'équivaut nullement à une validation de légalité, et considère qu'une telle interdiction peut être vue comme restrictive en fonction des conditions de marché (nature précise de la restriction, importance des places de marché en ligne comme canal de distribution dans le secteur concerné, crédibilité des revendications de protection de marque ou des accusations de parasitisme, etc.).

Source : Coty, para. 47 à 49 et 52 à 58 ; Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 513.

2.5. Interdiction des outils de comparaison des prix

78. Les outils de comparaison des prix aident les consommateurs à identifier les meilleures offres en ligne, augmentant ainsi la transparence du marché et favorisant la concurrence tarifaire dans le secteur du commerce électronique. Les informations collectées et classées par les outils de comparaison des prix sont généralement fournies par les points de vente en ligne eux-mêmes, lesquels doivent la plupart du temps s'acquitter d'une redevance par clic auprès du site de comparaison chaque fois qu'un client accède à leur site par ce biais.

79. Bon nombre de fabricants considèrent ces sites de comparaison des prix comme globalement avantageux pour leurs activités, dans la mesure où améliorent la visibilité de leur marque et l'information des consommateurs sur leurs produits⁶⁶. Dans certains cas, les fournisseurs cherchent toutefois à limiter l'utilisation des outils de comparaison des prix par les détaillants, principalement car ces sites tendent à trop mettre l'accent sur la concurrence tarifaire, au détriment d'autres caractéristiques importantes de l'offre de détail, ce qui peut avoir des effets d'entraînement négatifs pour l'image de marque du fournisseur⁶⁷.

80. La question de savoir si limiter l'accès à des outils de comparaison des prix est compatible avec le droit de la concurrence reste à ce jour en grande partie sans réponse. Contrastant avec son approche relativement souple face aux interdictions de places de marché, la Commission européenne a refusé de prendre position que ce soit en faveur ou à l'encontre de ces restrictions dans son *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*⁶⁸. Elle a néanmoins souligné que les outils de comparaison des prix ne représentent pas en soi un canal de vente en ligne, mais visent à améliorer les interactions des consommateurs avec les canaux existants. Restreindre leur accès n'empêche aucunement les détaillants d'établir une relation directe avec des clients spécifiques, même s'il peut être plus difficile pour les détaillants d'attirer les clients au départ ou pour les clients d'identifier les détaillants qu'ils cherchent⁶⁹.

81. À l'inverse, dans la mesure où une interdiction de l'utilisation d'outils de comparaison des prix vise en grande partie à lutter contre la concurrence tarifaire, on peut par voie d'analogie faire un rapprochement avec les effets de durcissement des prix liés aux formes indirectes de prix de vente imposés, lesquelles entraînent à terme une augmentation des prix pour les consommateurs. Cette préoccupation peut être observée dans les mesures prises par le Bundeskartellamt à l'encontre d'ASICS pour avoir interdit à ses revendeurs l'utilisation de comparateurs de prix, décision confirmée ultérieurement par la plus haute cour allemande. La reconnaissance de cette infraction a mis l'accent sur les effets préjudiciables de telles pratiques pour les consommateurs, notamment ceux liés à l'impossibilité d'accéder à ces sites, puisque les consommateurs perdent la capacité de filtrer les offres et d'identifier la plus pertinente disponible⁷⁰.

2.6. Clauses de la « nation la plus favorisée »

82. La dernière des principales catégories de restrictions verticales régulièrement utilisées dans le secteur du commerce électronique est la clause de la « nation la plus favorisée » (NPF) ou clause de parité en ligne. Ces restrictions apparaissent parfois dans des accords contractuels entre des plateformes en ligne et les fournisseurs qui proposent des biens ou services par le biais de ces mêmes plateformes⁷¹. Les clauses NPF ont pour objet d'assurer à une plateforme la garantie que les prix et conditions définis avec les fournisseurs pour cette plateforme seront aussi favorables que ceux proposés sur le propre site web du fournisseur (clause *étroite*) ou sur toute autre plateforme (clause *large*).

83. La différence entre les clauses NPF et les autres restrictions imposées par les fournisseurs décrites précédemment est qu'elles sont généralement invoquées par les plateformes afin d'éviter le parasitisme des *fournisseurs* sur leurs investissements. D'aucuns craignent notamment que les fournisseurs utilisent les plateformes en ligne pour attirer des clients, puis redirigent ensuite la demande vers des canaux de vente directs ou vers d'autres circuits en pratiquant des prix inférieurs (Engels et al., 2017). Les clauses NPF assurent ainsi aux plateformes en ligne un certain niveau de protection en réduisant les risques de voir les consommateurs utiliser uniquement une plateforme pour les informations qu'elle propose (par exemple pour comparer les prix ou consulter des avis de consommateurs), puis réaliser leurs achats à un prix inférieur directement sur le site web du fournisseur ou sur une plateforme concurrente.

84. Les clauses NPF posent néanmoins toute une série de préoccupations concurrentielles, puisqu'on prétend qu'elles ont pour effet de (1) réduire les incitations pour les plateformes de se livrer à une concurrence sur les commissions appliquées aux fournisseurs (concurrence intramarque) ou sur des critères de qualité ; (2) restreindre l'accès pour les modèles de plateformes à bas coût ; et (3) encourager la collusion

horizontale entre fournisseurs ou entre plateformes, en créant un mécanisme visant à surveiller et sanctionner les entreprises déviantes (OCDE, 2015). Les clauses NPF pourraient par conséquent limiter l'innovation et l'investissement des plateformes, et occasionner une hausse des prix en raison de l'absence de pression concurrentielle (Ezrachi, 2015). Le risque de préjudices semble être particulièrement accentué lorsque les clauses NPF sont *larges* et appliquées par des acteurs en position dominante. Les considérations liées à la législation antitrust diffèrent également selon que la théorie du préjudice avancée se base sur des effets restrictifs verticaux ou horizontaux.

85. Parallèlement à cela, certains estiment que les potentiels gains d'efficacité générés par les clauses NPF pourraient également être atteints par le biais de mesures moins restrictives. Le Bundeskartellamt considère par exemple que le problème de parasitisme pourrait être contourné grâce à des modèles de rémunération différents basés sur le prélèvement d'une redevance fixe ou d'un tarif binôme auprès de fournisseurs utilisant la plateforme, ou sur l'application d'une commission aux consommateurs utilisant la plateforme pour rechercher des informations (OCDE, 2015). D'autres modèles de rémunération pourraient inclure un système de paiement à la consultation, visant à dédommager les plateformes pour les ventes réalisées sans leur intermédiaire, ou encore un modèle de type « *freemium* » consistant à faire payer les consommateurs souhaitant accéder à un service haute de gamme.

86. Pour toutes ces raisons, et malgré tous les gains d'efficacité potentiels, les clauses NPF en ligne ont fait l'objet d'un nombre important d'interventions au titre du droit de la concurrence, et ce, dans de nombreuses juridictions. Certaines des actions répressives les plus marquantes ont pu être observées dans le secteur de la vente de voyages en ligne, et notamment à l'encontre de plateformes de premier plan comme Booking.com et Expedia (Akman, 2016 ; Caccinelle et Toledano, 2017).

87. Les autorités de la concurrence ont adopté des approches différentes quant à la recevabilité des clauses NPF. En avril 2014, par exemple, Booking.com est parvenu à un accord avec les autorités de la concurrence françaises, italiennes et suédoises, en acceptant de supprimer des clauses NPF larges dans ses contrats avec les hôteliers⁷². L'année suivante, le Bundeskartellamt allemand a considéré des clauses étroites de « meilleur prix » comme constituant une violation du droit de la concurrence national et communautaire⁷³. L'autorité turque de la concurrence a également jugé que les pratiques de Booking.com constituaient une violation des accords anticoncurrentiels⁷⁴.

88. Plus récemment, la Commission européenne est parvenue à poursuivre Amazon pour son utilisation de clauses NPF dans les relations contractuelles avec les éditeurs de livres numériques. L'entreprise avait en effet exigé des éditeurs qu'ils proposent à Amazon les mêmes conditions que celles qu'ils proposaient à ses concurrents. La Commission redoutait qu'en raison de ces clauses il soit plus difficile pour d'autres plateformes de rivaliser avec Amazon en limitant leur capacité à développer de nouveaux services de distribution et les incitations afférentes⁷⁵. L'affaire a pu être réglée sans qu'une violation formelle soit identifiée, après qu'Amazon eut consenti à supprimer les clauses NPF de tous les accords existants et à venir⁷⁶. Une enquête du même ordre, relative à des clauses de parité tarifaire, a été menée par la Japan Fair Trade Commission (JFTC). Celle-ci a toutefois été classée après qu'Amazon eut volontairement modifié ses pratiques commerciales afin de résoudre les problèmes identifiés⁷⁷.

89. Il semblerait que l'approche théorique générale veuille traiter les clauses étroites d'une manière plus favorable que les clauses NPF larges, avec une marge plus importante pour invoquer la justification d'efficacité prévue par l'article 101(3) du TFEU. Akman

(2016) considère qu'évaluer les clauses NPF au regard du droit de la concurrence régissant les conduites *unilatérales* de position dominante pourrait constituer une approche juridique plus appropriée, dans la mesure où elle permet de focaliser l'attention sur l'existence et l'exercice du pouvoir de marché. Cette approche a notamment été adoptée par l'autorité turque de la concurrence en 2016 en reconnaissant une infraction dans l'application de clauses NPF abusives par Yemek Sepeti, une plateforme de services de restauration en ligne⁷⁸.

3. Les comportements unilatéraux des entreprises en position dominante

90. Les comportements unilatéraux anticoncurrentiels à l'œuvre dans le secteur du commerce électronique ne relèvent généralement du droit de la concurrence que lorsque l'entreprise mise en cause détient un important pouvoir de marché (également appelé « position dominante » ou « pouvoir monopolistique »). Pour conclure à l'existence d'une infraction aux règles relatives aux comportements unilatéraux, il faut donc en premier lieu que s'exerce un pouvoir de marché et ensuite, que le comportement anticoncurrentiel entre dans l'une des catégories reconnues d'abus de pouvoir de marché ou soit suffisamment analogue à un abus de pouvoir de marché.

91. La définition de la notion de « position dominante » pour les besoins du droit de la concurrence de l'UE désigne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui donnant la possibilité de se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et, en fin de compte, des consommateurs⁷⁹. De même, la notion de « pouvoir monopolistique » au sens de l'article 2 du Sherman Act désigne le pouvoir de contrôler les prix et d'évincer la concurrence⁸⁰.

92. Dans le domaine du commerce électroniques, même si en théorie tout acteur économique concerné – fabricant ou détaillant – peut détenir une position dominante ou exercer un pouvoir monopolistique, l'intérêt s'est principalement porté à ce jour sur la question de savoir si l'on peut dire que les plateformes de vente en ligne détiennent, dans les faits, un tel pouvoir de marché. Le secteur du commerce électronique compte certaines des entreprises les plus grandes et les plus connues du monde, dont les « GAFAM » (Google, Amazon, Facebook, Apple et Microsoft). Pourtant, aussi économiquement puissante que soit une grande entreprise, cela ne signifie pas qu'elle occupe automatiquement une position dominante, au sens que revêt cette notion en droit de la concurrence.

93. En outre, dans la plupart des pays, les comportements unilatéraux abusifs ne constituent pas en tant que tels des infractions au droit de la concurrence. Les entreprises mises en cause ont toujours la possibilité de défendre des pratiques à première vue assimilables à des infractions en invoquant des raisons objectives, des gains d'efficacités ou d'autres justifications commerciales légitimes. Cette possibilité serait, semble-t-il, encore plus justifiée dans le secteur numérique dont les innovations constantes sont autant de gains pour les consommateurs. De fait, même si les activités du secteur du commerce électronique ne sont pas tout à fait à la pointe de la concurrence numérique dynamique, les ventes en ligne sont l'une des grandes sources de financement de l'innovation. Cela étant, comme on l'a vu toutefois avec l'affaire Moteur de recherche Google Search (Shopping), rien ne garantit que les autorités de la concurrence souscriront aux justifications objectives avancées par les entreprises mises en cause qui se livrent à

des comportements abusifs, du simple fait qu'elles exercent leurs activités dans le domaine du numérique en rapide mutation

94. Cette section s'ouvre sur un exercice de définition du marché et d'évaluation du pouvoir de marché dans le secteur du commerce électronique. Y sont ensuite décrites différentes catégories d'abus de position dominante que l'on peut observer sur les marchés du commerce électronique, telles que les pratiques d'éviction (prix d'éviction, refus de fourniture, ventes liées ou groupées, pratique de ciseau tarifaire aussi appelée compression des marges, parasitisme forcé et extension discriminatoire du pouvoir de marché) et d'exploitation abusive (discrimination par les prix et pratique de prix excessifs). Leurs effets potentiellement anticoncurrentiels et leur impact sur l'efficacité y sont en outre analysés.

3.1. Définition du marché dans le secteur du commerce électronique

95. Toute évaluation d'un pouvoir de marché suppose de commencer par une définition du marché, afin de délimiter les contours de la concurrence qui s'exerce entre les entreprises⁸¹. On a pu lire, à la section 1.3, une description des caractéristiques communes aux plateformes multifaces, qui sont le paradigme des marchés du commerce électronique. Pour définir le marché, l'existence de plusieurs sources indépendantes de la demande est de la toute première importance, outre le fait que la pratique de prix nettement supérieurs ou inférieurs aux coûts marginaux induits par un ou plusieurs côtés de la plateforme n'est pas véritablement un facteur corroborant l'existence d'un pouvoir de marché (Thepot, 2013).

96. Dans le document OCDE (2018), les auteurs ont examiné en détail comment adapter les outils ordinaires de définition du marché comme le test du monopoleur hypothétique (ou test SSNIP) aux spécificités des plateformes multifaces. Ils se sont demandé si, pour les plateformes telles que les marchés en ligne, il faut procéder à la définition d'un unique marché multifaces ou de marchés distincts mais imbriqués, pour chaque côté où la plateforme opère. Quoiqu'il en soit, le test du monopoleur hypothétique doit toujours être adapté pour tenir compte des externalités croisées entre les différents groupes d'utilisateurs de la plateforme.

97. Le résultat auquel aboutit un exercice de définition du marché peut avoir des conséquences fondamentales sur les produits et, partant, sur les types de modèles économiques réputés être en concurrence sur le même marché. Ainsi, une définition étroite du marché de la fourniture de services par le biais d'une plateforme de mise en relation en ligne peut donner à penser que les plateformes ne sont en concurrence qu'avec d'autres plateformes fournissant des services comparables – autrement dit, Amazon est en concurrence avec eBay, Booking.com avec Expedia, etc. Par comparaison, une définition large du marché semble indiquer que pour certains services, le marché en cause ne se limite pas à la mise en relation en ligne mais couvre également la prestation directe des services sous-jacents – comme cela pourrait être le cas pour les plateformes de VTC qui seraient, selon cette définition, en concurrence avec les compagnies de taxis (**Error! Reference source not found.**).

98. Une question plus générale à se poser pour définir un marché et à laquelle il n'existe toujours pas de réponse catégorique, est de savoir dans quelle mesure les détaillants en ligne font concurrence, pour un même produit, aux commerces traditionnels (Mandrescu, 2017). Comme l'ont fait valoir Friederiszick et Glowicka (2016), il est nécessaire d'analyser la situation au cas par cas, en tenant compte des préférences des

consommateurs, des caractéristiques des produits ainsi que des innovations technologiques et commerciales pour déterminer dans quelle mesure les circuits de distribution en ligne et les circuits de distribution classiques peuvent se substituer les uns avec les autres. Le fait que beaucoup de détaillants traditionnels sont aujourd'hui présents en ligne illustre bien cette tension : en quoi est-il logique d'affirmer que le même produit, vendu par le même détaillant, généralement au même prix, est écoulé sur un marché différent selon que le consommateur l'achète en ligne ou en magasin ?

99. Cela étant, les ventes en ligne et en boutique peuvent satisfaire à des besoins différents des consommateurs. Plus précisément, l'un ou l'autre mode de distribution peut être nettement plus pratique selon la situation personnelle du consommateur – et chaque consommateur peut avoir une préférence marquée pour tel ou tel circuit de distribution. De plus, le « guichet unique » proposé par les grandes plateformes numériques n'a sans doute pas d'équivalent dans les circuits de distribution traditionnels (Thepot, 2013). En ce qui concerne les détaillants, les technologies de distribution qu'ils utilisent sont généralement très différentes selon qu'ils vendent leurs produits en magasin ou sur une plateforme numérique, ce qui a en particulier une incidence sur leurs coûts de commercialisation (Hovenkamp (2016).

Encadré 5. L'affaire Uber en Espagne

Dans le secteur des VTC, l'arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne dans l'affaire Uber en Espagne, semble avoir débouché sur une définition large du marché. Dans cette affaire, l'avocat général Maciej Szpunar (qui n'a pas procédé en l'espèce à une définition du marché) a établi une distinction entre les services de mise en relation proposés par Uber et les plateformes qui sont de « simples plateformes d'intermédiation » du type de celles qui permettent de réserver un hôtel ou d'acheter des billets d'avion, estimant qu'Uber peut être indissociable de la commercialisation des services tangibles sur lequel repose son modèle économique. En revanche, les prestataires de services (hôtels, compagnies aériennes, etc.) ont un fonctionnement totalement indépendant des simples plateformes intermédiaires qui ne constituent pour eux qu'un moyen parmi d'autres de commercialiser leurs services ; ce sont eux aussi qui déterminent les conditions de prestation de leurs services, à commencer par les prix et, dans ce cas de figure, les plateformes proposent aux consommateurs un choix entre différents prestataires et des offres distinctes.

