

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

**Résumé de la table ronde consacrée à l'incidence du commerce électronique sur la
politique de la concurrence**

**Annexe au compte rendu succinct de la 129^e réunion du Comité de la concurrence
(6-8 juin 2018)**

6 juin 2018

Ce document, rédigé par le Secrétariat de l'OCDE, résume les principales conclusions de la discussion qui s'est tenue lors de la 129^e réunion du Comité de la concurrence le 6 juin 2018.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/daf/competition/e-commerce-implications-for-competition-policy.htm.

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Pedro Gonzaga.
[Téléphone : +33 1 45 24 96 55 / Courriel : pedro.gonzaga@oecd.org]

JT03449605

Synthèse

Par le Secrétariat*

À l'occasion de sa 129^e réunion, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde consacrée à l'Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence, afin de mettre en évidence les principaux obstacles potentiels à la concurrence posés par le développement continu des circuits de distribution en ligne.

La note de référence établie par le Secrétariat de l'OCDE, les contributions écrites soumises par 22 délégations, le BIAC, le BEUC, Consumers International et l'Union européenne, ainsi que les débats tenus par les délégués et les experts du Comité de la concurrence, ont fait ressortir les points suivants :

1. Le commerce électronique désigne généralement les chaînes de valeur de distribution rendant possible la vente en ligne de produits à des consommateurs finaux. Il s'agit d'un secteur hautement dynamique qui enregistre depuis quelques années une croissance stable dans les pays de l'OCDE. Les modèles économiques de la vente en ligne sont souvent complexes et multifformes, offrant de nouvelles possibilités et posant de nouveaux défis en termes de politique de la concurrence.

Le commerce électronique se rapporte généralement aux activités de vente en ligne, et à un mécanisme de distribution de plus en plus présent dans la zone OCDE. Indissociable de l'émergence de l'économie numérique, il consiste en la vente en ligne de biens et de services à des particuliers, mais aussi en la distribution de contenus numériques, ainsi qu'en certaines autres activités comme la publicité en ligne. L'environnement du commerce électronique fait intervenir un grand nombre d'acteurs économiques, parmi lesquels les détaillants en ligne, les places de marché et les outils de comparaison des prix.

La dynamique du secteur du commerce de détail en ligne est souvent particulièrement complexe et s'avère, par certains aspects, extrêmement différente des circuits de distribution traditionnels. La possibilité de réaliser des achats sur l'internet augmente considérablement le choix des consommateurs, non seulement en démultipliant le nombre de points de vente auxquels ils ont accès, mais aussi en augmentant le volume d'informations qui leur sont disponibles, réduisant ainsi les coûts de recherche. S'affranchissant d'un modèle de chaîne de valeur vertical traditionnel, les plateformes en ligne de vente au détail peuvent accomplir de nombreuses fonctions différentes et tirer des revenus d'un éventail de sources tout aussi varié, comme la vente au détail directe en ligne, la fourniture de services d'intermédiation à d'autres détaillants en ligne, la monétisation des « vues » des clients auprès des annonceurs ou encore la collecte de précieuses données sur les consommateurs.

* Cette synthèse ne représente pas nécessairement le point de vue unanime des membres du Comité de la concurrence. Elle récapitule toutefois les points essentiels dégagés de la table ronde consacrée à l'Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence, ainsi que des avis des experts présents, des contributions orales et écrites des délégués, ainsi que de la note de référence du Secrétariat de l'OCDE.

L'essor du commerce électronique offre autant de nouvelles possibilités qu'il pose de nouveaux défis en termes de politique de la concurrence. La vente en ligne pourrait permettre un renforcement de la concurrence sur le marché de détail, un élargissement du choix des consommateurs et une stimulation de l'innovation en termes de distribution des produits. Certaines dynamiques pourraient toutefois encourager les accords anticoncurrentiels et les comportements unilatéraux, et notamment l'émergence d'opérateurs de plateformes en ligne en position dominante, ainsi qu'une plus grande transparence du marché.

2. Les autorités de la concurrence sont de plus en plus confrontées à des situations les obligeant à s'interroger sur la pertinence de leur intervention contre des pratiques anticoncurrentielles présumées dans les marchés du commerce électronique et, le cas échéant, à déterminer si les instruments d'application du droit disponibles et les règles établies de la concurrence sont réellement adaptés au secteur numérique. Afin d'évaluer les répercussions de comportements spécifiques sur l'environnement général en termes de droit de la concurrence, il convient non seulement de bien comprendre le fonctionnement des modèles économiques sous-jacents, mais aussi de prendre en compte la motivation commerciale de ces pratiques anticoncurrentielles présumées.

