

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

**Compte rendu de la table ronde sur 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 est un compte rendu détaillé des discussions qui se sont tenues lors de la 129^e réunion du Comité de la concurrence du 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]

JT03456535

Compte rendu de la table ronde sur l'incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence

Par le Secrétariat

Sous la présidence de M. Frédéric Jenny, le Comité de la concurrence a organisé le 6 juin 2018 une table ronde consacrée à l'incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence. En introduction à la table ronde, le Président indique qu'une grande partie des questions abordées seront déjà connues des participants, dans la mesure où il s'agit de problèmes de concurrence couramment observés sur le marché du commerce de détail. Les autorités de la concurrence des pays de l'OCDE ont toutefois enregistré une augmentation significative du nombre d'affaires liées au commerce électronique, dont la plupart soulèvent des problématiques spécifiques, parmi lesquelles la relation entre les circuits de distribution en ligne et les circuits de distribution classiques, la question du pouvoir de marché dans la sphère numérique, ou encore certaines pratiques anticoncurrentielles définies, impliquant par exemple les outils de comparaison des prix, les moteurs de recherche verticaux ou la publicité en ligne.

L'appel à contributions ayant suscité une forte mobilisation, la table ronde a pu compter sur les communications de 26 pays et autres organisations, appuyées par les avis des trois experts invités :

- **Pinar Akman** (professeur de droit et directrice du centre des pratiques d'entreprise et du droit commercial de l'université de Leeds) ;
- **Avantika Chowdhury** (partenaire chez Oxera Consulting à Londres) ;
- **Lars Kjøbye** (directeur associé de Latham & Watkins).

Le Président propose alors d'organiser la table ronde selon trois axes principaux :

- les dynamiques générales de la concurrence et la définition du marché dans le contexte du commerce électronique ;
- les restrictions verticales dans la vente en ligne ;
- les abus de position dominante et autres questions de réglementation dans le secteur du commerce électronique.

1. Dynamiques générales de la concurrence et définition du marché dans le contexte du commerce électronique

La discussion débute par une présentation des questions abordées dans la note de référence de l'OCDE, assurée par **Niamh Dunne** au nom du Secrétariat. Dans ce contexte, une définition plus large du commerce électronique avait été utilisée, laquelle incluait l'ensemble des chaînes de valeur de distribution permettant la vente en ligne de produits à destination de consommateurs finaux. Cette définition englobait alors un grand nombre de modèles économiques différents. Bien que le commerce électronique soit intrinsèquement lié à la question de la concurrence sur le marché de détail, les autorités compétentes ont dû s'appuyer sur un certain nombre d'autres caractéristiques pour évaluer les situations potentiellement litigieuses. Ces caractéristiques incluent notamment un éventail de choix

considérablement élargi pour le consommateur, ce qui a intensifié la concurrence en ligne mais peut également permettre l'apparition de pratiques répréhensibles, comme des ententes ou l'application de restrictions verticales. Le rôle croissant de la collecte et de l'exploitation des données des consommateurs est un sujet tout aussi important, lequel soulève de nombreux problèmes (obstacles à l'entrée, tarification personnalisée, etc.) ou questions (nécessité de déterminer si ces données sont ou non un service essentiel, ou quelle est leur importance dans la publicité en ligne, par exemple). Bien que le commerce électronique soit par essence fondé sur l'internet, la nature des produits et services réellement proposés aux consommateurs finaux n'est pas nécessairement « suffisamment numérique » pour que les arguments s'opposant à une application du droit de la concurrence à l'économie numérique soient totalement recevables en l'espèce.

L'analyse des affaires traitées en droit de la concurrence à ce jour révèle que le problème le plus fréquemment rencontré est celui des restrictions verticales. Ces restrictions sont généralement imposées par les fabricants souhaitant établir un certain niveau d'équivalence entre les circuits de distribution en ligne et les circuits de distribution classiques. Les restrictions en plus forte progression incluent la distribution sélective, les prix de vente imposés et l'interdiction de l'utilisation de certains instruments, comme les sites de comparaison des prix et les places de marché. Ces places de marché en ligne constituent elles-mêmes une autre source de restrictions verticales. La motivation qui sous-tend ces restrictions est généralement la prévention des pratiques de parasitisme. La meilleure manière de traiter ces restrictions verticales reste toutefois un sujet à controverse pour les acteurs de la politique de la concurrence.