À l'inverse, les chauffeurs Uber exercent une activité économique qui n'existe que de par l'existence de la plateforme et qui est présenté aux consommateurs comme un seul et même service de transport et « exerce un contrôle sur les modalités essentielles des prestations de transport ». La Cour elle-même a retenu le critère de « l'influence décisive » sur les conditions de la prestation, bien établi dans le droit de la concurrence de l'UE en vertu de la doctrine de l'entité économique unique, pour déterminer s'il convenait d'assimiler la mise en relation en ligne avec le produit de consommation sous-jacent. La Cour a jugé important, en l'espèce, le fait qu'Uber contrôle les conditions de la prestation des services de transport fournis par les chauffeurs affiliés à la plateforme.

Uber a donc été considéré comme un prestataire de services de transport et non pas simplement comme un prestataire de services de mise en relation. Même si cette affaire a été motivée par le principe de libre circulation en vigueur dans l'UE, et non par le droit de la concurrence, la logique retenue pourrait être transférable au domaine de la concurrence, à tout le moins pour le sous-groupe, peut-être limité, d'intermédiaires en ligne qui exercent une influence décisive sur les activités de marché de détaillants/prestataires de services dont le fonctionnement dépend d'eux.

Sources : Conclusions de l'avocat général dans l'Affaire C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi EU:C:2017:364 ; Arrêt rendu dans l'Affaire C-434/15 Asociación Profesional Elite Taxi EU:C:2017:981.

3.2. Évaluer le pouvoir de marché dans le secteur du commerce électronique

100. Le résultat d'une définition du marché étroite ou large est important puisqu'il peut s'avérer déterminant pour établir si une plateforme occupe une position dominante ou exerce un pouvoir monopolistique. La définition du marché a pour objet de permettre le calcul des parts de marché qui constitue le tout premier mode de mesure indirecte du pouvoir de marché⁸². Certains commentateurs contestent l'importance selon eux induite accordée à l'exercice technique et abstrait qu'est la définition du marché et les calculs de parts de marché qui en découlent, et proposent plutôt de mettre davantage l'accent sur

l'existence, plus facile à démontrer, d'effets concurrentiels sur le marché desquels on peut déduire qu'une plateforme détient un pouvoir de marché (Kaplow, 2010).

101. Pour adapter le droit de la concurrence à l'économie numérique il faut selon certains, s'intéresser moins à la définition et à la structure du marché et d'avantage à l'innovation (Shelanski, 2013). Dans le contexte du commerce électronique, plus précisément, accorder trop d'importance aux effets à court terme sur les prix ne permet pas, d'après certains auteurs, d'évaluer les risques plus généraux, en termes de bien-être social, d'une intégration accrue et de la nature d'infrastructures essentielles des plateformes numériques dans l'économie numérique moderne (Khan, 2017). À l'inverse, comme l'a souligné Hovenkamp (2016), il est nécessaire, s'agissant des plateformes multifaces, de tenir compte à la fois des parts de marché qu'elles détiennent dans les segments où elles ne font pas payer aux consommateurs les services qu'elles proposent et de leur part sur le marché d'où proviennent leurs recettes (comme la publicité, par exemple).

102. Si les parts de marché donnent une vision de la concurrence qui s'exerce effectivement, des menaces crédibles d'expansion sur le marché de la part de concurrents ou de nouveaux entrants ou encore la neutralisation de la puissance de l'acheteur peuvent être à l'origine de pressions concurrentielles suffisantes pour priver tout acteur d'une position dominante⁸³. Parallèlement, l'existence d'obstacles significatifs à l'entrée peut conforter l'argument selon lequel un pouvoir de marché important peut exister sur les marchés des plateformes numériques (Thepot, 2013).

103. Au nombre des obstacles à l'entrée sur ces marchés figurent en premier lieu les effets de réseau indirects, par lesquels la valeur de la plateforme du côté des utilisateurs augmente à mesure que s'accroît la participation de l'autre côté de la plateforme. Ainsi les détaillants sont d'autant plus disposés à commercialiser leurs produits sur un marché que celui compte un nombre d'utilisateurs, et donc de clients, élevé (Shelanski, 2013). Tout étant lié, les recettes publicitaires procurent en outre aux revendeurs en ligne une source de revenus supplémentaire (Graef, 2015), dont ils peuvent se servir pour améliorer leurs services et faire baisser les prix de détail qu'ils appliquent aux consommateurs.

104. Le verrouillage des consommateurs peut constituer un deuxième obstacle à l'arrivée d'éventuels nouveaux entrants (Thepot, 2013). Les clauses d'exclusivité ne sont pas courantes dans les accords de commercialisation électronique, alors que le multihébergement des clients est on ne peut plus simple en raison de la transparence croissante des prix. Pour autant, l'inertie des consommateurs peut être une préoccupation, en particulier lorsque la plateforme facilite leurs achats à répétition (par exemple l'achat « en un clic », autrement dit le fait que le détaillant en ligne conserve les informations de paiement et les coordonnées de livraison de ses clients pour simplifier leurs futures visites sur son site) et proposent des programmes de fidélité (comme le programme d'abonnement à Amazon Prime, qui propose aux consommateurs la gratuité de la livraison et de l'accès à des contenus numériques moyennant la souscription de l'offre annuelle réservée à ses membres). Les verrous technologiques qui empêchent les consommateurs de changer de prestataires sont un autre sujet de préoccupation (Hovenkamp, 2016), même si ce type de problèmes peut se poser bien davantage dans d'autres domaines de l'économie numérique.

105. Troisièmement, les plateformes électroniques en place peuvent se tailler un avantage concurrentiel grâce à l'accès dont elles disposent à des quantités massives de données sur leurs clients (Graef, 2015 et Shelanski, 2013), qui leur permettent facilement de mieux cibler les services qu'elles leur proposent, mais aussi les publicités qui leur sont

adressées. Même si les données sont des biens non rivaux, tout nouvel entrant potentiel aura du mal à acquérir *ex ante* le volume et le type de données détaillées qui sont nécessaires pour fournir aux consommateurs les services les plus efficaces possibles. Par conséquent, même si l'on ne saurait considérer que l'accumulation de données relatives aux clients constitue un avantage *déloyal*, cette pratique peut dans certains cas représenter un autre obstacle à l'entrée (Graef, 2015). La question de savoir dans quelle mesure il est justifié, du point de vue du droit de la concurrence, de prendre en compte les données s'agissant des marchés numériques prête toutefois à controverse (Lerner, 2014).

106. Dans le même ordre d'idée, on peut aussi se demander si l'accès à d'importants volumes de données suffit, à lui seul, à générer un pouvoir de marché au sens du droit de la concurrence. Tout en soulignant que le contexte est tout à fait primordial pour trancher cette question, Graef (2015) a dressé une liste explicitement non exhaustive de plusieurs situations dans lesquelles il y aurait lieu de penser qu'une plateforme détient un pouvoir de marché, le marché en cause étant défini à partir des données. Ces situations sont les suivantes : (1) les données sont un intrant important du service fourni par la plateforme ; (2) la plateforme historique utilise le droit de la propriété intellectuelle pour bloquer l'accès aux bases de données pertinentes ; (3) il n'existe pas ou peu de solutions de substitution à la disposition des nouveaux entrants éventuels et (4) il n'est pas viable pour les concurrents de compiler eux-mêmes des données en vue de se constituer leur propre base de données.

107. Enfin, l'agglomération croissante des activités est une caractéristique importante des plus grandes plateformes numériques actuelles. Beaucoup de plateformes sont désormais actives dans plusieurs segments de produits, qui peuvent conjuguer une activité directe de commerce électronique (comme les ventes au détail directes en ligne), des services plus obliques de commerce électronique (comme la publicité en ligne), des services numériques notoirement gratuits (comme les réseaux sociaux ou les recherches sur l'internet), la mise au point de matériel informatique et de logiciels (comme les appareils électroniques grand public, les systèmes d'exploitation ou les voitures autonomes) voire des commerces traditionnels (par exemple le rachat par Amazon en 2017 de la chaîne de supermarchés Whole Foods)⁸⁴.

108. Cette agglomération des activités commerciales peut amplifier un pouvoir de marché existant, dans la mesure où ces plateformes jouent désormais le rôle de passerelles essentielles vers l'économie numérique, engendrant ce que Shelanski (2013) a décrit comme un goulet d'étranglement conditionnant l'accès à un univers plus vaste que celui des produits et services qu'elles proposent. Aux fins de la mise en œuvre des règles relatives aux comportements unilatéraux, on peut également se demander dans quelle mesure il incombe à une entreprise en position dominante au sein d'un seul marché de produits ou d'un seul marché géographique une « *responsabilité particulière* »⁸⁵ de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective sur des marchés adjacents voire sans rapport avec le sien. À tout le moins pour les besoins de la mise en œuvre du droit de la concurrence de l'UE, il est admis que les abus de position dominante et les effets anticoncurrentiels, même s'ils ont lieu sur différents marchés, constituent néanmoins une seule et même infraction à l'article 102 du TFUE⁸⁶.

109. Nous avons mis en évidence au fil de cette discussion comment et quand on peut considérer qu'un opérateur de plateforme numérique détient un pouvoir de marché suffisant pour que celui-ci soit de nature à justifier l'application des règles de concurrence relatives aux comportements unilatéraux. On peut se demander si une position dominante peut voir le jour sur tous les segments du secteur du commerce électronique. Dans la

mesure où les détaillants en ligne livrent concurrence aux commerces traditionnels, on peut toutefois douter que se produise, dans la pratique, une concentration du marché telle qu'une plateforme numérique réussisse à conserver une position dominante, du moins à court et moyen termes. Par conséquent, bien que la discussion qui suit porte sur les théories du préjudice éventuelles concernant les comportements unilatéraux, ces considérations n'ont d'intérêt *que si* une entreprise qui serait mise en cause détenait à elle seule un pouvoir de marché suffisant pour que s'enclenche l'application du droit de la concurrence.

3.3. Prix d'éviction

110. La notion de « prix d'éviction » désigne des prix inférieurs au résultat obtenu au moyen d'un calcul pertinent des coûts encourus par une entreprise en position dominante, cette pratique visant, pour une entreprise à vendre ses produits ou services moins cher que ses concurrents et à les pousser à sortir du marché (OCDE, 2004). En tant que théorie du préjudice, cette pratique part du principe de l'irrationalité que constitue un comportement commercial débouchant sur une situation déficitaire. Or, on considère qu'aucune raison plausible ne peut justifier le comportement d'une entreprise en position dominante qui, *de son propre fait*, essuie des pertes *hormis* dans l'intention d'évincer ses concurrents. L'objectif ultime visé par toute stratégie d'éviction couronnée de succès est d'ancrer la position dominante en évinçant les concurrents puis de relever les prix jusqu'à leur niveau supraconcurrentiel, même si la probabilité de récupération des coûts est dans certains pays, mais pas dans d'autres, une composante indispensable du critère permettant de fonder juridiquement la pratique de prix d'éviction⁸⁷. Les spécialistes du droit de la concurrence sont toutefois en désaccord en ce qui concerne la perspective que de réelles stratégies d'éviction soient mises en œuvre avec succès, dans la pratique, dans les marchés du numérique⁸⁸.

111. Les allégations de pratiques d'éviction ont été l'une des critiques les plus fréquentes visant les entreprises de commerce en ligne, même si les efforts déployés par les autorités de la concurrence ne coïncident nullement avec une quelconque inquiétude des consommateurs. Deux entreprises, en particulier, se distinguent par les accusations de « casser les prix » portées à leur encontre : Amazon, qui pratique des rabais considérables pour certains biens de consommation, en particulier ceux qui se vendent le mieux⁸⁹ ; et la plateforme Uber, à laquelle il est reproché d'exercer une concurrence déloyale en appliquant des prix inférieurs aux tarifs réglementés facturés par les taxis sur les marchés où elle est présente⁹⁰.

112. Khan (2017) développe une argumentation contre Amazon, en élaborant une théorie du préjudice fondée sur les postulats suivants : (1) un manque à gagner induit par la pratique des ventes à perte ; (2) une stratégie visant à affaiblir d'abord les concurrents pour les racheter ensuite ; (3) l'extension du pouvoir de marché détenu par la plateforme du secteur de la distribution à celui de la livraison, lui permettant de bénéficier d'économies d'échelle et de gamme et (4) un « parasitisme forcé » qui fera l'objet de la section 3.7. Khan (2017) n'aborde pas à proprement parler la question de savoir si Amazon occupe dans les faits une position monopolistique sur le marché, même s'il dirige sa critique contre la théorie néoclassique fondée sur les prix qui sous-tend les méthodes traditionnelles de détermination du pouvoir de marché.

113. Le cas d'Uber est plus complexe, puisque l'entreprise de VTC continue à ce jour encore d'accuser des pertes considérables⁹¹, tout en étant confrontée à l'accusation répétée de ses chauffeurs, théoriquement indépendants et désireux de gagner au moins le

salaires minimum, de les sous-payer⁹². Dans ce cas-là aussi toutefois, la question de la position dominante d'Uber est loin d'être tranchée en raison de l'existence de plusieurs services substituables à ceux qu'elle propose.

114. Néanmoins, Amazon et Uber ont en commun deux pratiques. D'une part, ils utilisent la technologie pour se procurer un avantage, perçu comme déloyal, sur leurs concurrents pourtant de taille à rivaliser avec elles et d'autre part elles poussent vers la sortie de victimes « sympathiques » en leur livrant une concurrence (excessivement) agressive, entraînant la faillite des librairies de quartier pour l'une et pour l'autre privant les chauffeurs de taxi de revenus décentes. Il est toutefois plus complexe de déterminer, au moyen de ces deux exemples, si les comportements de ces plateformes peuvent être considérés comme des prix d'éviction *au sens du droit de la concurrence*.

115. Première, les plateformes numériques étant multifaces par nature, les subventions croisées entre les différents groupes de participants sont un aspect efficient de leur modèle économique, ce qui complique l'analyse de la pratique d'éviction présumée. Dans la mesure où ce mode de tarification est considéré comme légitime, le simple fait que ces plateformes pratiquent, sur l'un des côtés où elles opèrent, des prix inférieurs au coût marginal ne peut constituer une preuve décisive qu'elles se livrent à des pratiques d'éviction⁹³. Cette question s'est posée dans une affaire jugée intentée au civil à l'encontre de Google par la société française spécialisée dans le secteur de la cartographie multimédia Bottin Cartographes, qui avait fait valoir que la mise à disposition gratuite de cartes par Google aux consommateurs était assimilable à une vente à perte. Même si Bottin Cartographes a remporté la première manche en première instance, la Cour d'appel de Paris a infirmé la décision, jugeant, suivant l'avis de l'Autorité de la concurrence française, qu'il fallait aussi prendre en compte les autres sources de revenu de Google (comme la publicité) (Ronzano, 2015).

116. Deuxièmement, en raison de la nature dynamique des prix pratiqués sur les marchés du commerce électronique – les prix pouvant fluctuer tous les jours et les prix proposés sur une même plateforme différer d'un client à l'autre – il peut être difficile de déterminer le niveau de prix réel. De plus, si tant est que la discrimination par les prix peut générer des gains d'efficacité, on peut avancer que l'application de prix inférieurs aux coûts moyens à certains clients devrait être autorisée dans la mesure où cette pratique augmente globalement le bien-être global du consommateur. On peut bien entendu opposer à cet argument que le recours à des réductions de prix sélectives est d'autant plus viable qu'une stratégie anticoncurrentielle continue est mise en œuvre⁹⁴.

117. Troisièmement, le test des pratiques de prix d'éviction repose sur une évaluation pertinente des coûts encourus par l'entreprise *mise en cause*, par rapport à ceux supportés par ses concurrents de moindre envergure. Sur les marchés de la distribution de détail sur lesquels les géants du commerce électronique sont en mesure d'exercer une importante puissance de l'acheteur qui fait baisser leurs coûts de gros, ces entreprises sont autorisées à répercuter ces gains d'efficacité sur les consommateurs en baissant les prix, même si elles occupent une position dominante. Sur les marchés de la distribution de contenus numériques ou de services de mise en relation en ligne, le coût marginal induit par la conquête de nouveaux utilisateurs de plateforme est parfois peu élevé (Hovenkamp, 2016). Par conséquent, la pratique de prix abusivement bas du point de vue d'un concurrent désavantagé ne constitue pas pour autant une pratique d'éviction du point de vue d'un opérateur dominant efficient.

118. Enfin, dans de nombreux pays, les prix d'éviction ne suscitent de préoccupation que si les entreprises dominantes sont ensuite en mesure de relever leurs prix jusqu'à des

niveaux supraconcurrentiels et de gonfler ainsi leurs bénéfices sur une longue période, sans être mises en difficulté. Sur les marchés du commerce électronique, il reste à déterminer si les entreprises dominantes pratiquant des prix d'éviction parviennent effectivement à récupérer leurs coûts (Khan, 2017). En raison de l'agressivité de la concurrence qui s'exerce en ligne sur les prix, les consommateurs peuvent avoir tendance à être particulièrement sensibles aux prix. Dans le même temps, le chevauchement des circuits de distribution électroniques et classiques peut les pousser à revenir vers les commerces traditionnels après avoir constaté une augmentation des prix pratiqués en ligne. La réflexion peut toutefois différer s'agissant des pratiques d'éviction auxquelles se livrent les plateformes de services de mise en relation plus spécialisées.