Les activités des détaillants en ligne, des fournisseurs et des plateformes numériques suscitent de plus en plus l'intérêt des autorités de la concurrence et autres organismes de réglementation. Deux questions fondamentales sont au cœur des discussions sur le traitement optimal du commerce électronique du point de vue du droit de la concurrence. D'une part, dans quelle mesure le droit de la concurrence devrait-il intervenir sur l'activité commerciale dans l'environnement numérique dynamique actuel ? D'autre part, les cadres réglementaires et les mécanismes d'évaluation conventionnels sont-ils toujours adaptés aux besoins dans ce contexte ?

Afin de déterminer si certaines pratiques observées dans le secteur du commerce électronique sont ou non anticoncurrentielles, il convient de comprendre le fonctionnement du modèle d'entreprise pertinent en l'espèce (autrement dit, il est essentiel de comprendre comment l'entreprise concernée tire sa rentabilité). Bien que le caractère novateur de l'économie numérique ne justifie pas en soi que l'on fasse preuve de timidité dans l'application du droit de la concurrence, l'innovation reste un aspect qu'il est nécessaire de prendre en compte dans l'évaluation de l'impact de cette nouvelle économie sur le bien-être du consommateur. Par ailleurs, lorsque la légitimité de potentielles restrictions doit être examinée, il est important de comprendre la motivation commerciale qui sous-tend ces pratiques. À titre d'exemple, les restrictions imposées par des fournisseurs dans le cadre de ventes en ligne pourraient constituer un moyen légitime de protéger la qualité des produits. Néanmoins, le simple fait qu'une entreprise puisse, de par son activité, présenter une explication plausible pour un comportement restrictif ne l'autorise pas pour autant à imposer des restrictions à la concurrence.

3. Dans le secteur du commerce électronique, la définition du marché est une tâche particulièrement complexe qui exige des autorités de la concurrence qu'elles prennent en compte (i) la relation entre les circuits de distribution en ligne et les circuits de distribution classiques, (ii) la nature multifacée des grandes plateformes en ligne tirant parti de différentes sources de demande interdépendantes et (iii) la possible émergence, à terme, d'une forme de concurrence.

La définition du marché est généralement un processus qui dépend en grande partie du contexte et qui peut s'avérer particulièrement complexe dans le secteur du commerce électronique. Le degré de chevauchement entre les ventes en ligne et les activités de commerce de détail traditionnel s'impose comme une question primordiale. Les pratiques observées jusqu'alors montrent qu'il n'existe aucune réponse universelle, mais que tout dépend en réalité de différents facteurs comme la nature des produits, les préférences des consommateurs ou encore les modèles économiques des détaillants en place. Dans le cas des plateformes multifaces, cette réponse peut dépendre de la perspective choisie. Par exemple, l'interchangeabilité des services de taxi en ligne et hors ligne peut varier selon que soit prise en compte la relation d'amont entre les chauffeurs et les sociétés de réservation ou la relation d'aval entre les taxis locataires et les clients.

La plupart des grandes plateformes en ligne œuvrent sur des marchés multifaces, ce qui oblige à prendre en compte les effets de différentes sources indépendantes de demande, ainsi que leurs rapports réciproques. Du point de vue du consommateur, le coût initial peut être nul (par exemple pour l'utilisation des services de sites de comparaison des prix), ce qui complique l'application du test du monopoleur hypothétique (ou test SSNIP) dans le cadre de la définition du marché. Il est toutefois de plus en plus admis que la collecte de données à caractère personnel par les sites de commerce électronique en ligne pourrait correspondre à un aspect pertinent de la qualité, lequel serait susceptible d'être pris en compte dans le cadre de la définition du marché.

4. Un grand nombre de pratiques anticoncurrentielles peuvent avoir cours dans la sphère de la vente en ligne, qu'il s'agisse de restrictions verticales visant à limiter la concurrence en ligne, de pratiques horizontales comme les ententes algorithmiques ou en étoile, ou encore de comportements unilatéraux. Bien que les règles établies de la concurrence suffisent généralement à encadrer de tels comportements, il peut être nécessaire pour les autorités d'adapter leurs méthodes de collecte d'informations, leurs outils d'évaluation et les mesures correctrices qu'elles imposent, afin de mieux traiter les problèmes de concurrence rencontrés sur les marchés du commerce électronique.