Les comportements unilatéraux sont un autre phénomène qui suscite de plus en plus de discussions et de contrôles par les autorités. Dans les marchés du commerce électronique, le risque de comportements unilatéraux anticoncurrentiels pose deux questions essentielles. La première consiste à déterminer si les situations de position dominante peuvent survenir, en pratique, dans les marchés de l'économie numérique. Pour cela, les autorités doivent prendre en considération de nombreux problèmes, y compris le traitement des marchés multifaces, la relation entre les circuits de distribution en ligne et les circuits de distribution classiques, la caractérisation des services d'intermédiation, l'existence potentielle d'obstacles à l'entrée et la manière dont l'innovation devrait être incluse dans toute évaluation du pouvoir de marché. La seconde consiste à identifier une théorie du préjudice solidement étayée, laquelle peut être liée à des théories bien connues, comme les prix d'éviction, ou à des théories plus rares, comme l'extension discriminatoire du pouvoir de marché ou le « parasitisme forcé ».

Enfin, la note de référence aborde brièvement deux autres domaines pour lesquels la pertinence de l'application du droit de la concurrence peut être posée. Le premier problème est celui des collusions horizontales. Même si une entente injustifiable identifiée dans le secteur du commerce électronique serait considérée tout aussi illégale que dans n'importe quel autre marché, deux difficultés spécifiques se posent : les risques d'ententes algorithmiques et d'ententes en étoile. Le second problème concerne la question de nouvelles solutions réglementaires possibles comme alternatives au droit de la concurrence. Ces solutions incluent le recours à des législations sectorielles visant à interdire ou prescrire certains comportements dans les marchés du commerce électronique, l'application de mesures de protection du consommateur ou de règles sur la confidentialité des données destinées à préserver les intérêts des consommateurs finaux, ou encore l'introduction de réglementations du type de celle applicable au secteur des services collectifs, afin de contrôler les activités des « géants des nouvelles technologies ».

Le Président passe la parole à **Lars Kjølbje** pour des observations liminaires sur les dynamiques de la concurrence et sur le processus de définition du marché dans le secteur du commerce électronique. Il commence par souligner les modifications apportées au modèle de chaîne de valeur vertical traditionnel par l'émergence de l'économie numérique. Sous l'effet de la numérisation, les modèles économiques sont devenus beaucoup plus complexes, individualisés et multiformes. Il ne peut donc pas exister d'approche universelle en termes de politique de la concurrence. Il s'avère également essentiel de bien comprendre le fonctionnement des modèles économiques (soit la manière dont l'entreprise concernée tire ses revenus ou propose de tirer ses revenus) afin de mieux appréhender les problèmes de concurrence potentiels. Ce qui fait le cœur du modèle économique d'une plateforme en ligne peut être moins important pour d'autres. Certaines plateformes ont par exemple besoin de « vues » à vendre aux annonceurs, alors que d'autres plateformes basent leur rentabilité sur l'accès à des données de haut niveau sur les consommateurs. L'analyse de la concurrence dans l'économie numérique devrait s'appuyer sur une compréhension approfondie du modèle économique concerné, et ce, en parallèle (voire de manière prioritaire) au processus classique de définition du marché.

Les ententes algorithmiques offrent un exemple intéressant. Avant de tirer des conclusions sur la légalité de telles pratiques, il est essentiel de comprendre comment des modèles économiques différents peuvent influencer sur les incitations à conclure des ententes et sur l'opportunité de tels efforts de coordination du point de vue des entreprises. Un important détaillant en ligne, dont la valeur augmente par le développement de ses activités, peut avoir bien plus intérêt à programmer ses algorithmes de manière à faciliter les ententes qu'un détaillant traditionnel, dont la valeur dépend principalement des recettes qu'il réalise.

Un autre aspect par lequel la numérisation rompt avec les catégories juridiques traditionnelles est la distinction entre agents et distributeurs. Grâce à la distribution numérique, le critère de risque économique qui faisait la distinction entre les agents et les distributeurs tiers devient moins pertinent dans la mesure où aucun d'entre eux ne s'expose à un niveau de risque significatif. Cette distinction n'est pas non plus pertinente en termes de concurrence, puisqu'en substance les agents comme les distributeurs offrent un service sur lequel ils appliquent une marge. Du point de vue de la concurrence, ce qui compte est que les agents ou distributeurs cherchent à se démarquer sur la base de cette marge de distribution, de la même manière que les fournisseurs cherchent à se démarquer sur la base des produits qu'ils proposent. La manière de désigner les choses est finalement moins importante en l'espèce.