3.4. Refus de fourniture

119. Une deuxième théorie du préjudice éventuelle se fonde sur la possibilité que certaines infrastructures ou technologies à capitaux privés du secteur du commerce électronique puissent être considérées comme « essentielles » à l'exercice d'une réelle concurrence. Dès lors, tout refus de leur part d'accorder un accès à leurs concurrents pourrait être constitutif d'un comportement monopolistique. Le refus de fourniture est généralement une catégorie d'abus qui doit être interprétée au sens strict, tenant compte à la fois du respect par défaut des droits de propriété et de préoccupations relatives à l'impact contreproductif que peut avoir l'imposition d'une obligation excessive de fourniture aux entreprises en position dominante, susceptible de les dissuader d'innover (OCDE, 2007). Pourtant, la plupart des pays reconnaissent qu'il est nécessaire d'imposer une obligation limitée de fourniture d'accès à des infrastructures ou à des biens incorporels indispensables ou constituant un goulet d'étranglement, afin d'empêcher une restriction de tout ou partie de la concurrence⁹⁵.

120. Dans le contexte du commerce électronique, les plaintes relatives à un refus de fourniture sont susceptibles de viser au moins trois aspects de l'écosystème des ventes en ligne : (i) l'accès aux marchés ou aux services de comparaison de prix en ligne, procurant aux consommateurs une passerelle directe vers des offres diverses de produits (Khan, 2017) ; (ii) l'accès à des réseaux de livraison physiques, mis en place indépendamment par les grandes enseignes de distribution en ligne, qui abaissent les frais de livraison en réalisant des économies d'échelle (Khan, 2017) et (iii) l'accès aux données des consommateurs générées par les utilisateurs des points de vente électroniques (marchés ou détaillants en ligne) qui facilitent l'ajustement des offres à leurs préférences (Mandrescu, 2017).

121. La perspective d'appliquer le droit de la concurrence pour régler efficacement le problème du refus de vente dans le contexte du commerce électronique suscite toutefois un certain scepticisme (Gal et Elkin-Koren, 2017). L'une des principales objections qui peut être soulevée concerne le fait de savoir si l'une quelconque des catégories recensées pourrait ou devrait être considérée comme « indispensable » à l'exercice d'une réelle concurrence de sorte que l'imposition d'une obligation de fourniture pourrait être justifiée. Dans le droit de l'UE, la notion de « caractère indispensable » est étroitement définie, et ne couvre que les situations où il n'existe :

« aucun produit de substitution réel ou potentiel auquel les concurrents du marché en aval pourraient recourir afin de contrer – à tout le moins à long terme – les conséquences négatives du refus. À cet égard, la Commission examinera en principe si des concurrents pourraient reproduire efficacement l'intrant fabriqué

par l'entreprise dominante dans un avenir prévisible. ». Orientation sur les priorités, paragraphe 82.

122. Dans l'affaire *Oscar Bronner*, la Cour de Justice a également souligné que le caractère indispensable n'est pas simplement lié à la question de la plus grande commodité pour le concurrent sollicitant l'accès et qu'il ne suffit pas de faire valoir que la création par celui-ci d'un système concurrent n'est pas économiquement rentable pour lui seul en raison de sa petite taille⁹⁶. Par conséquent, les situations les plus claires dans lesquelles ce critère serait satisfait sont les suivantes : les infrastructures conférant un monopole naturel, les installations dont la construction a été largement financées par des subventions publiques ou les biens protégées par un monopole institué par la loi (dont la protection des droits de propriété intellectuelle, ce qui prête à controverse)⁹⁷.

123. Pour revenir aux catégories susmentionnées, il peut être difficile d'affirmer que ce critère est satisfait en tout état de cause. L'examen mené par la Cour de Justice dans l'affaire *Coty* a souligné l'impact limité sur la concurrence du refus d'accès à des marchés en ligne (et, par analogie, à des services de comparaison de prix). Ces services ne constituent que des éléments distincts et limités de l'écosystème global du commerce électronique. Un refus d'accès peut compliquer la vie des distributeurs en ligne concurrents mais ne peut sans doute guère avoir pour effet d'exclure toute possibilité pour la concurrence de s'exercer réellement.

124. Il existe également un grand nombre de solutions de substitution aux réseaux de livraison privés exploités par de grandes enseignes du commerce électronique. De fait, la société *Oscar Bronner* elle-même a introduit une demande d'accès obligatoire au système régional de portage à domicile d'une entreprise ayant pour objet l'édition d'un quotidien. Cette demande a été rejetée précisément au motif que l'éditeur d'un quotidien concurrent à plus faible tirage disposait de plusieurs autres modes de distribution même s'ils devaient être moins avantageux pour la distribution de certains journaux, tels que la vente dans les magasins et kiosques ou la livraison par la voie postale⁹⁸.

125. La question de savoir dans quelle mesure les données peuvent constituer un « *service essentiel* » fait l'objet d'un vif débat. Ceux qui s'opposent à cette conception soulignent que la collecte de données n'est pas de nature concurrentielle, font valoir que les demandes d'accès obligatoire permettent en réalité le parasitisme de nouveaux entrants et mettent en doute l'utilité des transferts de données en tant que tels par rapport à l'usage innovant – et exclusif – qu'en font certaines plateformes numériques performantes. D'un autre côté, il est quasi impossible pour une entreprise de se procurer le genre de données nécessaires à la mise en place d'une plateforme numérique performante sans exercer déjà sur ce marché, d'où une problématique du type « de la poule et de l'œuf » qui pourrait, dans certains cas, faire basculer l'accès aux données des consommateurs dans la catégorie des services indispensables (Schepp et Wambach, 2016 ; Graef, 2016 ; et Lundquist, 2017).

126. Enfin, même lorsque l'accès est effectivement nécessaire pour livrer réellement concurrence sur un marché de produits adjacent, il reste important de se demander si une politique de partage forcé pourrait s'avérer contreproductive à long terme. Comme on peut le lire dans les Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'exclusion abusives des entreprises dominantes (« les Orientations retenues par la Commission »), une objection valable peut être trouvée dans le fait que, pour l'entreprise dominante, « *le refus de fourniture est nécessaire pour obtenir un rendement adéquat des capitaux investis afin de développer l'activité de fourniture des intrants et, partant, pour produire des incitations*

en faveur de la poursuite des investissements, en tenant compte du risque d'échec des projets »⁹⁹. Dans le secteur numérique extrêmement dynamique, où le commerce électronique est un facteur important débouchant sur toujours plus d'innovation, on peut légitimement se demander si une politique de partage forcé grevant sensiblement le rendement des capitaux investis est susceptible d'améliorer le bien-être du consommateur à long terme.

3.5. Ventes liées ou groupées

127. La notion de « ventes liées ou groupées » désigne la pratique commerciale par laquelle les consommateurs sont soit tenus soit incités à acheter deux produits distincts ou plus dans le cadre d'une offre globale. Cette pratique peut être préjudiciable à la concurrence en raison de l'extension du pouvoir de marché d'un segment de marché à un autre, entravant les ventes de produits connexes sur ce segment par des entreprises concurrentes. Lorsqu'une entreprise détient un pouvoir de marché important sur un marché de produits en particulier, elle est en mesure de fausser la concurrence sur des segments adjacents, au demeurant concurrentiels, en forçant les consommateurs à préférer aussi ses produits sur ces segments, en étendant en substance sa position dominante d'un marché à un autre. Cela étant, en raison des gains d'efficacité que les ventes liées ou groupées peuvent générer et qui améliorent le bien-être du consommateur, toute condamnation a priori de cette pratique serait inappropriée (Hovenkamp et Hovenkamp, 2015).

128. Des plaintes relatives à des ventes liées ou groupées ont été déposées à diverses reprises concernant les marchés numériques, les plus notables étant les procédures d'application engagées aux États-Unis et dans l'Union européenne à l'encontre de Microsoft pour la vente liée de son moteur de recherche Internet Explorer¹⁰⁰. Dans le contexte du commerce électronique, les affaires concernant des ventes liées ou groupées semblent moins fréquentes que dans le commerce traditionnel et les tribunaux ne concluent pas toujours qu'il y a eu infraction au droit de la concurrence. Ainsi, en 2007, là où l'Autorité de la concurrence néerlandaise avait estimé qu'Apple liait illicitement la vente de ses services de musique par le biais de son magasin de musique en ligne iTunes à l'achat de son lecteur portable iPod, la justice a quant à elle statué en définitive qu'il n'y avait pas eu infraction¹⁰¹. À l'issue d'une enquête récemment classée portant sur la vente liée présumée du moteur de recherche Google et de services publicitaires ciblés, l'Autorité de la concurrence néerlandaise a elle-même également conclu que cette allégation n'était pas étayée (Dogan, 2018).

129. Si certains problèmes peuvent se poser s'agissant des opérateurs de plateforme en position dominante offrant plusieurs services – comme les marchés en ligne proposant des services de cotation et de livraison ou les comparateurs de prix offrant des services de classement et de publicité (Mandrescu, 2017) – il est compliqué, pour plusieurs raisons d'établir que des acteurs des marchés du commerce électronique se livrent à des pratiques illicites de vente liée :

- La première est le traitement des services gratuits, et la question de savoir s'ils constituent des services distincts aux fins de l'analyse des ventes liées en droit de la concurrence (Newman, 2015 et Sousa Ferro, 2017).
- Il s'agit également d'apprécier si des produits commercialisés en ligne, superficiellement similaires du point de vue de la demande des consommateurs, doivent être traités comme distincts aux fins de l'analyse des ventes liées. Un

exemple marquant, qui a donné lieu à de vifs débats avant l'arrêt rendu dans l'affaire *Moteur de recherche Google (Shopping)*, concerne le traitement des services généraux de recherche pour les achats en ligne ou ceux proposés par des services concurrents de comparaison de prix (voir les approches très différentes retenues par Edelman, 2015 et Akman, 2017).

- Une troisième question est celle de la coercition. Reprenons l'exemple du moteur de recherche en ligne. Les consommateurs sont-ils réellement « forcés » de consommer les services supplémentaires qu'ils n'ont pas sollicités fournis en même temps que les résultats de leur recherche générale qu'ils ont voulu obtenir ? Selon Akman (2017), la fourniture initiale des résultats de la recherche n'affecte nullement le choix ultérieur du consommateur sur le service qu'il préférera en définitive. Edelman (2015), en revanche, souligne combien il importe pour les acteurs du commerce électronique d'être bien visibles, donnant à penser qu'un placement plus favorable des produits d'une entreprise sera effectivement décisif et dictera le choix des consommateurs. Akman oppose pourtant qu'il n'est pas inconcevable que les consommateurs cliquent sur les liens préférés non parce qu'ils y sont forcés mais parce que ces liens correspondent, objectivement, au meilleur produit.

130. Enfin se pose la question des gains d'efficacité, qui peuvent théoriquement constituer une raison objective justifiant à première vue une pratique de vente liée ayant un effet restrictif¹⁰². La contre-argumentation tient en l'occurrence à l'existence de nombreux groupes de consommateurs sur les marchés multifaces. On peut en effet se demander si une pratique qui risque d'être préjudiciable à un groupe de consommateurs (du fait, par exemple, d'une augmentation des prix sur le long terme) peut être excusée au nom des gains d'efficacité qui engendrent principalement des avantages pour un autre groupe distinct de consommateurs.

3.6. Ciseau tarifaire ou compression des marges

131. La pratique du ciseau tarifaire aussi appelé compression des marges est une pratique abusive qui repose sur l'intégration verticale. En substance, lorsque l'entreprise intégrée exerce à la fois en tant que fournisseur d'accès de gros en amont et en tant que détaillant en ligne en aval, elle est mesurée de « comprimer » les marges bénéficiaires de ses concurrents en aval, en mettant en œuvre une stratégie conjuguant prix d'accès élevés et faibles prix de détail. Même si cette pratique est une théorie du préjudice bien connue sous l'angle de la réglementation des entreprises de services collectifs, ce statut en vertu du droit de la concurrence est encore controversé (OCDE, 2009). Si le droit de l'UE reconnaît que la compression des marges peut constituer une infraction à l'article 102 du TFUE lorsque l'entreprise en position dominante maintient un écart déloyal entre les prix de gros et de détail susceptible d'évincer un concurrent aussi efficace¹⁰³, la pratique de ciseau tarifaire ne constitue pas une pratique abusive autonome contraire à l'article 2 du Sherman Act, en l'absence de preuve de comportement d'éviction ou de refus de vente caractérisé¹⁰⁴.

132. La situation type où les acteurs du marché recourent à la pratique du ciseau tarifaire est celle de la libéralisation des entreprises de services collectifs, lorsque des segments de marché sont potentiellement concurrentiels, et que l'entreprise historique en position de monopole continue néanmoins à détenir le contrôle sur certaines infrastructures essentielles. Pourtant, le test du ciseau tarifaire en droit de l'UE peut avoir une application beaucoup plus large et ne nécessite pas l'existence d'un service essentiel

ou d'une obligation de vendre imposée par la réglementation¹⁰⁵. La compression des marges peut donc devenir un problème dans le secteur du commerce électronique si et lorsque des opérateurs de plateformes numériques étendent leurs activités commerciales à de nouveaux segments verticalement intégrés (Bostoen, 2017). Ainsi, lorsqu'un marché en ligne exerce sa concurrence au niveau des ventes au détail qu'il réalise à l'aide de détaillants concurrents qui ont accès aux consommateurs par le biais de sa plateforme, cette situation engendre à tout le moins une *possibilité* de compression des marges.

133. La pratique du ciseau tarifaire pose problème du point de vue du droit de la concurrence dans la mesure où elle entrave, sur le marché d'aval, la concurrence d'entreprises rivales tout aussi efficaces que l'entreprise dominante. En manipulant artificiellement les bénéfices que ses concurrents devraient dégager en aval, l'entreprise intégrée annihile au bout du compte la viabilité de leur participation continue au marché, que ses concurrents en aval soient ou non des opérateurs efficaces ou efficients. De manière essentielle quoique controversée¹⁰⁶, le droit de l'UE n'impose pas que l'intrant en amont soit jugé indispensable pour motiver le fait qu'une pratique de compression des marges constitue une infraction¹⁰⁷. De ce fait, une infraction à l'article 102 du TFUE peut avoir été commise même lorsque les détaillants concurrents disposent d'autres solutions viables de commercialisations de leurs produits. Le droit de l'UE impose toutefois qu'une atteinte à la concurrence, a eu lieu, situation qui ne risque guère de se produire sauf si le marché en ligne pertinent occupe une position de premier plan sur le marché, bénéficie d'importants effets de réseaux, que sa marque est connue du public, etc.

3.7. Parasitisme forcé

134. Selon Shelanski (2013), il y a parasitisme forcé « *lorsqu'une plateforme s'approprie l'innovation d'autres entreprises qui dépendent d'elle pour avoir accès aux clients* »¹⁰⁸. Du point de vue du droit de la concurrence, le principal problème que soulève cette pratique dépend de la mesure dans laquelle le processus d'appropriation des évolutions élaborées par les concurrents en aval dissuade ceux-ci d'innover à l'avenir (Shelanski, 2013). Elle est bien entendu de nature à susciter des préoccupations relatives à la propriété intellectuelle (Carrier, 2013), même si de telles inquiétudes dépendent de l'existence de brevets ou d'autres formes de protection.

135. Un exemple marquant de parasitisme forcé dans le contexte plus général de l'économie numérique concerne des pratiques présumées d'extraction automatique des données sur le web par Google, qui aurait « *détourné le contenu de certains sites web concurrents, fait passer ce contenu pour le sien puis menacé de retirer de la liste de résultats du moteur de recherche Google les opérateurs de ces sites qui ont protesté contre le détournement de leur contenu* »¹⁰⁹. L'enquête menée par la Federal Trade Commission américaine concernant ces pratiques et d'autres a ensuite été close, après que Google a pris l'engagement de ne plus se livrer à ce comportement.

136. Dans le contexte du commerce électronique, au nombre des pratiques de parasitisme forcé pourrait figurer la reproduction par l'opérateur d'un marché en ligne de l'esthétique industrielle de produits populaires commercialisés par le biais de sa plateforme par des détaillants concurrents (Khan, 2017). Les opérateurs de plateforme détiennent en l'occurrence un avantage en termes d'information dans la mesure où ils peuvent facilement repérer quels produits se vendent le mieux et ont, potentiellement, la capacité de favoriser leurs propres produits dans les bandeaux publicitaires qu'ils affichent ensuite et dans les classements dans les résultats de leur moteur de recherche (le

problème que pose l'extension discriminatoire du pouvoir de marché est examiné à la section 3.8).

137. La question de savoir dans quelle mesure le parasitisme forcé peut constituer un comportement unilatéral abusif du point de vue du droit de la concurrence reste ouverte (Shelanski, 2013). Même si la FTC l'enquête menée par concernant une pratique d'extraction automatique de contenu a conclu à l'absence d'infraction, trois des six membres de la Commission impliqués ont néanmoins fait part de leurs « vives préoccupations » au sujet des pratiques de Google à cet égard¹¹⁰. En vertu du droit de la concurrence de l'UE, il est clair que la liste indicative des pratiques potentiellement abusives figurant à l'article 102 du TFUE est non exhaustive, de sorte que, lorsqu'il aboutit à l'éviction de concurrents efficaces, le parasitisme forcé pratiqué par une entreprise dominante est susceptible d'être contraire aux interdictions qui y sont énumérées.

3.8. Extension discriminatoire du pouvoir de marché

138. Une caractéristique récurrente de l'économie numérique moderne tient au fait que les plateformes performantes sont généralement présentes sur plusieurs segments de marché distincts et pourtant imbriqués. Par conséquent, une entreprise qui occupe une position dominante sur un marché de produits peut chercher à étendre son pouvoir de marché à un segment adjacent ou l'y « démultiplier » en accordant à ses propres produits auxiliaires un traitement préférentiels par rapport à celui qu'elle applique à ses autres partenaires commerciaux. Un certain nombre de théories du préjudice évoquées plus haut se fondent, en un certain sens, sur le postulat du verrouillage de segments de produits complémentaires ou verticalement liés dans lesquels l'entreprise dominante ne possède pas encore un important pouvoir de marché.