La table ronde s'est principalement concentrée sur des problématiques liées au droit de la concurrence qui ont déjà été soulevées ou qui sont susceptibles d'émerger dans les marchés du commerce électronique. Dans son application, le droit de la concurrence s'est principalement focalisé sur les restrictions verticales, lesquelles sont fréquemment mises en place par les fournisseurs et les places de marché en ligne dans le secteur du commerce électronique. Pour ce qui est des collusions horizontales (au-delà du risque d'ententes algorithmiques déjà examiné à l'occasion d'une table ronde organisée précédemment par l'OCDE), les débats se sont notamment portés sur la question des ententes en étoile, lesquelles consistent en des accords horizontaux anticoncurrentiels entre détaillants mis en œuvre par le biais d'une série de contrats verticaux entre une plateforme en ligne et ses utilisateurs.

Les différentes contributions et les débats qui ont eu lieu lors de la table ronde ont montré que le cadre d'analyse et les règles établies de la concurrence suffisent amplement pour évaluer et prendre des sanctions contre les comportements anticoncurrentiels ayant cours dans le secteur du commerce électronique. Le contrôle des règles de concurrence reste néanmoins une tâche qui dépend fortement du contexte. Lors de l'évaluation de comportements anticoncurrentiels présumés dans le cadre de la vente en ligne, il peut être

nécessaire d'adopter de nouvelles formes de collecte d'informations ou d'adapter les modèles d'analyse afin de prendre en compte les phénomènes comme l'innovation, les marchés multifaces et les conséquences des données massives. L'évolution des pratiques et des modèles économiques peut par ailleurs exiger l'élaboration de nouvelles théories des atteintes à la concurrence. Dans le cadre du développement de ces théories, les autorités de la concurrence et les tribunaux devraient dans l'idéal chercher à fonder leurs activités d'application du droit sur des données empiriques solides, reposant sur des effets anticoncurrentiels démontrables.

5. La résurgence des restrictions verticales en tant que préoccupation centrale du point de vue du droit de la concurrence constitue l'une des caractéristiques fondamentales des marchés du commerce électronique. D'un côté, les fournisseurs imposent généralement une grande variété de restrictions verticales afin de garantir une certaine équivalence entre les circuits de distribution en ligne et les circuits de distribution classiques. De l'autre côté, les plateformes en ligne de vente au détail imposent souvent des restrictions verticales, comme les clauses de la « nation la plus favorisée » (NPF) applicables aux fournisseurs et revendeurs qui utilisent ces plateformes pour vendre leurs biens ou services. La meilleure manière de traiter ces restrictions verticales du point de vue du droit de la concurrence reste toutefois un sujet à controverse dans bon nombre de juridictions.

La catégorie de restrictions verticales la plus courante rassemble les restrictions imposées par les fournisseurs aux détaillants en ligne. Celles-ci visent généralement à assurer un certain niveau d'équivalence entre la vente au détail traditionnelle et la vente au détail en ligne, mais aussi à éviter le phénomène de parasitisme. Ces restrictions incluent par exemple les systèmes de distribution sélective, l'interdiction des ventes en ligne, les prix de vente imposés, les politiques de double prix entraînant une augmentation des prix de gros pour les détaillants en ligne, ou encore l'interdiction de l'utilisation de certains outils, comme les places de marché ou les comparateurs de prix. Ces restrictions verticales peuvent également, d'une part, être d'importants obstacles à la concurrence tarifaire accrue et à l'élargissement du choix du consommateur rendus possibles par l'essor du commerce électronique, et d'autre part entraver à long terme l'innovation.

Les clauses NPF imposées par les plateformes en ligne de vente au détail aux fournisseurs qui passent par ces plateformes (également appelées « clauses de parité ») constituent une autre catégorie importante de restrictions verticales. Dans ce contexte, les clauses NPF ont souvent un effet comparable aux garanties d'« alignement des prix », lesquelles assurent aux plateformes des tarifs ou autres conditions de vente au moins aussi intéressants pour les consommateurs que ceux proposés par n'importe quel autre circuit de distribution. Bien que les plateformes aient généralement recours à des clauses NPF afin d'éviter les pratiques de parasitisme, ces clauses peuvent également limiter les incitations pour les vendeurs à proposer des rabais, faciliter les ententes entre fournisseurs et constituer un obstacle à l'entrée.