Les places de marché s'imposent comme un phénomène nouveau et de plus en plus important dans le contexte du commerce électronique. Celles-ci correspondent en fait à des fournisseurs de services d'une part auprès d'entités qui vendent des produits et d'autre part auprès de consommateurs qui achètent des produits. Les places de marché appliquent une commission sur les services qu'elles proposent et, du point de vue de droit de la concurrence, devraient être libres d'entrer en concurrence avec d'autres plateformes assurant des services de même nature. De la même manière, les fournisseurs ou marchands qui ont recours aux services d'une plateforme devraient être libres d'entrer en concurrence avec d'autres vendeurs. La manière d'aborder les plateformes hybrides de vente au détail (œuvrant à la fois en tant que places de marché et en tant que revendeurs directs auprès de consommateurs) demeure une question particulièrement controversée. Dans de telles circonstances, un opérateur hybride peut être tenté de favoriser ses propres activités commerciales au détriment de détaillants concurrents utilisant les services de sa plateforme. M. Kjølbje indique que ce type de pratique n'est pas nécessairement contraire au droit de la concurrence. Les détaillants utilisateurs tirent parti de leur association à ces plateformes

de premier plan, et les plateformes devraient avoir le droit de prendre en compte leurs propres intérêts en tant que revendeurs dans la structuration de leurs places de marché. Le droit de la concurrence reconnaît toutefois que les intégrations verticales peuvent avoir une influence sur l'évaluation de certaines pratiques à un niveau de la chaîne de valeur. Cela illustre une nouvelle fois l'importance, avant même toute analyse de la concurrence, de comprendre que certains modèles économiques spécifiques fonctionnent de manière différente dans l'environnement numérique.

Le Président remercie M. Kjølbjerg de sa contribution et invite **Pinar Akman** à prendre la parole. M^{me} Akman commence par indiquer que la perte annoncée de pertinence de la définition du marché dans la sphère du commerce électronique fait écho à la thèse avancée par le groupe consultatif économique pour la politique de concurrence (EAGCP) dans son rapport de 2005 à la Commission européenne. À l'époque, cette thèse avait été rejetée par la majorité du milieu juridique, dans la mesure où elle s'inscrivait en contradiction avec la jurisprudence disponible. Poursuivant sur la question des ententes algorithmiques, M^{me} Akman avance que l'émergence de l'apprentissage automatique risque de poser de nouvelles difficultés en termes de concurrence dans les cas où la création d'une entente serait le résultat de ce processus d'apprentissage automatique. Enfin, M^{me} Akman précise que la distinction formelle entre un agent et un distributeur reste indispensable d'un point de vue juridique, dans la mesure où cette différence peut être déterminante pour apprécier si une pratique restrictive entre ou non dans le champ d'application du droit de la concurrence. M^{me} Akman aborde cette distinction plus en détail dans sa propre présentation.

Pour traiter de la question des dynamiques de la concurrence en pratique, le Président invite la **Roumanie** à présenter les résultats de ses récentes études de marché sur le secteur du commerce électronique. La Roumanie fait observer qu'elle a mené deux études importantes dans ce secteur au cours de l'année passée : une enquête sectorielle sur les stratégies de commercialisation des détaillants en ligne et une enquête sur les plateformes numériques. L'enquête sectorielle a révélé que les détaillants en ligne ont souvent recours à des promotions pour vendre leurs produits, et a démontré que la législation nationale réglementant la formation des prix n'était pas respectée. Bien qu'elle ne soit pas directement liée au contrôle des règles de concurrence, cette conclusion est susceptible d'être reprise à des fins de sensibilisation, dans la mesure où elle souligne la nécessité de modifier la législation existante. L'étude sur les plateformes numériques avait à l'origine pour objectif de servir de base à la mise en place d'actions répressives. Elle a ainsi permis, en outre, l'ouverture d'une enquête pour présomption d'abus de position dominante par le plus grand détaillant en ligne de Roumanie, lequel gère également le marché en ligne le plus important du pays. Cette enquête déterminera si cet opérateur hybride s'est rendu coupable de comportements unilatéraux anticoncurrentiels à l'égard de détaillants concurrents qui utilisent sa plateforme en ligne.