139. Cela étant, l'arrêt de la Commission européenne rendu dans l'affaire Google en juin 2017 semble indiquer qu'elle a interprété de manière plus stricte et plus pointue ce l'on pourrait appeler une « extension discriminatoire du pouvoir de marché » sur les marchés du commerce électronique¹¹¹. L'arrêt rendu dans l'affaire *Moteur de recherche Google (Shopping)* a concerné deux ensembles de marchés adjacents : les marchés nationaux au sein de l'EEE s'agissant des services de recherche généraux sur lesquels la Commission a conclu que Google détient une série de positions dominantes d'une part et d'autre part les services de comparaison de prix, catégorie de services de recherche en ligne spécialisés qui est un segment sur lequel Google est en concurrence avec de nombreux autres prestataires. L'existence de services de recherche a pour effet d'accroître la transparence des marchés du commerce électronique et donc de les rendre plus concurrentiels du point de vue des consommateurs.

140. Selon l'arrêt de la Commission européenne, Google a, pendant pratiquement une décennie, appliqué les algorithmes sur lesquels repose son service de recherche général afin d'accorder un place de premier plan à son propre service de comparaison de prix, tout en rétrogradant les services concurrents dans ses résultats de recherche. La Commission a estimé que Google a abusé de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche en conférant un « avantage illégal » à un autre de ses produits, son service de comparaison de prix¹¹² qu'il propose sur un marché adjacent mais distinct, ce qui constituait une infraction à l'article 102 du TFUE. En l'espèce, la Commission a infligé à Google une amende de 2.42 milliards USD, soit la plus lourde amende jamais imposée à une seule et même entreprise.

141. Le cœur de l'affaire semble être l'accès à une infrastructure numérique essentielle – le moteur de recherche en ligne de Google – ce qui signifie que le traitement moins favorable accordé à d'autres services de comparaison de prix constitue un refus de vendre. Pourtant, la Commission s'est explicitement refusée à appliquer le critère juridique mis en avant dans l'affaire *Oscar Bronner*, faisant valoir que la *mesure corrective* mise en œuvre « n'implique pas d'imposer à une entreprise en position dominante une obligation de transférer un actif ou de passer des accords avec des personnes avec lesquelles elle n'a pas choisi de conclure un contrat »¹¹³. L'affaire *Bronner* elle-même n'indique donc nullement que les critères mis en avant concernent une mesure corrective particulière et il existe de solides raisons justifiant que les pouvoirs publics conservent une bonne maîtrise de la jurisprudence relative au refus de vente.

142. La Commission a également rejeté les arguments relatifs à la nouveauté supposée de cette pratique abusive, jugeant « que le comportement consistant à utiliser une position dominante sur un marché pour l'étendre à un ou plusieurs marchés adjacents... représente un forme bien établie et autonome de pratique abusive ne relevant pas, sur le fond, des règles de concurrence »¹¹⁴. Par cette déclaration, elle semble mettre en garde les plateformes numériques opérant sur plusieurs marchés et occupant une position dominante sur l'un d'eux au moins quant au risque inhérent – sous l'angle du droit de la concurrence – à toute stratégie commerciale favorisant les services proposées par ces plateformes au détriment des services de leurs concurrents. Reste à savoir s'il s'agit-là d'une conception sensée à adopter en droit de la concurrence, compte tenu des caractéristiques des marchés de l'économie numérique (Wiethaus, 2015).

143. La décision rendue dans cette affaire a suscité une certaine controverse, due en partie au fait qu'il est compliqué de faire entrer le comportement de Google dans l'une des catégories traditionnelles de pratiques d'exclusion abusives (Nazzini, 2016, Akman, 2017 ; et Vesterdorf et Fountoukakos, 2018) et a été contestée en appel¹¹⁵. Des enquêtes préliminaires analogues de la Federal Trade Commission américaine¹¹⁶ et de l'Autorité de la concurrence turque (Dogan, 2018), entre autres, ont été closes, ces autorités ayant conclu que Google n'avait commis aucune infraction.

144. Dans le prolongement de l'arrêt de la Commission européenne, cependant, l'Office polonais de la concurrence et de la protection des consommateurs (UOKiK) enquête actuellement sur une plainte similaire. Allegro, grand opérateur du commerce électronique ayant son siège en Pologne, aurait systématiquement favorisé ses propres services d'enchère et ceux de grands détaillants en ligne aux dépens de petits revendeurs indépendants. Le communiqué de presse annonçant l'ouverture de l'enquête faisait référence à la décision rendue dans l'affaire *Moteur de recherche Google (Shopping)*, tout en précisant que l'enquête en cours en était juste à ses tous premiers stades¹¹⁷.

3.9. Pratiques d'exploitation

145. Enfin, on notera que les pratiques d'exploitation à l'œuvre sur les marchés du commerce électronique risquent de susciter des préoccupations. Ces pratiques peuvent se présenter sous la forme d'une discrimination par les prix, de la pratique de prix excessifs ou de redevances d'emplacement. Les atteintes qui en découlent ne sont généralement pas considérées comme une priorité dans les régimes actuels de droit de la concurrence¹¹⁸ et, de fait, ne relèvent pas, dans certains pays, des dispositions relatives aux comportements unilatéraux. L'inquiétude croissante relative à l'équité et à l'inégalité dans le cadre des

règles de concurrence (Lamadrid de Pablo, 2017, et Ezrachi et Stucke, 2018) peut toutefois justifier une application plus large des interdictions prévues à l'avenir.

146. Tout d'abord, la discrimination par les prix suppose, en substance, d'appliquer une différenciation des prix pour le même produit à des catégories de consommateurs situées au même niveau (OCDE, 2016b). Cette pratique pose un problème particulier sur les marchés du commerce électronique dans la mesure où la collecte généralisée de données personnelles et le recours très répandu à des algorithmes pour fixer les prix permettent aux détaillants en ligne de proposer aux consommateurs des tarifs personnalisés tenant compte de leurs habitudes d'achat passées et de leur supposée propension à payer (Maggiolini, 2017). Il s'ensuit que certains consommateurs paient le même produit plus cher que d'autres, et sont plus rentables que d'autres pour les plateformes s'agissant de certaines ventes (Townley et al., 2017).

147. Ensuite, la pratique de prix excessifs consiste à facturer des prix considérés comme étant abusivement élevés aux consommateurs par rapport à la valeur perçue par ceux-ci du produit concerné¹¹⁹. En raison de la vigueur de plus en plus forte de la concurrence par les prix de détail, stimulée par l'essor du commerce électronique, il est relativement peu plausible que la pratique de prix excessifs soit un problème important sur les marchés numériques. Cela étant, à mesure que la concurrence parvient à maturité et dans l'éventualité où des distributeurs dominants émergeraient, cette pratique pourrait susciter des préoccupations. En outre, le secteur du commerce électronique se compose de nombreux marchés intermédiaires (services de marché en ligne, publicité, etc.), sur lesquels cette pratique peut représenter un problème plus immédiat (Mandrescu, 2017)¹²⁰. Toutefois, lorsque le ratio des coûts fixes aux coûts variables des opérateurs en ligne est élevé, il peut être nécessaire d'examiner leurs pratiques de prix à plus long terme pour éviter des faux positifs ne tenant pas compte des coûts de mise au point des produits (Hovenkamp, 2016).

148. Enfin, sur les marchés de détail en particulier, des plaintes au sujet des pratiques d'exploitation peuvent se faire entendre, émanant non seulement des consommateurs mais aussi des petits fournisseurs des grands détaillants, soumis au pouvoir de l'acheteur monopsonique de ces derniers. Les fournisseurs se plaignent en particulier des redevances d'accès (redevances pour l'accès ou le maintien dans les linéaires ou encore marges arrière) en vertu desquelles les fournisseurs sont obligés de rémunérer les distributeurs afin que leurs produits soient retenus pour l'assortiment d'un point de vente. Ces redevances d'accès peuvent également relever des règles de concurrence relatives aux accords verticaux même si, en l'absence de pouvoir de marché, les autorités considèrent généralement que ces accords ne posent pas de problème¹²¹.

149. Les effets de ces redevances d'accès sur la concurrence sont controversés (Klein et Wright, 2007, et OFT, 2013), ce qui donne à penser que toute condamnation a priori de cette pratique, même si elle est le fait d'une entreprise en position dominante, serait inappropriée. Cela étant, en particulier lorsque l'accès à un point de vente spécifique est jugé indispensable à la concurrence sur un marché pertinent en amont, l'application de redevances très élevées aux fournisseurs peut être considérée comme une pratique déloyale ou d'exploitation. Ainsi, la Japan Fair Trade Commission, enquête actuellement à la suite de plaintes selon lesquelles Amazon aurait agi en violation des règles de concurrence prohibant l'exercice abusif d'un pouvoir de négociation en imposant à ses fournisseurs de couvrir les coûts induits par les remises réalisées sur leurs produits directement commercialisés sur sa plateforme de commerce électronique¹²².

4. Autres problèmes relevant des règles de concurrence présents dans le secteur du commerce électronique

4.1. Collusion horizontale

150. La collusion horizontale est largement considérée comme l'un sinon *le* principal problème et donc comme l'une sinon la principale priorité de l'application du droit de la concurrence. Dans le secteur du commerce électronique, la collusion horizontale suppose, dans les faits, la formation d'une entente entre fournisseurs ou distributeurs concurrents. Les craintes qui s'expriment en raison du caractère de toute évidence exceptionnel de l'économie numérique ne vont pas jusqu'à légitimer ou excuser les ententes injustifiables. De ce fait, lorsqu'il existe des preuves de l'existence d'une entente secrète sur les prix, d'un accord de partage du marché ou d'autres comportements injustifiables, ces formes de collusion doivent tomber sous le coup des interdictions a priori visant les ententes en droit de la concurrence (Hovenkamp, 2016).

151. Dans la pratique toutefois, la dynamique particulière des marchés du commerce électronique, qui est notamment liée à la forte transparence et à l'utilisation généralisée d'algorithmes de fixation des prix, complique la mise au jour de preuves solides de pratiques de collusion (Ezrachi and Stucke, 2016, OECD, 2017 ; Janka et Uhsler, 2018). En effet, les logiciels de suivi et de fixation des prix permettent d'externaliser la gestion d'ententes entre distributeurs auprès d'ordinateurs chargés de calculer des prix supraconcurrentiels et de surveiller la moindre différence de prix entre concurrents. Les autorités de la concurrence pourraient de ce fait avoir besoin de nouveaux moyens d'enquête et de ressources supplémentaire pour déceler et collecter des preuves suffisantes corroborant l'existence de pratiques de collusion sur les marchés du commerce électronique. On peut citer en exemple en ce sens la mise en place récente d'une unité d'analyse des données au sein de l'Australian Competition and Consumer Commission¹²³.

152. Lorsqu'il existe des preuves suffisantes que des distributeurs concurrents ont conclu un accord ou se sont concertés, même si la mise en œuvre quotidienne de cette entente a été déléguée aux algorithmes utilisés par les différents détaillants, le fait que cette forme d'entente sur les prix doive tomber sous le coup des dispositions relatives à l'interdiction des ententes ne prête guère à controverse. On peut citer l'affaire *United States v. Topkins* à titre d'exemple. Dans cette affaire, le ministère américain de la Justice a engagé des poursuites et obtenu gain de cause à l'encontre d'une personne physique qui avait pris part à une entente sur les prix portant sur la vente d'affiches sur Amazon Marketplace (Mehra, 2016). Pour l'essentiel, l'entente était mise en œuvre grâce à la coordination des algorithmes de fixation des prix des distributeurs concernés, à l'aide du code informatique créé par le défendeur. La Competition and Markets Authority (CMA) a également engagé des poursuites à l'encontre de deux entreprises mises en cause qui écoulaient des affiches et des encadrements par l'entremise d'Amazon Marketplace. Dans la décision qu'elle a rendue en l'espèce, la CMA a pour la première fois demandé que soit frappé d'incapacité d'exercice le directeur général d'une entreprise¹²⁴. Dans son communiqué de presse, elle a indiqué que l'accord avait été mis en œuvre au moyen d'un logiciel de fixation automatique des prix que chacune des parties avait configuré pour permettre à leur entente illicite de fonctionner¹²⁵.

153. Sans surprise, la principale difficulté dans ce genre d'affaires consiste à établir des preuves tangibles de la collusion entre concurrents au-delà de la simple existence d'algorithmes de fixation des prix fonctionnant parallèlement. Même si ceux-ci constituent généralement des preuves de collusion tacite, les comportements purement

oligopolistiques ne relèvent pas, dans la plupart des régimes de concurrence des dispositions prohibant les ententes, du moins en l'absence de facteurs supplémentaires confirmant l'existence d'une coordination anticoncurrentielle. Si certains commentateurs ont appelé à repenser la conception de la collusion tacite en droit de la concurrence pour tenir compte des problèmes particuliers que pose la fixation de prix par des algorithmes (Gal et Koren-Elkin, 2017), pour d'autres ; des arguments convaincants continuent de s'opposer à toute ingérence indue dans la liberté légitime des entreprises d'adapter leur comportement commercial en fonction de celui de leurs concurrents (Lindsay et McCarthy, 2017).

154. En l'absence de preuves d'intention anticoncurrentielles alors même que les stratégies parallèles de fixation des prix portent de toute évidence atteinte à la concurrence, Blockx (2017) laisse entendre que la mise en œuvre de mesures d'application du droit de la concurrence à l'encontre du comportement mis en cause, sans toutefois imposer de sanction, pourrait constituer une solution de compromis. Cette approche semble plus pragmatique qu'une stratégie purement dictée par un principe, étant donné qu'une telle stratégie ne règle pas le problème fondamental tenant au fait que les pratiques de collusion tacite ne permettent pas, par définition, de recueillir des preuves suffisantes de l'existence d'une entente effective pour déclencher la mise en œuvre des règles de concurrence.

4.2. Entente « en étoile »

155. La possibilité de collusion horizontale par le biais de restrictions verticales, aussi appelées ententes « en étoile » par le biais de restrictions parallèles verticales peut également poser un problème sur les marchés du commerce électronique¹²⁶. Pour faire fonctionner une entente en étoile, les plateformes assument généralement *de facto* les fonctions d'organisation et de mise en œuvre de l'entente, coordonnant le comportement commercial des différents fournisseurs ou distributeurs qui la composent, qui procurent des biens ou des services aux consommateurs ou de nouer des relations contractuelles avec les consommateurs via les plateformes. Une entente en étoile rend largement inutile toute collusion horizontale directe, dans la mesure où la coordination du comportement des concurrents peut être mise en place par une série d'engagements verticaux apparemment autonomes entre la plateforme et des tiers.

156. Pour que toute action de mise en œuvre du droit de la concurrence à l'encontre d'une entente en étoile porte ses fruits, il est essentiel de recueillir des preuves suffisantes d'une coordination *horizontale* issue de restrictions classiquement *verticales* visibles sur le marché. Plusieurs affaires récentes montrent quand et pourquoi une telle situation peut se produire sur les marchés du commerce électronique en vertu du droit de la concurrence.

157. L'affaire *Apple (E-Books)*, initiée par le ministère américain de la Justice, a concerné les effets anticoncurrentiels induits par l'adoption par Apple d'un modèle d'agence pour les livres numériques vendus par l'intermédiaire de sa plateforme de commerce électronique. Pour les autorités de la concurrence, la principale préoccupation était liée au risque que ce modèle ne procure aux six plus grandes maisons d'édition américaines la possibilité de se concerter sur les prix de gros. Plus précisément, la négociation et la mise en œuvre de ce modèle de fixation des prix à l'échelle de tout le marché ont été considérées comme une entente horizontale sur les prix, « *orchestrée* » par Apple par l'entremise d'une série de contrats verticaux conclus avec ses fournisseurs. Il

importe de noter que cette entente constituait une violation a priori de l'article 1 du Sherman Act, conclusion retenue par la juridiction d'appel¹²⁷.

158. Le caractère approprié de la condamnation a priori de cet accord, de toute évidence vertical, malgré l'arrêt rendu précédemment par la Cour suprême dans l'affaire *Leegin*, donne lieu à controverse. Ainsi Hovenkamp (2016) a souligné que les restrictions créées par ce modèle constituaient une restriction pure et simple de la concurrence. Klein (2017), en revanche, a fait valoir que les composantes verticales de l'accord n'ont nullement eu pour effet de faciliter l'entente horizontale et que, de ce fait, toute condamnation a priori était inappropriée.

159. Dans cette affaire, la Commission européenne a également engagé une procédure d'application en vertu de l'article 101 du TFUE¹²⁸. Même si l'affaire a été réglée à l'amiable à la suite des engagements pris par les éditeurs mis en cause, ce qui exclut toute possibilité de demande de décision préjudicielle, la Commission a elle aussi estimé dans un premier temps que la série de négociations verticales menées entre Apple et les maisons d'édition concernées pouvait avoir des effets horizontaux dans la mesure où Apple, l'opérateur de la plateforme, avait tenu les différents éditeurs informés de l'état d'avancement des négociations en cours avec leurs concurrents.

160. Le Bureau de la concurrence du Canada a également enquêté sur les pratiques tarifaires en vigueur dans le secteur du livre électronique, réglant ultérieurement une série d'ententes par voie de consentement avec chacun des éditeurs mis en cause afin de rétablir la concurrence dans la vente au détail de livres numériques au Canada¹²⁹. On notera que ces consentements ont été contestés à plusieurs reprises par Kobo, fabricant de liseuses et distributeur de livres numériques, au nom de l'important préjudice financier qu'il a subi, même si son dernier recours a été rejeté en février 2018¹³⁰.