Le meilleur moyen de traiter ces restrictions verticales du point de vue du droit de la concurrence reste sujet à débats. Dans certains pays, ces restrictions font l'objet d'une évaluation contextualisée, au cas par cas, selon la « règle de raison ». Dans d'autres pays, les restrictions verticales les plus problématiques font l'objet d'un traitement *per se* ou « par objet ». Toute évaluation de restrictions verticales du point de vue du droit de la concurrence devrait également inclure un examen de la crédibilité et de la pertinence de

ces allégations, que cet examen ait lieu dans le cadre d'une évaluation selon la « règle de raison » ou d'une règle d'exemption pour les comportements restrictifs présumés. Il peut être nécessaire, dans ce cas, de mettre en balance d'une part la nécessité de faire en sorte que les marchés du commerce électronique restent contestables et concurrentiels face aux intérêts légitimes des fournisseurs et des plateformes afin de protéger la qualité des produits, et d'autre part la nécessité d'empêcher le développement des pratiques de parasitisme.

Le secteur du commerce électronique a connu différentes affaires d'entente en étoile. Ce type d'entente s'appuie sur une coordination horizontale entre détaillants, mise en œuvre par le biais d'une série de contrats verticaux entre l'opérateur d'une plateforme et ses utilisateurs. Du point de vue du droit de la concurrence, les ententes en étoile observées dans le contexte du commerce électronique posent au moins deux questions particulièrement intéressantes. La première, illustrée par la différence de traitement appliquée par les autorités de la concurrence dans l'affaire Apple E-books, vise à déterminer lors du traitement des ententes en étoile si elles doivent être considérées comme une forme de collusion horizontale caractérisée ou comme une série d'accords verticaux restrictifs. La seconde, illustrée par l'affaire ETURAS, vise à déterminer dans quelle mesure les modes passifs de participation observés chez les détaillants peuvent être constitutifs d'une entente horizontale.

6. Dans le secteur du commerce électronique, les actions répressives menées au titre du droit de la concurrence pour des cas d'abus de position dominante ont connu une baisse relative, mais ces abus pourraient devenir une préoccupation majeure à mesure que les plateformes de commerce électronique gagnent en parts de marché. Afin de caractériser une position dominante et d'évaluer efficacement les abus, il peut être important d'identifier les obstacles à l'entrée les plus courants sur les marchés en ligne (effets de réseaux, barrières au multihébergement et avantages de la collecte de données), mais aussi de prendre en compte les nouvelles théories du préjudice, comme l'extension discriminatoire du pouvoir de marché, le parasitisme forcé ou encore la tarification personnalisée excessive.

Les actions répressives au titre du droit de la concurrence ciblant des abus de position dominante ont récemment connu une baisse dans le secteur du commerce électronique, à quelques exceptions importantes près. Il est toutefois fort possible que la croissance continue du commerce électronique (avec notamment l'émergence de puissantes plateformes en ligne de vente au détail) fasse que les comportements unilatéraux anticoncurrentiels deviennent à l'avenir un problème non négligeable. Deux questions se posent alors : d'abord, quels éléments permettent d'établir une position dominante dans un marché du commerce électronique spécifique, et ensuite, quels types d'abus sont les plus susceptibles de se produire ?

Bien que le secteur du commerce électronique s'intègre dans une économie numérique particulièrement dynamique, différents acteurs en ligne sont parvenus au fil du temps à conserver des parts de marché élevées et toujours en augmentation, ce qui s'explique certainement par un certain nombre d'obstacles toujours bien présents. Ces obstacles à l'entrée sur les marchés du commerce électronique incluent notamment les effets de réseaux qui renforcent la valeur perçue d'une plateforme pour ses utilisateurs, ainsi que les barrières au multihébergement qui empêchent les utilisateurs d'accéder en parallèle aux services d'autres plateformes. Par ailleurs, certaines entreprises disposant de capacités

supérieures pour collecter et exploiter les données des consommateurs, elles bénéficient potentiellement d'un avantage important sur les candidats à l'entrée sur le marché, dans la mesure où elles peuvent plus facilement améliorer leurs produits, cibler la publicité ou encore adapter leurs offres aux préférences des consommateurs. Les caractéristiques mêmes d'une base de données (coût d'acquisition, taux d'amortissement, etc.) peuvent s'avérer essentielles pour déterminer si ces données sont constitutives d'un obstacle à l'entrée.

Étant donné qu'occuper une position dominante n'est pas en soi contraire au droit de la concurrence, mais que seul l'abus de cette position dominante est répréhensible, identifier une forme pertinente de pratique anticoncurrentielle est une condition essentielle à toute enquête sur un potentiel comportement unilatéral. Les spécialistes ont identifié de nombreuses théories du préjudice potentielles pourtant bien établies dans le secteur du commerce électronique :

- Un *refus de fourniture* peut se produire lorsque l'accès à une plateforme (voire aux données des consommateurs qu'elle a amassées) peut s'avérer essentiel pour œuvrer sur un marché voisin et que cet accès est soit tout bonnement refusé, soit proposé selon des conditions déraisonnablement abusives.
- Les *ventes liées* peuvent être problématiques si une plateforme en position dominante oblige ses clients à acheter simultanément plusieurs produits différents.
- On parle de pratiques de *prix d'éviction* lorsque des détaillants en ligne appliquent des prix nettement inférieurs à ceux de leurs concurrents en points de vente physiques. Il reste toutefois important d'utiliser les tests standard afin de déterminer si ces prix bas ont en effet un objectif d'éviction ou s'ils sont seulement le résultat d'une concurrence acharnée.