Les délégués des États-Unis ont été invités à partager leurs points de vue et conclusions sur la relation entre les circuits de distribution en ligne et les circuits de distribution classiques. Le **ministère de la Justice américain** indique que les secteurs d'activité reposant à la fois sur des circuits de distribution en ligne et sur des circuits traditionnels relèvent aujourd'hui plus de la norme que de l'exception. Ceux-ci peuvent impliquer des entreprises différentes œuvrant dans des circuits différents ou des entreprises œuvrant dans les deux types de circuits. La relation entre la vente en ligne et hors ligne tend à être liée à des éléments factuels précis, mais peut également avoir des implications significatives dans le cadre de l'analyse de la concurrence. Ainsi, lorsqu'une entreprise est présente sur les deux segments, autrement dit en ligne et hors ligne, elle peut être tentée d'adopter une politique de prix

uniforme sur l'ensemble du territoire américain, incluant par là même ses points de vente physiques. Ce type d'approche peut avoir des conséquences sur la portée de toute définition géographique du marché. Il est par ailleurs possible que les circuits en ligne et hors ligne soient rigoureusement séparés ou que les ventes en ligne d'un secteur de marché spécifique soient pratiquement insignifiantes et n'aient donc qu'un impact très limité sur la concurrence.

L'affaire *Apple E-Books* est l'une des affaires les plus notables traitées par le ministère de la Justice américain en matière de distribution en ligne. Cette affaire a vu le jour suite à l'entrée d'Apple sur le marché des livres numériques. À cette époque, les maisons d'édition avaient fait part de leur mécontentement face aux faibles prix appliqués par la plateforme historique, Amazon, pour les livres numériques. Les efforts entrepris pour éviter l'application de prix tout aussi faibles par la plateforme d'Apple se soldèrent finalement par la création d'une entente horizontale visant à tirer le prix des livres numériques vers le haut, entente qui fut organisée et mise en œuvre par Apple. Le modèle économique d'Apple n'a toutefois jamais été mis en doute et son entrée sur le marché des livres numériques restait favorable à la concurrence. C'est à l'inverse l'entente horizontale qui fut considérée comme un élément spécifique et distinct du marché, et qui fut l'objet principal de l'enquête.

La **Federal Trade Commission (FTC)** fait part d'observations complémentaires sur sa propre expérience des répercussions du commerce électronique sur la concurrence, et en l'occurrence dans le secteur des fournitures de bureau. Lorsque la FTC s'est opposée à la proposition de fusion entre Staples et Office Depot en 1997, les ventes en ligne n'avaient joué qu'un rôle très limité dans sa décision. Dans son analyse de 2013 de la fusion réussie entre Office Depot et Office Max, elle a noté la croissance notable du commerce électronique dans ce secteur. Toutefois, en choisissant de bloquer la deuxième proposition de fusion entre Office Depot et Staples en 2016, laquelle présentait un possible problème de concurrence dans le segment interentreprise, la FTC a rejeté l'argument des parties à la fusion selon lequel Amazon était un concurrent efficace potentiel. Bien qu'Amazon soit en effet actif sur le marché de la vente en ligne de fournitures de bureau, la plateforme n'est pas compétitive sur le segment interentreprise, et sa présence sur ce marché n'était pas suffisante pour faire pencher la balance en faveur de cette fusion.

L'**Italie** fait à son tour part de son expérience de la définition du marché dans la sphère du commerce électronique. Ce problème s'est posé dans des affaires relatives à l'application du droit, liées à la fois aux restrictions verticales et au contrôle des fusions. Le processus de définition du marché dépend fortement du contexte. Dans la célèbre affaire *Booking.com*, menée conjointement avec les autorités française et suédoise de la concurrence, l'*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)* a identifié des marchés pertinents pour les réservations hôtelières en ligne et les services de réservation hôtelière en ligne, séparés des marchés traditionnels hors ligne. Cette évaluation a pris en compte plusieurs facteurs permettant de différencier les services en ligne, à la fois du côté de l'offre et du côté de la demande. Du côté de la demande, les consommateurs bénéficiaient d'un large éventail d'offres supplémentaires proposées par les agences de voyage en ligne, ainsi que de notes et avis. Du côté de l'offre, les agences de voyage en ligne imposaient différents niveaux de redevances aux hôtels.