161. Un aspect intéressant des affaires *E-Books* tient au fait que les accords de distribution ont découlé à l'origine de l'entrée d'Apple sur le marché du livre numérique avec le lancement de l'iPad en 2010, remettant en cause la position d'Amazon, jusque-là en tête. Le modèle d'agence a été adopté à la suite du mécontentement des éditeurs face à la politique de prix bas pratiquée par Amazon, qui mettait selon eux en danger la santé et la viabilité du secteur de l'édition (Klein, 2017). Les cas dans lesquels les prix bas – ou d'éviction – pratiqués par les distributeurs en ligne peuvent constituer un problème de concurrence en tant que tel ont été examinés à la section 3.3

162. Plus précisément dans le contexte de l'article 101 du TFUE, l'arrêt de la Cour de Justice dans l'affaire *ETURAS* traite de manière similaire de la question de savoir quand les contacts verticaux bilatéraux constituent ou non une coordination horizontale entre les utilisateurs de la plateforme¹³¹. En l'espèce, cette plateforme de réservation de voyages en ligne a envoyé un message électronique à plusieurs agences de voyages pour les informer de sa nouvelle politique tarifaire leur imposant de plafonner le taux de la remise consentie aux consommateurs pour les réservations de voyages par internet. Si les agences de voyages concernées n'étaient pas empêchées d'accorder à leurs clients des remises supérieures au taux communiqué, l'octroi de telles remises nécessitait cependant de la part de ces agences l'accomplissement de formalités techniques supplémentaires.

163. Réaffirmant que les modes passifs de participation à l'infraction peuvent être constitutifs d'une coordination anticoncurrentielle en vertu de l'article 101(1)¹³², la Cour de Justice a jugé que la simple réception du message était susceptible de fonder une concertation horizontale entre les agences de voyages dès lors que :

1. les agences de voyages ayant eu connaissance du contenu du message en cause, elles pouvaient être considérées comme ayant tacitement acquiescé à une pratique anticoncurrentielle commune,
2. elles se sont ensuite livrées à un comportement anticoncurrentiel
3. un lien de cause à effet a pu être établi entre la concertation et le comportement sur le marché¹³³.

164. La première condition n'ayant pas été remplie, le simple fait que les agences ayant participé à la plateforme incorporant les restrictions anticoncurrentielles par des moyens techniques n'a toutefois pas non plus suffi à établir la preuve de la pratique concertée. Il a donc fallu démontrer autrement l'acquiescement tacite au comportement anticoncurrentiel – autrement dit la participation à l'entente¹³⁴.

165. Le principal enseignement tiré de l'affaire *ETURAS* est que la participation à une plateforme numérique imposant des restrictions destinées à supprimer la concurrence entre prestataires de services *peut* être interprétée comme une coordination indirecte entre ces prestataires en vertu du droit de la concurrence de l'UE, mais seulement s'il est établi qu'ils avaient connaissance de la restriction et ont agi en conséquence. De plus, la Cour a souligné que cette analyse étant extrêmement liée à des éléments factuels précis, il est pratiquement impossible de déterminer, en théorie, si un modèle économique ou une forme de restriction sectorielle peut constituer une coordination horizontale.

166. Deux autres affaires récentes se rapportant à l'article 101 du TFUE, même si elles ne concernent pas le secteur du commerce électronique, nous permettent de mieux savoir quand une collusion en étoile apparente est susceptible d'être contraire au droit de la concurrence de l'UE. L'affaire *VM Remonts* a porté sur des allégations de soumission concertée par le biais d'un consultant indépendant qui a préparé les offres de plusieurs entreprises concurrentes, partageant ainsi avec elles des informations commercialement sensibles. La Cour de Justice a jugé que la participation d'un soumissionnaire à une coordination horizontale ne pouvait être établie si cette entreprise n'avait absolument pas su que le consultant userait comme il l'a fait des informations qu'elle lui avait communiquées.

167. Pour que l'entreprise mise en cause puisse se voir imputer la pratique concertée, il a été nécessaire de démontrer que le consultant opérait en réalité sous la direction ou le contrôle de l'entreprise mise en cause, que cette entreprise avait connaissance des objectifs anticoncurrentiels poursuivis par ses concurrents et le consultant et entendait y contribuer par son propre comportement ou encore qu'elle avait pu raisonnablement prévoir les agissements anticoncurrentiels de ses concurrents et du consultant et avait été prête à en accepter le risque¹³⁵. L'affaire *VM Remonts* met donc en évidence que pour établir l'existence d'une coopération horizontale mise en œuvre par le biais de relations verticales, il faut à tout le moins que l'entreprise mise en cause ait, dans une certaine mesure, connaissance du fait qu'elle participe à une entente avec des concurrents et l'ait approuvée.

168. Même lorsque les conditions nécessaires pour établir l'existence d'une coordination *horizontale* sont remplies, la nature *verticale* de l'accord, et donc l'implication de l'opérateur de la plateforme, ne continue pas moins d'engager la responsabilité des participants. Plus précisément, lorsqu'une entreprise de plateforme numérique exerce dans les faits en tant que « facilitatrice de l'entente »¹³⁶, même si elle n'est pas elle-même active sur le marché en cause, l'arrêt rendu dans l'affaire *AC-Treuhand* confirme qu'elle peut être jugée avoir participé à l'entente et que sa

responsabilité est donc engagée pour infraction à l'article 101(1)¹³⁷. Il est nécessaire d'établir que l'entreprise mise en cause avait connaissance de l'entente sur le marché d'aval ou, à tout le moins, qu'elle avait pu raisonnablement la prévoir et qu'elle avait entendu contribuer par son propre comportement aux objectifs communs poursuivis par l'ensemble des participants¹³⁸.

169. Dans l'affaire *AC-Treuhand*, ces conditions étaient réunies dès lors que l'entreprise concernée, en toute connaissance de cause, a fourni des services administratifs en organisant des réunions entre les membres de l'entente en collectant et en fournissant des données sur les ventes des marchés en cause, en proposant d'agir en tant que modérateur en cas de tension entre membres de l'entente et en encourageant ceux-ci à dégager des compromis, le but étant la réalisation des objectifs visés par l'entente¹³⁹. De ce fait, si un opérateur de plateforme facilite sciemment la coordination anticoncurrentielle entre prestataires de services, il peut être tenu pour responsable au même titre que s'il avait lui-même participé à l'entente horizontale. Le même raisonnement a prévalu dans l'ordonnance prononcée contre Apple dans l'affaire *E-Book* aux États-Unis, qui empêche notamment à cet opérateur de conclure des accords avec les éditeurs mis en cause qui avaient restreint sa capacité à fixer les prix de détail des livres numériques qu'il commercialisait.

4.3. Contrôle des fusions

170. Enfin, intéressons-nous maintenant rapidement aux problèmes relevant du contrôle des fusions qui peuvent survenir sur les marchés du commerce électronique. À ce jour, un petit nombre seulement de grands projets ou opérations de fusion ont suscité d'importants problèmes de concurrence dans le domaine commerce électronique à proprement parler même si pour ce qui est des services auxiliaires comme les systèmes de paiement¹⁴⁰ et la publicité en ligne¹⁴¹, certaines opérations ont été finalisées. Toutefois, à mesure que ce secteur parvient à maturité, un plus grand nombre d'affaires devrait survenir.

171. Là encore, la dualité des marchés des plateformes numériques, le caractère de plus en plus central de la concurrence fondée sur la technologie et les pressions concurrentielles exercées par les commerces traditionnels sont autant d'aspects à prendre en compte lors des procédures d'examen des fusions. Les opérations de fusion entre proches concurrents peuvent poser un problème dans le contexte des marchés numériques, comme le montre la décision rendue par l'Autorité de la concurrence suédoise de bloquer une fusion entre deux plateformes numériques concurrentes commercialisant des biens immobiliers¹⁴². Le recours de plus en plus fréquent aux mécanismes de la concurrence fondée sur des algorithmes est en outre un élément à prendre en compte ici, et le contrôle des fusions peut, de fait, constituer l'un des meilleurs moyens d'action disponibles pour agir sur la dynamique oligopolistique des marchés qui pourrait se faire jour.

172. En ce qui concerne le contrôle des fusions, l'accumulation des données des consommateurs est un problème croissant dans le domaine du numérique (Lao, 2018b). Comme on l'a vu, les données représentent un intrant important dans nombre de modèles économiques du commerce électronique et leur acquisition à grande échelle peut donc constituer un obstacle à l'entrée. En raison du chevauchement des activités de collecte de données exercées par les différents acteurs, une fusion qui, à première vue, semblerait ne concerner que des activités complémentaires ou verticalement liées pourrait également revêtir une dimension horizontale (Shelanski, 2013). Cela étant, dans la mesure où

l'accumulation de grandes quantités de données personnelles peut être considérée comme un intrant « indispensable », celle-ci peut avoir des conséquences pour l'examen de fusions, horizontales ou non. La protection des données est également considérée comme un paramètre potentiel d'une concurrence fondée sur la qualité dans le cadre du contrôle des fusions, évolution d'importance pour tout acteur du commerce électronique qui recueille et utilise les données des consommateurs¹⁴³.

173. Une question controversée qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure la conglomération croissante à l'œuvre au sein de l'économie numérique, et notamment sur les plateformes de vente au détail du commerce électronique, doit être un sujet de préoccupation lors des procédures d'examen des fusions (Khan, 2017). Cette question s'est posée d'une manière des plus aiguës en 2017 lors du rachat par Amazon de la chaîne de supermarchés Whole Foods, opération apparemment approuvée sans autre forme de procès par la Federal Trade Commission américaine¹⁴⁴ et qui a pourtant suscité une opposition politique et populaire considérable¹⁴⁵.

174. Si les préoccupations concernant les conglomérats sont traitées presque invariablement sans susciter de problème, les caractéristiques tout à fait spécifiques, et en rapide évolution, des marchés numériques méritent que l'on s'y intéresse plus avant. Au bout du compte toutefois, ces préoccupations peuvent moins se rapporter à la question du pouvoir de marché en tant que tel au sens du droit de la concurrence qu'à l'expression d'inquiétudes sociales ou politiques plus générales relatives par exemple à l'égalité, à la démocratie ou à la mondialisation. On verra dans la section suivante dans quelle mesure les problèmes de concurrence qui se posent de toute évidence peuvent être mieux réglés à l'aide d'autres mécanismes réglementaires que le droit de la concurrence.

5. Concurrence sur le marché du commerce électronique et réglementation de ce secteur

175. Les solutions éventuelles aux problèmes de marché dans le secteur du commerce électronique dépassent le périmètre du droit de la concurrence. Si de nombreux commentateurs insistent sur le fait que les régimes de concurrence en place offrent suffisamment de souplesse pour s'attaquer aux enjeux particuliers de l'économie numérique (Iacovides et Jeanrond, 2017), bien des problèmes qu'ils suscitent se situent, comme on l'a vu dans la section précédente, à la lisière des paramètres habituels des régimes de concurrence, voire vont en fait au-delà. De fait, dans la mesure où le droit de la concurrence en vigueur censé régir les comportements anticoncurrentiels présumés sur les marchés du commerce électronique paraît lacunaire, une approche plus théorique peut consister à aller chercher les solutions réglementaires appropriées au-delà du champ d'application des règles de concurrence (Lindsay et McCarthy, 2017).

176. Examinant spécifiquement la situation de la concurrence entre les plateformes, Ezrachi (2015) indique qu'il serait avisé de faire une distinction entre l'analyse à réaliser en application du droit de la concurrence et l'intervention de l'État par voie législative ou réglementaire, généralement motivée par des objectifs politiques ou sociaux qui, pour légitimes qu'ils soient, sont différents. Cette intervention peut être nécessaire s'il ressort de l'analyse de la concurrence une absence de préjudice caractérisé au sens technique du droit de la concurrence, mais que l'État s'inquiète néanmoins de conséquences plus générales sur la distribution par exemple. Trois de ces autres solutions sont étudiées dans les sections qui suivent : une législation sectorielle ; les législations sur la protection des

consommateurs et celles relatives à la protection des données ; et une réglementation des plateformes numériques du type de celle applicable aux sociétés de services collectifs.

5.1. Une législation sectorielle

177. La première solution consiste à promulguer une législation sectorielle prohibant ou réglementant les pratiques suscitant des préoccupations particulières dans le secteur du commerce électronique. On peut citer à titre d'exemple le Règlement visant à contre le blocage géographique récemment adopté par l'Union européenne, qui interdit simplement certaines pratiques du commerce électronique grand public de nature à empêcher la vente de biens ou de services par le biais de circuits de distribution en ligne discriminatoires dans le marché intérieur¹⁴⁶. On peut également citer à titre d'exemple la décision du législateur français d'interdire l'utilisation de toutes les clauses NPF dans le secteur français de l'hôtellerie, disposition législative appelée « Loi Macron », qui s'écarte de la conception plus étroite des clauses NPF admissibles du point de vue du droit de la concurrence défendue par l'Autorité de la concurrence française (Ezrachi, 2015).

178. Ce type de législation trouve un équivalent pour le commerce traditionnel dans certains codes des pratiques du secteur de la distribution alimentaire. Ces codes imposent aux distributeurs des restrictions sur les conditions qu'ils peuvent imposer à leurs fournisseurs¹⁴⁷ – approche qui tient compte de pratiques telles que les redevances d'accès évoquées à la section 3.9, qui ne relèvent pas nécessairement du droit de la concurrence.

179. Une législation sectorielle dissiperait les ambiguïtés relatives au champ d'application des règles de concurrence sur les marchés du commerce électronique, engendrant certitude et clarté pour les entreprises de ce secteur et garantissant une protection adéquate aux consommateurs. Comme on le voit avec la Loi Macron, une telle législation peut, si nécessaire, s'écarter du périmètre du droit de la concurrence, permettant ainsi au législateur de donner priorité à d'autres valeurs que l'efficacité, comme l'équité ou encore le pluralisme du marché.

180. En revanche, une législation sectorielle pourrait ne pas offrir la même souplesse que les règles de concurrence, en restreignant la possibilité de repenser les interdictions juridiques qu'elle a instaurées à mesure que le marché ou la théorie économique évoluent. Une telle législation dépend aussi du soutien politique qu'il faudra mobiliser pour la faire adopter – et suppose donc d'esquiver les efforts souvent considérables déployés par des groupes de pression désireux de limiter autant que possible toute réglementation se rapportant, le cas échéant, à l'économie numérique.

5.2. Des législations sur la protection des consommateurs et relatives à la protection des données

181. La deuxième solution consiste à renforcer les législations sur la protection des consommateurs et celles relatives à la protection des données dans la mesure où elles concernent les circuits du commerce électronique. Les règles de protection des consommateurs peuvent couvrir la quasi-totalité des aspects d'une transaction effectuée sur une plateforme de commerce électronique, avant l'achat (publicité, obligations d'information, pratiques commerciales déloyales), au moment de l'achat (conditions contractuelles déloyales, sécurité des paiements en ligne) et après l'achat (mécanismes de règlement des litiges et de réparation,) (voir CNUCED, 2017). La protection des données est souvent considérée comme une sous-catégorie de la protection des consommateurs

(CNUCED, 2017), alors qu'en raison de son importance particulière dans le présent contexte, elle mérite qu'une analyse lui soit consacrée à part entière.

182. Selon certains commentateurs, l'absence d'harmonisation des législations sur la protection des consommateurs et de celles relatives à la protection des données est un obstacle essentiel aux ventes en ligne internationales (Von Rompuy, 2017). On peut par exemple se demander dans quelle mesure les législations nationales de protection des consommateurs sont contraignantes pour les distributeurs étrangers ou s'appliquent aux intermédiaires en ligne (comme les marchés électroniques) qui facilitent les transactions des consommateurs sans y participer ou encore pour les vendeurs non professionnels de l'économie du partage (Busch et al., 2016). La confiance des consommateurs dans les circuits du commerce électronique semble être une condition préalable à l'amplification des activités de vente en ligne ou à tout le moins un facteur d'impulsion (Cardona et al., 2015), ce qui signifie que le renforcement ou, du moins, la clarification de l'étendue de la protection des consommateurs sur les plateformes en ligne est susceptible d'accroître l'efficacité de la concurrence dans ce secteur.

183. Grâce à la législation sur la protection des consommateurs, les autorités peuvent également s'attaquer de manière plus efficace et plus adaptée à des violations présumées des règles de concurrence sur les marchés du commerce électronique. Font partie de ces infractions certaines pratiques d'exploitation abusive comme la discrimination par les prix à l'aide de stratégies de tarification personnalisées (CERRE, 2017). De même, comparant les problèmes mis en évidence dans l'affaire *Moteur de recherche Google (Shopping)* à une forme de tromperie, Hovenkamp (2016) fait valoir que l'obligation imposée aux plateformes de mieux informer les consommateurs constitue une solution plus appropriée : en faisant prendre conscience aux consommateurs du moment où Google présente les services qu'il propose suivant son propre ordre de priorités, les consommateurs seront à même de faire un choix éclairé concernant la fiabilité des recommandations qui leur sont ainsi adressées.

184. Un exemple intéressant d'application de la Loi sur la protection des consommateurs dans ce contexte est celui des poursuites engagées par le Bureau de la concurrence du Canada contre Amazon pour ses pratiques tarifaires de nature à induire les consommateurs en erreur, en particulier le fait qu'Amazon ne vérifiait pas l'exactitude des « prix conseillés » communiqués par ses fournisseurs auxquels il était pourtant censé comparer ceux, prétendument plus bas, qu'il pratiquait. Même si le Bureau de la concurrence a engagé ces poursuites en application de la Loi sur la concurrence, il a également invoqué des provisions spécifiques relatives à l'éthique publicitaire et ne relevant donc pas du droit de la concurrence en tant que tel¹⁴⁸.