D'autres théories du préjudice liées au commerce électronique semblent néanmoins prendre des formes inédites :

- Le *parasitisme forcé* consiste pour l'opérateur d'un marché en ligne à reproduire l'esthétique industrielle de produits populaires commercialisés par le biais de sa plateforme par des détaillants concurrents.
- L'*extension discriminatoire du pouvoir de marché* consiste en un traitement plus favorable de ses propres produits par une plateforme en position dominante, et ce, afin d'étendre son pouvoir de marché à des segments adjacents. Dans le secteur du commerce électronique, les autorités de la concurrence ont notamment pu observer ce type de pratique dans le cas de moteurs de recherche, accusés de réserver un traitement de faveur à leurs propres services de comparaison de prix dans les résultats affichés suite à une recherche générale sur un produit.
- Une *tarification personnalisée* a pour objectif de tirer les prix vers le haut pour des clients spécifiques, en évaluant leur propension à accepter des prix plus élevés grâce à la collecte de données à caractère personnel.

Dans le cadre du développement de nouvelles théories du préjudice, les discussions menées lors de table ronde ont permis de dégager deux facteurs qui devraient être pris en compte par les organismes de réglementation dans leur choix d'action : le lien de proximité entre une pratique et le préjudice direct subi par le consommateur, et la crédibilité des arguments

d'efficacité qui pourraient justifier le comportement ciblé. On peut toutefois redouter que certaines de ces nouvelles théories du préjudice éloignent un peu trop le droit de la concurrence de son objectif premier de protection du bien-être des consommateurs, et ne le rapprochent, par exemple, du champ d'application des législations sur la protection des consommateurs et des données.

7. Les types de problèmes de marché susceptibles de survenir dans le secteur du commerce électronique ne se limitent pas au champ d'application du droit de la concurrence. Ces défaillances des marchés peuvent également nécessiter l'application de réglementations sectorielles, de mesures de protection du consommateur ou encore de lois sur la confidentialité des données, lesquelles peuvent être mieux adaptées que le droit de la concurrence pour assurer la protection directe des consommateurs. Il convient d'encourager les organismes de réglementation à prendre en considération l'arsenal complet des outils disponibles. Une telle approche peut nécessiter une réponse coordonnée de plusieurs agences pour aborder les problèmes de marché les plus complexes.

Bien que le droit de la concurrence ait un rôle important à jouer pour remédier aux défaillances des marchés dans l'environnement du commerce électronique, il ne s'agit aucunement de la seule solution réglementaire disponible. La législation relative à la protection des consommateurs garantit l'interdiction des pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, notamment en ligne. Les lois sur la confidentialité des données définissent les limites de la collecte et de l'exploitation des données à caractère personnel pour les entreprises du secteur du commerce électronique. De la même manière, les pratiques préjudiciables à la concurrence, mais qui n'entrent pas dans le champ d'application établi du droit de la concurrence, peuvent requérir une législation spéciale. Des propositions ont été formulées pour mettre en œuvre des législations sectorielles descendantes afin de réguler différents aspects de l'économie numérique, y compris certaines activités de grandes plateformes en ligne actives dans le secteur du commerce électronique.

Dans de nombreux cas, ces mécanismes réglementaires spécialisés peuvent constituer des méthodes plus efficaces et plus pertinentes pour corriger des problèmes de marché courants. Le droit de la concurrence s'avère particulièrement adapté pour assurer l'accessibilité des marchés et garantir une saine concurrence, et ainsi pour faciliter les nouvelles entrées et favoriser l'innovation. Les consommateurs peuvent néanmoins subir des préjudices dont les facteurs déclencheurs n'entrent pas dans le champ d'application reconnu des règles de la concurrence. Le cas échéant, les organismes de réglementation devraient être incités à étudier la pertinence de l'ensemble des outils de contrôle de marchés actuellement disponibles. Cela pourrait alors nécessiter d'associer l'application du droit de la concurrence à des réformes législatives positives, ou de confier le contrôle des règles de concurrence à un autre organisme capable d'apporter des solutions ou des parades plus adaptées.