Différentes conclusions provisoires sur la définition du marché ont toutefois été formulées dans le cadre de deux enquêtes en cours sur des restrictions verticales présumées entre des chauffeurs de taxi et les deux principales sociétés de taxi à Rome et à Milan. En l'espèce, les restrictions imposées interdisaient aux chauffeurs de recourir à des systèmes innovants de réservation en ligne, entraînant de fait un verrouillage des plateformes en ligne. Dans la

décision motivant l'ouverture de son enquête, l'AGCM a considéré que les applications de maraude ne constituaient pas un marché séparé, mais appartenaient à un marché plus large de services de réservation incluant également les opérateurs traditionnels. Cette décision est importante dans la mesure où elle concerne non pas le marché d'aval des services de taxi, mais la relation d'amont entre les chauffeurs et les sociétés de taxi.

L'Italie indique enfin que, de manière générale, son approche du processus de définition du marché dans le contexte du commerce électronique s'appuie sur les éléments probants disponibles, et conformément aux principes établis et à la jurisprudence. L'AGCM mène néanmoins de plus en plus d'études empiriques, notamment dans le domaine du numérique, afin d'acquérir une compréhension plus approfondie des habitudes des consommateurs dans certains secteurs spécifiques.

Le Président demande des précisions sur la distinction observée par l'AGCM entre le marché de la réservation hôtelière et le marché de la réservation de taxis. L'Italie explique que, dans ce dernier cas, l'enquête aborde la question de la concurrence du point de vue des chauffeurs de taxi plutôt que du point de vue des utilisateurs. Dans ce contexte, elle considère que les marchés en ligne et hors ligne doivent être évalués conjointement aux fins de l'application du droit de la concurrence.

Le Président indique que la nature circonstancielle de la définition du marché est également reflétée par les affaires traitées en droit de la concurrence par la *Competition and Markets Authority* britannique (CMA), laquelle dispose d'une très grande expérience du contrôle des fusions dans le secteur du commerce électronique. Il demande au délégué du **Royaume-Uni** de présenter plus en détail les types de méthodologies adoptées pour définir les marchés en ligne. Le Royaume-Uni confirme que la définition du marché est un exercice fondé sur des éléments factuels, qui nécessite par conséquent une analyse au cas par cas. Le délégué cite deux fusions récentes afin d'illustrer ses propos. Premièrement, dans le cas d'une fusion impliquant deux revendeurs en ligne de bicyclettes disposant tous deux de parts de marché importantes, la CMA fut toutefois en mesure d'approuver la transaction pour les motifs suivants : (a) l'existence d'une concurrence en ligne soutenue ; et (b) les pressions concurrentielles continues imposées par les détaillants hors ligne. Deuxièmement, dans le cas d'une fusion impliquant deux plateformes en ligne de livraison de repas cumulant ensemble environ 80 % des parts de marché, la transaction fut approuvée car le marché était particulièrement dynamique et rassemblait plusieurs concurrents existants et potentiels avec de projets précis de développement.

Il conviendra néanmoins à l'avenir d'évaluer ces transactions et d'identifier les leçons à en tirer afin d'améliorer le traitement des affaires en droit de la concurrence. La CMA mène actuellement différentes enquêtes relatives à des marchés auparavant sujets au contrôle des fusions, ce qui laisse penser que ces transactions n'auraient peut-être pas dû être autorisées. Bien que toute analyse doive s'appuyer sur des éléments factuels, il existe également un risque de surestimation des possibilités de nouvelles entrées, même dans les secteurs les plus dynamiques.

Israël présente ensuite l'étude de marché qu'il mène actuellement sur l'économie numérique. Même si Israël ne compte pas réellement d'acteur en position dominante dans la sphère du commerce électronique au niveau national, l'autorité antitrust israélienne (IAA) a reçu différentes plaintes relatives à des pratiques déloyales ou anticoncurrentielles présumées dans cette sphère. Ces pratiques incluent notamment le blocage géographique et la taxation inéquitable. Par ailleurs, bien qu'il n'existe aucun acteur en position dominante au niveau national, Israël est de plus en plus affecté par des pratiques

anticoncurrentielles dans le secteur du commerce électronique trouvant leur origine à l'étranger.