185. Si, en général, les transactions effectuées dans le secteur du commerce électronique entrent dans le champ d'application de la législation ordinaire sur la protection des consommateurs, l'ampleur des dispositions législatives relatives au commerce électronique varie toutefois considérablement d'un pays de l'OCDE à l'autre. Ainsi, la Corée a adopté en 2002 un texte de loi spécifique sur la protection des consommateurs dans le commerce électronique mis en œuvre par la Korea Fair Trade Commission, qui prévoit un ensemble de droits pour la protection des consommateurs s'appliquant spécifiquement au commerce électronique (Sohn, 2016). Plus récemment, la Commission européenne a préconisé un renforcement des législations nationales de protection des consommateurs dans les pays de l'UE, composantes essentielles de sa stratégie pour un marché unique numérique¹⁴⁹.

186. En 2016, le Conseil de l'OCDE a publié une recommandation très détaillée sur la protection du consommateur dans le commerce électronique, dans laquelle sont répertoriés les grands principes généraux sur lesquels doivent se fonder les cadres d'action pour la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique. Ces principes sont les suivants :

- une protection transparente et efficace,
- la loyauté des pratiques en matière de commerce, de publicité et de marketing,
- des informations en ligne claires, exactes, facilement accessibles relatives à l'entreprise et sur les biens ou services concernés, ainsi que sur la transaction elle-même,
- un processus de confirmation clair et sans ambiguïté,
- la sécurité numérique et la protection de la vie privée des consommateurs¹⁵⁰.

187. En l'absence de législation contraignante, un effort volontaire d'autodiscipline, peut être une solution, à l'exemple du Code de bonne pratique à l'intention des acteurs du commerce électronique élaboré la Chambre de commerce de Santiago, au Chili (Prieto Saldivia, 2016).

188. Une solution connexe, applicable aux entreprises du secteur du commerce électronique dont l'activité repose sur la collecte et l'exploitation des données des consommateurs, consiste à renforcer les législations nationales spécifiquement consacrées à la protection des données afin de limiter les informations personnelles qui peuvent être recueillies par les distributeurs en ligne et les plateformes numériques, ainsi que les utilisations commerciales qui peuvent en être faites. Ohlhausen et Okuliar (2015), examinant la frontière entre le droit de la concurrence et les dispositions législatives sur le respect de la vie privée des consommateurs, font valoir que le droit de la concurrence doit primer lorsque le préjudice présumé concerne une diminution de l'efficacité économique alors que les dispositions relatives à la vie privée sont plus appropriées lorsque le préjudice éventuel risque de porter atteinte aux conditions de négociation entre une entreprise et ses clients.

189. Les acteurs du commerce électronique sont bien entendu soumis aux obligations ordinaires concernant la confidentialité des données même si celles-ci sont très variables d'un pays à l'autre. Il reste néanmoins intéressant de se demander si l'utilisation croissante de techniques comme l'analyse prédictive dans le commerce électronique doit s'accompagner d'une réglementation plus stricte, que ce soit pour mieux protéger les données ou la vie privée des consommateurs (Spencer, 2015). Ainsi, selon Zuiderveen Borgesius (2015), la personnalisation des prix suppose en général un traitement des données des consommateurs. Dans la mesure où les législations sur la protection des données imposent aux entreprises d'informer les consommateurs sur la finalité des processus de traitement de leurs données personnelles, l'auteur de cette étude propose que les distributeurs en ligne fassent à tout le moins savoir aux utilisateurs si des prix personnalisés leur sont appliqués. Le renforcement des règles relatives à la *portabilité* des données non personnelles pourrait en outre servir à lever certains des obstacles à l'entrée que constitue l'agglomération de grands volumes de données collectées par les opérateurs historiques du commerce électronique¹⁵¹.

190. Toutefois, la mise en œuvre des législations relatives à la protection des consommateurs et celles sur la confidentialité des données ont pour inconvénient d'être onéreuses, soit en raison des frais encourus par les entreprises pour se conformer à

des dispositions, soit parce que les entreprises peuvent en venir à renoncer à livrer concurrence ou à innover afin de ne pas courir le risque d'agir contrairement à ce qu'elles prévoient. Or, ces coûts sont au final presque systématiquement reportés sur les consommateurs, ce qui rend indispensable de trouver le juste équilibre entre une nécessaire réglementation et une surenchère réglementaire inutile.

191. Ceux deux types de législations sont en outre souvent lacunaires. Les législations relatives à la protection des consommateurs ne s'appliquent généralement pas aux transactions interentreprises et il est de ce fait peu probable qu'elles interdisent des pratiques déloyales ou anticoncurrentielles de la part des intermédiaires vis-à-vis des détaillants qui recourent à leurs services. De même, les dispositions législatives sur la confidentialité des données ne s'appliquent généralement qu'aux personnes physiques. De plus, comme elles donnent priorité à la protection des consommateurs finaux, on peut penser que ces deux types de législations ne sont guère en mesure de favoriser l'exercice d'une concurrence ouverte et loyale sur les marchés du commerce électronique. Par conséquent, pour atteindre cet objectif, le droit de la concurrence constitue sans doute un instrument plus approprié.

5.3. Une réglementation du type de celle applicable au secteur des services collectifs

192. Une troisième possibilité serait d'appliquer ex ante aux plateformes numériques « essentielles » une réglementation suivant la même logique que celle applicable aux services collectifs (Ezrachi et Stucke, 2016 ; Khan, 2017). Si cette solution était mise en œuvre, les plateformes devraient alors conformer leurs comportements sur le marché à des règles explicites, relatives par exemple à leurs prix ou à leurs obligations d'accès ou d'investissement (Khan, 2017). Cette approche s'articule autour de l'idée que certaines d'entre elles jouent le rôle essentiel de gardien, donnant accès à l'économie numérique en général et aux marchés du commerce électronique notamment. Cette conception suit en outre la même logique que celle ayant présidé aux décisions rendues, par exemple, dans les affaires *Moteur de recherche Google (Shopping)*, *Apple (E-Books)* et celle des agences de voyages en ligne, puisque chacune d'entre elles a été fondée sur le postulat que, de manière plus générale, les grandes plateformes numériques sont en mesure de fausser la concurrence dans le secteur du commerce électronique.

193. La question de savoir si cette solution est nécessaire ou même souhaitable fait l'objet d'un vif débat (O'Connor, 2016). La réglementation des sociétés de services collectifs fait généralement l'objet d'attaques constantes depuis les années 70 car elle passe pour un mécanisme coûteux et inutile, exposé à un risque de capture par les entités réglementées et dont les résultats sont presque invariablement jugés moins bons que ceux générés par le libre jeu du marché. En outre, même si la réglementation des entreprises de services collectifs traditionnels est encore tolérée (Baldwin et al., 2011), on peut penser que le bien-fondé de son extension à la « nouvelle » économie, qui se caractérise par la rapidité de ses innovations, est beaucoup moins évident.

194. Il est néanmoins possible, espérons-le, de formuler plusieurs observations relativement indiscutables. Premièrement, même s'il l'on peut appliquer les règles de concurrence ordinaires pour faire face à bon nombre des problèmes de marché survenant dans le secteur du commerce électronique (Iacovides et Jeanrond, 2017), ces règles ne sont pas toujours complètement adaptées (Kjølbye et al., 2015). Comme on l'a vu, tel est particulièrement le cas s'agissant des comportements unilatéraux, domaine du droit de la concurrence qui recoupe le plus la réglementation du secteur des services collectifs.

195. En outre, les plateformes numériques soulèvent des questions complexes couvrant tout le spectre juridique, tout en étant expertes à se soustraire à plusieurs des régimes juridiques traditionnels visant à régler des problèmes sociaux et économiques équivalents dans un cadre analogue (Cohen, 2017). Pourtant, comme le souligne Lynskey (2017), même si les organismes de réglementation se préoccupent de plus en plus du « pouvoir des plateformes », cette notion n'est pas exactement équivalente à celle de « pouvoir de marché » utilisée dans l'analyse de la concurrence classique. De ce fait, dans la mesure où une réglementation du type de celle applicable aux sociétés de services collectifs est jugée appropriée pour le commerce électronique ou pour les marchés adjacents, il importe de comprendre que la défense des intérêts publics impérieux qui sont en jeu dépasse le simple contrôle d'un pouvoir monopolistique, au sens où cette notion désigne une capacité à augmenter les prix pour les porter à un niveau supérieur au coût marginal.

196. Pour l'heure, sans même parler des problèmes de nature très peu économique comme celui de la diffusion de « *fake news* », autrement dit de contrevérités, la possibilité de soumettre les plateformes numériques à une réglementation à grande échelle du même type que celle régissant les sociétés de services collectifs semble relativement lointaine. Dans sa Communication de 2016 relative à la réglementation des plateformes numériques, la Commission européenne a rejeté l'idée d'une réglementation globale des plateformes en ligne, même des plus grandes, et a en outre recommandé une déréglementation plus importante des marchés plus traditionnels afin de coller, lorsque cela est possible, à la nouvelle économie numérique¹⁵². Cela étant, cette idée a suscité une attention considérable du public¹⁵³, ce qui témoigne d'un malaise général face à la dynamique de la concurrence qui commence à se développer sur les marchés numériques et peut-être aussi face à l'omniprésence de plus en plus grande de ces plateformes dans presque tous les domaines des sociétés contemporaines.

6. Conclusion

197. Le commerce électronique est un hybride intéressant dans une économie en ligne en constante mutation. Il s'agit d'un secteur intrinsèquement numérique, qui dépend par nature de l'internet à la fois pour attirer des consommateurs et pour conclure des transactions, et fonctionne en outre comme l'une des principales composantes « monétisées » de l'écosystème numérique. Pourtant, les acteurs du commerce électronique continuent d'être en concurrence avec les commerçants et les prestataires de services traditionnels et il existe encore une limite à l'amélioration que leurs innovations sont susceptibles d'apporter par rapport à ce que les consommateurs peuvent attendre des produits qu'ils achètent au bout du compte, quel que soit le circuit de distribution. La dynamique propre aux marchés du commerce électronique toutefois – caractérisés par une importante transparence, une concurrence agressive et le recours croissant à des algorithmes pour diriger les comportements économiques – différencie la concurrence qui s'y exerce de celle que se livrent les revendeurs traditionnels.

198. Les problèmes de concurrence qui peuvent se poser, exposés dans la présente note de réflexion, méritent que l'on s'y intéresse et justifient à l'occasion une surveillance étroite des autorités de la concurrence, sans pour autant que celles-ci soient systématiquement tenues d'intervenir. De plus, à mesure que le commerce électronique continue de se développer rapidement dans les pays de l'OCDE, la dynamique du marché ici mise en évidence va probablement évoluer et de nouveaux problèmes de concurrence risquent d'apparaître. Comme pour d'autres domaines de l'économie numérique,

les autorités de la concurrence envisageant d'intervenir sur les marchés du commerce électronique doivent mettre en balance, d'une part, la nécessité éventuelle d'une application plus souple des règles de concurrence de manière à prendre en compte des formes nouvelles de pratiques abusives et, d'autre part, le bien-fondé de restrictions réglementaires sur des marchés en rapide évolution sur lesquels l'innovation joue un rôle central. Les responsables publics doivent aussi garder à l'esprit tout l'éventail des moyens d'action réglementaire disponibles : si le droit de la concurrence ne peut constituer une solution satisfaisante, les approches fondées sur des législations relatives à la protection des consommateurs et sur la confidentialité des données ou sur une législation sectorielle peuvent être alors parfois une parade juridique plus appropriée.

Notes

¹ Commission européenne, *Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique* (COM(2017) 229 final), publié à Bruxelles, le 10 mai 2017.

² Voir par exemple : Reuters, « Mexico anti-trust regulator probes e-commerce abuses » (L'autorité de la concurrence mexicaine enquête sur les pratiques abusives dans le commerce électronique), 1^{er} février 2018.

³ Cela exclut ainsi non seulement la plupart des activités de services financiers (de la négociation au comptant aux services bancaires en ligne pour les particuliers), mais aussi les services axés sur l'internet, comme l'infonuagique ou les services d'hébergement de sites web.

⁴ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 8.

⁵ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 75.

⁶ Par exemple, 92 % des fabricants de biens de consommation ayant participé à l'*Enquête sectorielle sur le commerce électronique* de la Commission européenne ont déclaré réaliser des ventes sur leurs propres sites web, bien que cela n'empêche pas les ventes par le biais d'autres canaux, en ligne comme hors ligne (para. 93 et autres discussions aux para. 179 à 181).

⁷ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 189.

⁸ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 99 à 118.

⁹ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 14.

¹⁰ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 147 à 157.

¹¹ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 116 à 126.

¹² Voir, par ex. *Financial Times*, « Beware online words that can lead to a libel charge » (Quand des commentaires sur l'internet tombent sous le coup de la diffamation), 14 juillet 2015 ; et *The Telegraph* « Garden shed becomes top-rated London restaurant on TripAdvisor after site tricked by fake reviews » (Faux avis sur TripAdvisor : un abri de jardin devient l'un des meilleurs restaurants de Londres), 6 décembre 2017.

¹³ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 310.

¹⁴ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 164.

¹⁵ Certains analystes contestent l'absence de contrepartie financière, estimant que les utilisateurs paient en réalité pour ces services en sacrifiant des données personnelles ou en accordant leur attention aux annonceurs (Newman, 2015 ; Gal et Rubinfeld, 2016).

¹⁶ Japan Fair Trade Commission, *Guidelines Concerning Distribution Systems and Business Practices under the Antimonopoly Act* (Lignes directrices au titre de la loi japonaise antimonopole sur les systèmes de distribution et les pratiques commerciales), version révisée du 16 juin 2017, traduction en anglais disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/DistributionSystemsAndBusinessPractices.pdf.

¹⁷ Gönenç Gürkaynak, « One Step Closer to EU Approach: Amended Guidelines on Vertical Agreements » (Une étape supplémentaires vers une approche européenne : lignes directrices modifiées concernant les accords verticaux), *Chambers and Partners*, publié le 3 avril 2018, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.chambersandpartners.com/article/3439/one-step-closer-to-eu-approach-amended-guidelines-on-vertical-agreements>.

¹⁸ *Leegin Creative Leather Products, Inc. c. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

¹⁹ Affaires C-501/06 P *GlaxoSmithKline Services and Others c. Commission des Communautés européennes* EU:C:2009:610 et C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS c. Président de l'Autorité de la concurrence et Ministre de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi* EU:C:2011:649.

²⁰ Voir par ex. : Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (OJ C 130/1, 19.5.2010), para. 106 à 109 en particulier.

²¹ Voir par ex. : affaire C-345/14 *SIA « Maxima Latvija » c. Konkurences padome* EU:C:2015:784, para. 19 à 24 en particulier.

²² Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, para. 6 et 97.

²³ Voir par ex. : *Maxima*, para. 29.

²⁴ Ceci est valable aussi bien selon le droit de la concurrence américain qu'europpéen. Voir *Copperweld Corp. c. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984) et l'affaire C-73/95 *Viho Europe BV c. Commission des Communautés européennes* EU:C:1996:405.

²⁵ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 181.

²⁶ Voir par ex. : affaire C-279/06 *CEPSA Estaciones de Servicio SA c. LV Tobar e Hijos SL* EU:C:2008:485 ; et Bennett (2013).

²⁷ Voir par ex. : Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 188 à 193.

²⁸ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 213.

²⁹ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 209 à 212.

³⁰ Affaire C-26/76 *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes* EU:C:1977:167, para. 21.

³¹ Affaire C-56/65 *Société Technique Minière c. Maschinenbau Ulm* EU:C:1966:38,

³² *STM*, p. 250.

³³ *Ibid*, para. 259.

³⁴ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 222 à 226 et 248.

³⁵ *Ibid*, para. 234.

³⁶ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 241.

³⁷ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 245.

³⁸ *Metro*, para. 20.

³⁹ *Pierre Fabre*, para. 41.

⁴⁰ Affaire C-230/16 *Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH* EU:C:2017:941, para. 24.

⁴¹ *Pierre Fabre*, para. 39.

⁴² Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, para. 52.

⁴³ *Coty*, para. 37 à 58 en particulier.

⁴⁴ Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, para. 48.

⁴⁵ Basé sur une lecture littérale de l'article 101(1)(a) du TFEU, interdisant tout accord visant à « fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente » : voir l'affaire C-243/83 *SA Binon & Cie c. SA Agence et messageries de la presse* EU:C:1985:284, para. 44 et 45.

⁴⁶ Dans l'UE, l'application de prix de vente fixes et minimums imposés nécessite une justification des parties contractantes conformément aux critères d'exemption définis par l'article 101(3) du TFEU. Des conseils sont disponibles à ces fins dans : Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, para. 225.

⁴⁷ Voir : Jones (2008) ; Hovenkamp (2010) ; Elzinga et Mills (2010) ; Moore (2011) ; Gundlach et Krotz (2015).

⁴⁸ L'application de prix de vente fixes et minimums imposés est considérée comme une restriction caractérisée conformément aux dispositions de l'article 4(a) du règlement d'exemption par catégorie applicable aux accords verticaux. Voir également : Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, para. 48 et 223 à 235.

⁴⁹ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 988.

⁵⁰ *Ibid*, para. 557.

⁵¹ *Ibid*, para. 582 à 588.

⁵² *Ibid*, para. 573 à 581.

⁵³ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 597 ; Brenning-Louko et al. (2010).

⁵⁴ Communiqué de presse du Bundeskartellamt, « LEGO changes its discount system—Fairer conditions for online sales » (LEGO modifie son système de remises : des conditions plus justes pour les ventes en ligne) publié le 18 juillet 2016, disponible en ligne à l'adresse : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/18_07_2016_Lego.html ; voir aussi : Silke Heinz, « No toying around—the FCO makes Lego change its discount system to better accommodate online sales » (On ne joue plus : le Bundeskartellamt force Lego à modifier son système de remise en faveur des ventes en ligne), Kluwer Competition Law Blog, publié le 23 juillet 2016, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/07/23/no-toying-around-the-fco-makes-lego-change-its-discount-system-to-better-accommodate-online-sales/>.

⁵⁵ *Pierre Fabre*, para. 47

⁵⁶ En ce sens, l'arrêt *Pierre Fabre* s'inscrit dans la droite ligne des décisions prises dans les affaires *FA Premier League* et *GlaxoSmithKline*.

⁵⁷ Voir : Communiqué de presse du Conseil de l'Union européenne, « Geo-blocking: Council adopts regulation to remove barriers to e-commerce » (Blocage géographique : le Conseil adopte un règlement visant à supprimer les obstacles au commerce électronique), publié le 27 février 2018, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.consilium.europa.eu/fr/press/press-releases/2018/02/27/geo-blocking-council-adopts-regulation-to-remove-barriers-to-e-commerce/>.

⁵⁸ Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, para. 52 à 54.

⁵⁹ Communiqué de presse de la Competition and Markets Authority, « CMA fines Ping £1.45m for online sales ban on golf clubs » (La CMA condamne Ping à une amende de 1,45 million GBP pour avoir interdit la vente en ligne de ses clubs de golf), publié le 24 août 2017, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/government/news/cma-fines-ping-145m-for-online-sales-ban-on-golf-clubs>.

⁶⁰ Décision n° 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinema, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/12d23.pdf>.

⁶¹ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 478 à 480.

⁶² *Ibid*, para. 481 à 487.

⁶³ Voir par ex. : décision de la cour d'appel de Berlin dans Cour d'appel de Berlin, *Un revendeur autorisé c. Alfred Sternjakob GmbH & Co. KG*, 2 U (Kart) 8/09, 19 septembre 2013.

⁶⁴ Voir : Bundeskartellamt, « Adidas abandons ban on sales via online marketplaces » (Adidas renonce à l'interdiction de la vente de ses produits sur les places de marché en ligne), décision B3-137/12, publié le 27 juin 2014.

⁶⁵ Commission européenne, *Enquête sectorielle sur le commerce électronique*, para. 506 à 509.

⁶⁶ *Ibid*, para. 534.

⁶⁷ *Ibid*, para. 515 à 518 et 535 à 537.

⁶⁸ *Ibid*, para. 542.

⁶⁹ *Ibid*, para. 543 à 555.

⁷⁰ Voir : Bundeskartellamt, résumé du dossier : restrictions illicites des ventes en ligne de chaussures de course ASICS, décision B2-98/11, publié le 25 janvier 2016, disponible en ligne à l'adresse suivante : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B2-98-11.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁷¹ Voir : OCDE (2015a) ; Ezrachi (2015) ; Akman (2016) ; Caccinelle et Toledano (2017) ; Baker et Scott Morton (2018) ; Mantovani et al. (2018).

⁷² Voir par ex. : *Financial Times*, « Booking.com in European settlement over hotel prices » (Accord entre Booking.com et les autorités européennes concernant les tarifs hôteliers), publié le 21 avril 2014.

⁷³ Voir : Bundeskartellamt, résumé du dossier : les clauses de « meilleur prix » du portail hôtelier Booking.com enfreignent également le droit de la concurrence, décision B9-121/13, publié le 9 mars 2016, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Kartellverbot/2016/B9-121-13.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁷⁴ *CPI Competition Policy International*, « Turkey: Competition board fines Booking.com » (Turquie : le Conseil de la concurrence condamne Booking.com à une amende), publié le 16 janvier 2017, disponible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.competitionpolicyinternational.com/turkey-competition-board-fines-booking-com/>.

⁷⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission accepte les engagements d'Amazon concernant les livres numériques », publié le 4 mai 2017, disponible en ligne à l'adresse suivante : http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1223_fr.htm.

⁷⁶ Déclaration de la Commission du 4 mai 2017 concernant l'affaire AT.40153—*E-book MFNs and related matters (Amazon)* (Clauses NPF sur les livres numériques et questions liées [Amazon]), résumé : OJ C 264/7, 11.8.2017.

⁷⁷ Communiqué de presse de la Japan Fair Trade Commission (JFTC), « Closing the Investigation on the Suspected Violation of the Antimonopoly Act by Amazon Japan G.K. » (Suspension de

l'enquête sur des soupçons de violation de la loi japonaise antimonopole par Amazon Japan G.K.), publié le 1^{er} juin 2017, disponible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170601.html>.

⁷⁸ OCDE, *Annual Report for Competition Policy Developments in Turkey* (Rapport annuel sur les développements en matière de politique de la concurrence en Turquie), DAF/COMP/AR(2017)17, publié le 30 mai 2017, p. 10.

⁷⁹ Affaire 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal BV contre Commission des Communautés européennes* UE:C:1978:22, paragraphe 65.

⁸⁰ *US v. E. I. du Pont de Nemours*, 351 U.S. 377 (1956), 391.

⁸¹ Commission européenne, *Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence* (JO C 372/5, 9.12.1997), paragraphe 2.

⁸² En vertu du droit de l'UE, une part de marché de 50 % ou plus constitue la preuve de l'existence d'une position dominante (voir Affaire C-62/86 *AKZO* UE:C:1991:286, paragraphe 60), alors que si la part de marché de l'entreprise représente moins de 40 % du marché en cause, il est « peu probable » qu'elle s'y trouve en position dominante (voir Commission européenne, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* (JO C45/7, 24.2.2009), paragraphe 14). En droit de la concurrence américain, ce seuil est plus élevé : une part de marché de 90 % constitue le seuil à partir duquel la preuve de l'existence d'un monopole est établie alors qu'une part de marché de 65 % peut susciter « un doute » à cet égard (*Alcoa*, 148 F.2d, 424).

⁸³ Commission européenne, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, paragraphe 12.

⁸⁴ Voir, par exemple *The New York Times*, « Conglomerates Didn't Die. They Look Like Amazon, » 19 juin 2017.

⁸⁵ Pour reprendre la formulation utilisée dans l'affaire C-322/81 *Michelin (I)* UE:C:1983:313, paragraphe 57.

⁸⁶ Affaire T-83/91 *Tetra Pak contre Commission* UE:T:1994:246.

⁸⁷ Les approches adoptées en vertu du droit de la concurrence américain et du droit de la concurrence de l'UE ne sont pas les mêmes. En vertu de l'article 2 du Sherman Act, il est nécessaire de démontrer que l'entreprise mise en cause dispose « d'une possibilité dangereuse de récupération de son investissement dans des produits qu'elle a commercialisés à un prix inférieur aux coûts encourus » : *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993), 224. En revanche, la Cour de Justice, dans l'Affaire C-202/07 P *France Télécom SA contre Commission des communautés européennes* UE:C:2009:214 a explicitement rejeté l'argument que « la preuve de la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application, par une entreprise en position dominante, de prix inférieurs à un certain niveau de coûts constitue une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une telle politique de prix » en application de l'article 102 du TFUE, même si elle a noté qu'une preuve peut être considérée comme un élément pertinent, entre autres, lorsque des justifications objectives sont avancées (paragraphe 110 et 111).

⁸⁸ Voir, par exemple, les positions antagonistes de Crane (2005) et Hemphill et Weiser (2018)

⁸⁹ Voir, par exemple, *MLEx Market Insight*, « Amazon critics press for US antitrust probe as e-commerce giant's market share grows, » 29 novembre 2016, consultable à l'adresse suivante <https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/antitrust/north-america/amazon-critics-press-for-us-antitrust-probe-as-e-commerce-giants-market-share-grows>.

⁹⁰ Voir, par exemple, *The Spectator*, « Sadiq Khan threatens crackdown on Uber, saying allowing its taxis was a 'mistake', » 1^{er} mars 2016, et *The Guardian*, « What if Uber kills off public transport rather than cars? » 13 janvier 2017.

⁹¹ *Financial Times*, « Uber pares quarterly losses and lifts revenues, » 14 février 2018.

⁹² *The Guardian*, « Uber drivers often make below minimum wage, report finds, » 6 mars 2018.

⁹³ Voir Evans (2016) et Thepot (2013) ; Newman (2015) et Fletcher (2007).

⁹⁴ Commission européenne, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, paragraphe 72.

⁹⁵ Voir, par exemple, dans l'UE, les affaires C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contre Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG*. UE:C:1998:569, et T-201/04 *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes* UE:T:2007:289 ; et, aux États-Unis, les affaires *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985) et *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004).

⁹⁶ *Oscar Bronner*, paragraphes 43 à 47.

⁹⁷ Commission européenne, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, paragraphe 82.

⁹⁸ *Oscar Bronner*, paragraphe 43.

⁹⁹ *Orientations sur les priorités*, paragraphe 89.

¹⁰⁰ Voir respectivement l'affaire *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) et la Décision de la Commission 2007/53/CE du 24 mars 2004 dans l'affaire COMP/C-3/37.792—*Microsoft* (JO 2007 L 32, p. 23).

¹⁰¹ Communiqué de presse de l'autorité de la concurrence néerlandaise, « NMa: no tying of sales Apple iPod and iTunes services, » 6 septembre 2007, consultable en ligne à l'adresse suivante <https://www.acm.nl/en/publications/publication/6191/NMa-no-tying-of-sales-Apple-iPod-and-iTunes-services>.

¹⁰² *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, paragraphe 62.

¹⁰³ Affaire C-28008 P *Deutsche Telekom AG contre Commission européenne* UE:C:2010:603.

¹⁰⁴ *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.*, 555 U.S. 438 (2009).

¹⁰⁵ Affaire C-52/09 *Konkurrensverket contre TeliaSonera Sverige AB* UE:C:2011:83.

¹⁰⁶ La Commission européenne a de fait préconisé la mise en œuvre d'une autre approche dans ses *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, paragraphes 80 et 81.

¹⁰⁷ *TeliaSonera Sverige AB*

¹⁰⁸ Shelanski (2013), 1699.

¹⁰⁹ Voir Communiqué de la Federal Trade Commission concernant les services de recherche de Google dans l'affaire *Google Inc.*, n° de dossier de la FTC 111-0163, 3 janvier 2013, fn.2.

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ Décision du 27 juin 2017 dans l'affaire AT.39740— *Moteur de recherche Google (Shopping)*, consultable en ligne à l'adresse suivante : http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

¹¹² Communiqué de presse de la Commission européenne, « La Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante, » Bruxelles, 27 juin 2017.

¹¹³ *Moteur de recherche Google (Shopping)*, paragraphe 651.

¹¹⁴ *Moteur de recherche Google (Shopping)*, paragraphe 649.

¹¹⁵ Affaire en instance T-612/17 *Google et Alphabet contre Commission*.

¹¹⁶ Communiqué de la Federal Trade Commission concernant les services de recherche dans l'affaire *Google Inc.*, n° du dossier de la FTC 111-0163, 3 janvier 2013

¹¹⁷ Communiqué de presse de l'Office of Competition and Consumer Protection, « Competition authority searches premises of Grupa Allegro, » publié le 7 juillet 2017, consultable à l'adresse suivante : https://uokik.gov.pl/news.php?news_id=13332.

¹¹⁸ Voir, par exemple, l'omission délibérée des pratiques d'exploitation abusives dans les *Orientations sur les priorités retenues par la Commission dans l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'exclusion abusives des entreprises dominantes*, paragraphe 7.

¹¹⁹ Le droit de l'UE, par exemple, met en œuvre le test *United Brands* bien connu : « *il s'agirait d'abord d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, d'examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents* » (Affaire C-27/76 *United Brands et United Brands Continentaal contre Commission* UE:C:1978:22, paragraphe 252).

¹²⁰ Cela étant, lorsque le ratio des coûts fixes aux coûts variables des détaillants est élevé, il peut être nécessaire d'examiner l'évolution des prix sur le long terme afin d'éviter de faux positifs ne rendant pas compte des coûts de mise au point des produits (Hovenkamp (2016).

¹²¹ Voir, par exemple, Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, paragraphes 203 à 208.

¹²² *MLex Market Insight*, « Amazon Japan raided by JFTC on suspicions of abuse of dominance, » publié le 15 mars 2018, consultable en ligne à l'adresse suivante : <https://mlexmarketinsight.com/insights-center/editors-picks/antitrust/asia/amazon-japan-raided-by-jftc-on-suspicious-of-abuse-of-dominance>.

¹²³ Communiqué de l'ACCC, « New competition laws a protection against big data e-collusion, » publié le 16 novembre 2017, consultable en ligne à l'adresse suivante : <https://www.accc.gov.au/media-release/new-competition-laws-a-protection-against-big-data-e-collusion>.

¹²⁴ Communiqué de presse de la Competition and Markets Authority, « CMA secures director disqualification for competition law breach, » publié le 1^{er} décembre 2016.

¹²⁵ Communiqué de presse de la Competition and Markets Authority, « Online seller admits breaking competition law, » publié le 21 juillet 2016.

¹²⁶ On notera qu'Ezrachi et Stucke (2016, 46-55) utilise le terme de collusion « en étoile » pour désigner la coordination entre concurrents par l'utilisation parallèle d'algorithmes, qu'une coopération horizontale en soit l'objectif sous-jacent ou n'en soit qu'un effet indirect involontaire. Nous utilisons ici ce terme, dans son sens plus traditionnel, pour désigner une collusion horizontale délibérée mise en œuvre par un canal vertical.

- ¹²⁷ *United States v Apple, Inc.*, 791 F. 3d. 290 (ad Cir. 2015).
- ¹²⁸ Affaire COMP/AT.39847—*E-Books* (JO C 73/17, 13.3.2013).
- ¹²⁹ Communiqués de presse du Bureau de la concurrence , « Le Bureau de la concurrence intervient pour favoriser la concurrence liée au livrel, » 7 février 2014, consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/03658.html>, et « Le Bureau de la concurrence obtient un règlement avec HarperCollins dans l'affaire des livres numériques, » 9 janvier 2018, consultable en ligne à l'adresse suivante : https://www.canada.ca/fr/bureau-concurrence/nouvelles/2018/01/le_bureau_de_la_concurrenceobtientunreglementavecharpercollins_da.html.
- ¹³⁰ *Rakuten Kobo Inc. contre Canada (Commissaire de la concurrence)* 2018 FC 64.
- ¹³¹ Affaires C-74/14 *ETURAS* UE:C:2016:42.
- ¹³² *Ibid*, paragraphe 28.
- ¹³³ *Ibid*, paragraphes 42 et 44.
- ¹³⁴ *Ibid*, paragraphe 45.
- ¹³⁵ Affaire C-542/14 *VM Remonts* UE:C:2016:578, paragraphes 30 à 33.
- ¹³⁶ Conclusions de l'avocat général dans l'Affaire C-74/14 *ETURAS* EU:C:2015:493, paragraphe 42.
- ¹³⁷ Affaire C-194/14 *AC-Treuhand* UE:C:2015:717.
- ¹³⁸ *Ibid*, paragraphe 30.
- ¹³⁹ *Ibid*, paragraphes 37 et 38.
- ¹⁴⁰ Voir, par exemple, affaire n° COMP/M.6956—*Telefonica/CaixaBank/Banco Santander* (Joint Venture), décision du 14 août 2013.
- ¹⁴¹ Voir, par exemple, affaire n° COMP/M.4731—*Google/DoubleClick*, décision du 11 mars 2008.
- ¹⁴² Communiqué de presse de Konkurrensverket (l'Autorité de la concurrence suédoise), « Blocket will not acquire Hemnet, » 14 juillet 2016, consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.konkurrensverket.se/en/news/blocket-will-not-acquire-hemnet/>.
- ¹⁴³ Voir, par exemple, affaire M.8124—*Microsoft / LinkedIn*, décision du 6 décembre 2016.
- ¹⁴⁴ Communiqué du directeur permanent du Bureau de la concurrence de la Federal Trade Commission au sujet de l'examen par cette agence du rachat par Amazon.com, Inc. de Whole Foods Market Inc., publié le 23 août 2017, consultable en ligne à l'adresse suivante <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/08/statement-federal-trade-commissions-acting-director-bureau>.
- ¹⁴⁵ Voir, par exemple, *The New York Times*, « Amazon bites off even more monopoly power, » article de Lina M. Khan, publié le 21 juin 2017.
- ¹⁴⁶ Voir Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil visant à contrer le blocage géographique et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/EC (COM(2016) 289 final), publiée le 25 mai 2016.
- ¹⁴⁷ Par exemple, the UK's Groceries (Supply Chain Practices) Market Investigation Order, 2009, and Ireland's Consumer Protection Act 2007 (Grocery Goods Undertakings) Regulation 2016.

¹⁴⁸ Communiqué de presse du Bureau de la concurrence du Canada, « Énoncé du Bureau de la concurrence concernant son enquête sur l'établissement des prix d'Amazon au Canada, » 11 janvier 2017, consultable en ligne à l'adresse suivante : <http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/04187.html>.

¹⁴⁹ Voir, par exemple, la Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (COM(2016) 283 final), publiée le 25 mai 2016, désormais promulguée par le Parlement et le Conseil et en instance d'entrée en vigueur.

¹⁵⁰ OCDE (2016), *Recommandation du conseil sur la protection du consommateur dans le commerce électronique*, Éditions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255272-fr>.

¹⁵¹ Voir, par exemple, Commission européenne, *Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy. Accompanying the document 'Building a European data economy'* (COM(2017) 9 final), document publié le 10 janvier 2017.

¹⁵² Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe* (COM(2016) 288 final), publiée le 25 mai 2017. Oxera propose, à ce sujet, une analyse utile, « When should online platforms be regulated? Oxera's initial analysis of the European Commission's thinking, » publiée le 7 juin 2016.

¹⁵³ Voir, par exemple, *The Telegraph*, « There is no justification for regulating online giants as if they were public utilities, » 4 août 2017 ; *The Economist*, « What if large tech firms were regulated like sewage companies? » 23 septembre 2017 ; et *Financial Times*, « Why we need to regulate the tech platforms, » 5 novembre 2017.

Références

- Akman, P. (2017), « The Theory of Abuse in *Google Search*: A Positive and Normative Assessment under EU Competition Law », *University of Illinois Journal of Law, Technology and Policy*, vol. 2017, p. 301.
- Akman, P. (2016), « A Competition Law Assessment of Platform Most-Favoured-Customer Clauses », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 12, p. 781.
- Asker, J. et H. Bar-Isaac (2018), « Advertising and Related Restraints », *CPI Antitrust Chronicle*, janvier 2018.
- Auer, D. et N. Petit (2015), « Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Antitrust Policy », *The Antitrust Bulletin*, vol. 60, p. 426.
- Baker, J.B. et F. Scott Morton (2018), « Antitrust Enforcement against Platform MFNs », *Yale Law Journal* (à paraître).
- Baldwin, R., M. Cave et M. Lodge (2011), *Understanding Regulation*, 2^{ème} édition, Oxford University Press.
- Bennett, M. (2013), « Online Platforms: Retailers, Genuine Agents or None of the Above? », *CPI Competition Policy International*, juin 2013.
- Blockx, J. (2017), « Antitrust in digital markets in the EU: policy pricing bots », document présenté lors de la Radboud Economic Law Conference, 9 juin 2017.
- Bostoen, F. (2017), « Online platforms and vertical integration: the return of margin squeeze? », *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, n° 42.
- Brenning-Louko, M. et al. (2010), « Vertical Agreements: New Competition Rules for the Next Decade », *Competition Policy Newsletter*, n° 2–2010.
- Buccirossi, P. (2015), « Vertical Restraints on E-Commerce and Selective Distribution », *Journal of Competition Law and Economics*, n° 11, p. 747.
- Bundeskartellamt (2013), *Vertical Restraints in the Internet Economy*, réunion du Groupe de travail sur le droit de la concurrence, 10 octobre 2013.
- Busch, C. et al. (2016), « The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for EU Consumer Law? », *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 5, p. 3.
- Caccinelle, C. et J. Toledano (2017), « Assessing Anticompetitive Practices in Two-sided Markets: A Comparative Analysis of four Antitrust Proceedings against Booking.com », 28^e Conférence régionale européenne de la International Telecommunications Society, Passau, Allemagne, 30 juillet-2 août, 2017.
- Cardona, M., N. Duch-Brown et B. Martens (2015), « Consumer Perceptions of (Cross-Border) eCommerce in the EU Digital Single Market », *Institute for Prospective Technological Studies Digital Economy Working Paper*, n° 2015-06.
- Carrier, M.A. (2013), « Only 'Scraping' the Surface: The Copyright Hole in the FTC's Google Settlement », *UBC Law Review*, vol. 46, p. 759.
- CERRE (2017), *Big Data and Competition Policy: Market power, personalised pricing and advertising, Project Report*, publié le 16 février 2017.
- Cohen, J. (2017), « Law for the Platform Economy », *UC Davis Law Review*, n° 51:1, p. 133.
- Colangelo, G. et V. Torti (2018), « Selective Distribution and Online Marketplace Restrictions Under EU Competition Rules after *Coty Prestige* », *European Competition Journal* (à paraître).
- Collyer, K., H. Mullan et N. Timan (2017), « Measuring Market Power in Multisided Markets », *CPI Antitrust Chronicle*, septembre 2017.
- Commission européenne (2017), *Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique*, (COM(2017) 229 final), Bruxelles, 10 mai 2017.
- Commission européenne (2010), *Lignes directrices sur les restrictions verticales* (JO C 130/1, 19.5.2010).

- Commission européenne (2009), *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* (JO C45/7, 24.2.2009).
- Commonwealth of Australia (2015), *Competition Policy Review. Final Report*, publié en mars 2015.
- CNUCED (2017), *Protection du consommateur dans le commerce électronique : Note du secrétariat de la CNUCED*, publiée le 24 avril 2017.
- Costa-Cabral, F. et O. Lynskey (2017), « Family ties: The intersection between data protection and competition in EU law », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 1, p. 11.
- Crane, D.A. (2005), « The Paradox of Predatory Pricing », *Cornell Law Review*, vol. 91, n° 1.
- Dogan, C. (2018), « Turkey: Turkish Competition Board Refused to Launch Investigation into Certain Practices of Google », *European Competition Law Review*, vol. 39, p. 64.
- Edelman, B. (2015), « Does Google Leverage Market Power through Tying and Bundling? », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 11, p. 365.
- Elzinga, K.G. et D.E. Mills (2010), « *Leegin* and Procompetitive Resale Price Maintenance », *The Antitrust Bulletin*, vol. 55, p. 349.
- Engels, M., T. Brenner et A. Rasek (2017), « Evaluating the abolishment of MFN clauses in the online hotel booking sector: the drawbacks of using price comparison data from meta-search sites », *European Competition Law Review*, vol. 38, p. 483.
- Evans, D. (2016), « Multisided Platforms, Dynamic Competition and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms », *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper*, n° 753, mars 2016.
- Evans, D. (2011), « The Antitrust Economics of Free » *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n° 555, publié en mai 2011.
- Ezrachi, A. (2017), « The Ripple Effect of Online Marketplace Bans », *World Competition*, vol. 40, p. 47.
- Ezrachi, A. (2015), « The Competitive Effects of Parity Clauses on Online Commerce », *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 55/2015.
- Ezrachi, A. et M. Stucke (2018), « The Fight over Antitrust's Soul », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 9, n° 1 (2018).
- Ezrachi, A. et M. Stucke (2016), *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*, Harvard University Press (2016).
- FTC (2016), *The 'Sharing Economy', Issues Facing Platforms, Participants and Regulators: A Federal Trade Commission Staff Report*, novembre 2016.
- Ferro, M.S. (2017), « *De Gratis Non Curat Lex*: Abuse of Dominance in Online Free Services », *Competition Law Review*, n° 12, p. 153.
- Fletcher, A. (2007), « Predatory Pricing in Two-Sided Markets: A Brief Comment », *CPI Competition Policy International*, vol. 3, printemps 2007.
- Friederiszick, H. et E. Glowicka (2016), « Competition policy in modern retail markets », *Journal of Antitrust Enforcement*, p. 42.
- Gal, M. et D. Rubinfeld (2016), « The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement », *Antitrust Law Journal*, vol. 80, n° 401.
- Gal, M. et N. Elkin-Koren (2017), « Algorithmic Consumers », *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 30, p. 309.
- Graef, I. (2016), *EU Competition Law, Data protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Wolters Kluwer.
- Graef, I. (2015), « Market Definition and Market Power in Data: the Case of Online Platforms », *World Competition*, vol. 38, p. 473.
- Gundlach, G.T. et R. Krotz (2015), « Resale Price Maintenance after *Leegin*: The Curious Case of Contact Lenses », *American Antitrust Institute Working Paper*, n° 15-04.

- Gurkaynak, G. et al. (2017), « Multisided markets and the challenge of incorporating multisided considerations into competition law analysis », *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 5, p. 100.
- Hemphill, C. et P. Weiser (2018), « Beyond Brooke Group: Bringing Reality to the Law of Predatory Pricing », *Yale Law Journal* (à paraître).
- Horton, J.J. et R.J. Zeckhauser (2016), « Owning, Using and Renting: Some Simple Economics of the 'Sharing Economy' », *HKS Faculty Research Working Paper Series*, RWP16-007.
- Hovenkamp, H. (2016), « Antitrust and Information Technologies », *Florida Law Review*, vol. 68, p. 419.
- Hovenkamp, H. (2010), « Leegin, the Rule of Reason, and Vertical Agreement », *University of Iowa Legal Studies Research Paper*, n° 10–40.
- Hovenkamp, E. et H. Hovenkamp (2015), « Tying Arrangements », in R. Blair et D. Sokol (dir. pub.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol. 2, Oxford University Press.
- Hughes, P. (2017), « Bright line or barbed wire? The classification of supplier influence over resale prices under EU competition law », *European Competition Law Review*, vol. 38, p. 272.
- Iacovides, M. et J. Jeanrond (2017), « Keep Calm and Carry On Applying the Existing Rules – EU Competition Law and the Digital Economy », *Stockholm Faculty of Law Research Paper Series*, n° 36.
- Janka, S. et S. Uhsler (2018), « Antitrust 4.0—the rise of Artificial Intelligence and emerging challenges to antitrust law », *European Competition Law Review*, vol. 39, p. 112.
- Jones, A. (2008), « Completion of the Revolution in Antitrust Doctrine on Restricted Distribution - Leegin and its Implications for EC Competition Law », *The Antitrust Bulletin*, vol. 53, p. 903.
- Jones, A. et B. Sufrin (2016), *EU Competition Law*, 6^e édition, Oxford University Press (2016).
- Kalimo, H. et K. Majcher (2017), « The Concept of Fairness: Linking EU Competition Law and Data Protection Law in the Digital Marketplace », *European Law Review*, vol. 42, p. 210.
- Kaplow, L. (2010), « Why (Ever) Define Markets? », *Harvard Law Review*, vol. 124, p. 437.
- Khan, L.M. (2017), « Amazon's Antitrust Paradox », *Yale Law Journal*, vol. 126, pp. 564-907.
- Kirkwood, J. (2007), « The Robinson-Patman Act and Consumer Welfare: Has Volvo Reconciled Them? », *Seattle University Law Review*, vol. 30, p. 349.
- Kjølbbye, L., A. Aresu et S. Stephanou (2015), « The Commission's E-Commerce Sector Inquiry: Analysis of Legal Issues and Suggested Practical Approach », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7, p. 465.
- Klein, B. (2017), « The Apple E-Books Case: When is a Vertical Contract a Hub in a Hub-and-Spoke Conspiracy? », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 13, p. 423.
- Klein, B. et J. Wright (2007), « The Economics of Slotting Contracts », *The Journal of Law*, vol. 50, p. 421.
- Lamadrid de Pablo, A. (2017), « Competition Law as Fairness », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 8, p. 147.
- Lao, M. (2018a), « Workers in the 'Gig' Economy: The Case for Extending the Antitrust Labor Exemption to Them », *UC Davis Law Review*, (à paraître).
- Lao, M. (2018b), « Erring on the Side of Antitrust Enforcement When in Doubt in Data-Driven Mergers », in N. Charbit, C. Malhado et E. Yang (dir. pub.), *Double H. Ginsburg. An Antitrust Professor on the Bench: Liber Amicorum – Volume I*, Concurrences.
- Lao, M. (2010), « Resale Price Maintenance: The Internet Phenomenon and 'Free Rider' Issues », *Antitrust Bulletin*, vol. 55, p. 473.
- Lerner, A. (2014), « The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition », 26 août 2014.
- Leslie, C. (2013), « Predatory Pricing and Recoupment », *Columbia Law Review*, vol. 113, p. 1695.
- Lindsay, A. et E. McCarthy (2017), « Do we need to prevent pricing algorithms cooking up markets? », *European Competition Law Review*, vol. 38, p. 533.
- Lougher, G. et S. Kalmanowicz (2016), « EU Competition Law in the Sharing Economy », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7, p. 87.

- Lundquist, B. (2017), « Standardization for the Digital Economy—The Issue of Interoperability and Access Under Competition Law », *Faculty of Law, Stockholm University Research Paper*, n° 10.
- Lynskey, O. (2017), « Regulating ‘Platform Power’ », *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, n° 1/2017.
- Maggiolino, M. (2017), « Personalized Prices in European Competition Law », *Bocconi Legal Studies Research Paper* n° 2984840.
- Mandrescu, D. (2017), « Applying EU Competition Law to Online Platforms: the Road Ahead – Part 2 », *European Competition Law Review*, vol. 38, p. 410.
- Manne, G. et J. Wright (2010), « Innovation and the Limits of Antitrust », *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 6, p. 153.
- Mantovani, A., C. Piga et C. Reggiani (2018), « On the Economic Effects of Price Parity Clauses - What Do We Know Three Years Later? » *Journal of European Competition Law and Practice* (à paraître).
- Marsden, P. et P. Whelan (2010), « Selective Distribution in the Age of Online Retail », *European Competition Law Review*, vol. 31, p. 26.
- Mehra, S. (2016), « *US v. Topkins*: can price-fixing be based on algorithms? », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7, p. 470.
- Moore, J. (2011), « Resale Price Maintenance After *Leegin*: Why Treating Vertical Price-Fixing as ‘Inherently Suspect’ is the Only Viable Alternative to the Traditional Rule of Reason », *Washington University Journal of Law and Policy*, vol. 36, p. 289.
- Murray, A. (2016), *Information Technology Law*, 3^e édition, Oxford University Press.
- Newman, J. (2015), « Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 164, p. 149.
- OCDE (2018), « Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms », disponible à l’adresse : <http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>.
- OCDE (2017), « Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age », disponible à l’adresse : <http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>.
- OCDE (2016a), « Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era », disponible à l’adresse : <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.
- OCDE (2016b), « Price Discrimination and Competition », disponible à l’adresse : <http://www.oecd.org/competition/price-discrimination.htm>.
- OCDE (2015a), « Competition and Cross-Platform Parity Agreements », disponible à l’adresse : <http://www.oecd.org/daf/competition/competition-cross-platform-parity.htm>.
- OCDE (2015b), « Disruptive Innovations and their Effect on Competition », disponible à l’adresse : <http://www.oecd.org/daf/competition/disruptive-innovations-and-competition.htm>.
- OCDE (2013), « Vertical Restraints for On-line Sales », DAF/COMP(2013)13.
- OCDE (2012), « The Digital Economy », DAF/COMP(2012)22.
- OCDE (2009), « Margin Squeeze », DAF/COMP(2009)36.
- OCDE (2008), « Resale Price Maintenance », DAF/COMP(2008)37.
- OCDE (2007), « Refusals to Deal », DAF/COMP(2007)46.
- OCDE (2004), « Predatory Foreclosure », DAF/COMP(2005)14.
- OCDE (2000), « Competition Issues in Electronic Commerce », DAF/COMP(2000)32.
- O’Connor, D. (2016), « Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings », in A. Ortiz (dir. pub.), *Internet Competition and Regulation of Online Platforms*, Competition Policy International.
- Office of Fair Trading (2013), *The Impact of Reverse-Fixed Payments on Competition*, publié le 4 juillet, 2013.
- Ohlhausen, M. et A. Okuliar (2015), « Competition, Consumer Protection and *The Right* [Approach] to Privacy », *Antitrust Law Journal*, vol. 80, p. 121.

- Oxera (2017), « No Free Rides? Platform Bans in Light of the *Coty* Case », *Oxera Agenda*, décembre 2017.
- Oxera (2016), « When should online platforms be regulated? Oxera's initial analysis of the European Commission's thinking », publié le 7 juin 2016.
- Renato, N. (2016), « Unequal treatment by online platforms: A structured approach to the abuse test in *Google* », document présenté lors de la 11^e Conférence annuelle du GCLC, Bruxelles, 1-2 février 2016.
- Ronzano, A. (2015), « Abuse of dominant position: The Paris Court of appeal overturns a decision by the Paris Commerce Tribunal and follows the French NCA's position regarding the absence of predatory practices by the leading internet search engine on the market of cartography API (Evermaps/Google) », 25 novembre 2015, *Concurrences Review*, n° 1-2016, Art. n° 78061.
- Saldivia, J. (2016), « E-Commerce in Chile: Best Practices, Self-Regulation and Integration », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, p. 249.
- Schepp, N-P. et A. Wambach (2016), « On Big Data and Its Relevance for Market Power Assessment », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7, p. 120.
- Shelanski, H. (2013), « Information, Innovation and Competition Policy for the Internet », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, p. 1663.
- Soh, K. (2016), « Privacy and Security Protection under Korean E-Commerce Law and Proposals for its Improvements », *Arizona Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, p. 292.
- Sokol, D. (2015), « Analyzing Robinson-Patman », *George Washington Law Review*, vol. 83, p. 2064.
- Sokol, D. (2014), « The Transformation of Vertical Restraints: Per Se Illegality, The Rule Of Reason, And Per Se Legality », *Antitrust Law Journal*, vol. 79, p. 1003.
- Sokol, D. et J. Ma (2017), « Understanding Online Markets and Antitrust Analysis », *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 15, p. 43.
- Spencer, S. (2015), « Privacy and Predictive Analytics in E-Commerce », *New England Law Review*, vol. 49, p. 101.
- Stallibrass, D. et J. Fingleton (2016), « Regulation, Innovation and Growth: Why Peer-to-Peer Businesses Should be Supported », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 7, pp. 414–419.
- Thepot, F. (2013), « Market power in online search and social-networking: a matter of two-sided markets », *World Competition*, vol. 36, p. 195.
- Townley, C., E. Morrison et K. Yeung (2017), « Big Data and Personalised Price Discrimination in EU Competition Law », *King's College London Law School Research Paper*, n° 2017-38.
- Vesterdorf, B. et K. Fountoukakos (2018), « An Appraisal of the Remedy in the Commission's *Google Search (Shopping)* Decision and a Guide to its Interpretation in Light of an Analytical Reading of the Case Law », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 9, p. 3.
- Von Rompuy, B. (2017), « A Europe without digital borders: Beyond the Reach of Antitrust? », *CoRe*, vol. 1, n° 2, p. 93.
- Wiethaus, L. (2015), « Google's Favouring of Own Services: Comments from an Economic Perspective », *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 6, p. 506.
- Witt, A. (2016), « Restrictions on the Use of Third-Party Platforms in Selective Distribution Agreements for Luxury Goods », *European Competition Journal*, vol. 12, p. 435.
- Zuiderveen, F.B. (2015), « Online Price Discrimination and Data Protection Law », *Amsterdam Law School Research Paper*, n° 2015-32.