2. Restrictions verticales dans la vente en ligne

Le Président poursuit la discussion en abordant le problème des restrictions verticales en ligne. Il indique par ailleurs que ce sujet ne semblait plus vraiment d'actualité en termes de politique de la concurrence depuis de nombreuses années. L'essor du commerce électronique, et des restrictions verticales qui accompagnent ce phénomène, ont toutefois donné un nouvel élan à ce pan du droit de la concurrence.

La deuxième partie de la table ronde commence par une présentation du **Japon** des récentes modifications de ses lignes directrices sur les restrictions verticales, lesquelles ont été mises à jour afin de prendre en compte la vente en ligne. À l'origine, ces lignes directrices adoptées en 1991 portaient du principe que toute analyse de la concurrence consacrée aux restrictions verticales devrait prendre en compte les effets potentiels de verrouillage ou d'imposition des prix en fonction des conditions de marché. Les modifications apportées reflètent les conclusions d'un groupe de réflexion constitué par la *Japan Fair Trade Commission* (JFTC), lesquelles identifiaient différents problèmes potentiels de concurrence, dont les clauses de la « nation la plus favorisée » (NPF) utilisées par les plateformes en ligne, les prix de vente imposés en ligne et les restrictions à la distribution en ligne ou leur interdiction pure et simple. La JFTC a considéré que le cadre d'analyse existant restait adapté au contexte de la vente en ligne, mais que toute analyse devait prendre en compte les caractéristiques du marché numérique. Celles-ci incluent par exemple les effets de réseaux directs et indirects.

Le Président fait remarquer que le traitement des clauses NPF ou de parité tarifaire du point de vue du droit de la concurrence dans la sphère du commerce électronique s'est révélé être un sujet de préoccupation pour de nombreuses autres autorités de la concurrence dans les pays de l'OCDE. Il demande ainsi à **M^{me} Akman** de présenter les méthodologies d'analyse pouvant être mises en œuvre pour déterminer le traitement potentiel de telles restrictions. M^{me} Akman commence par préciser que les clauses NPF correspondent essentiellement à l'engagement d'une des parties contractantes (un fournisseur, par exemple) auprès de l'autre partie (un acheteur, par exemple) que cette dernière sera traitée aussi favorablement (en termes de prix ou d'offre de produits, par exemple) que le fournisseur traite ses meilleurs clients ou ses clients « les plus favorisés ». En dehors du contexte des plateformes, les clauses NPF établissent généralement un lien entre les prix facturés à différents clients d'un même vendeur. Dans le contexte de l'économie numérique, les clauses NPF sont le plus souvent utilisées entre un vendeur donné et une seule plateforme, alors que les effets de cet engagement sont également supportés par des tierces parties, soit les acheteurs qui effectuent leurs achats par le biais de cette plateforme. Les clauses NPF appliquées aux plateformes garantissent ainsi que le prix facturé à un acheteur sur la plateforme n° 1 ne sera jamais supérieur au prix pratiqué pour le même produit et par le même vendeur sur la plateforme n° 2.

Dans le contexte du commerce électronique, les clauses NPF sont en ce sens plus proches de ce que l'on appelle les « garanties d'alignement des prix ». Toutefois, contrairement à ce type de garanties, les clauses NPF appliquées au commerce en ligne sont susceptibles de générer aussi bien des effets proconcurrentiels qu'anticoncurrentiels. D'un côté, les clauses NPF peuvent permettre de proposer des prix plus faibles aux consommateurs et de favoriser les investissements dans des transactions particulières en limitant les risques de parasitisme. De l'autre côté, les clauses NPF peuvent réduire les incitations des vendeurs à baisser leurs prix, dans les cas où une telle opération les obligerait à baisser leurs prix de manière générale. Ces clauses peuvent également faciliter les ententes entre les fournisseurs en réduisant les incitations à tricher lorsque cela aurait pour effet de donner lieu à des

baisses de prix sur l'ensemble du marché. Les clauses NPF peuvent enfin représenter des obstacles à l'entrée si les fournisseurs ne sont pas en mesure de consentir des baisses de prix aux nouveaux clients entrants sur les marchés d'aval.

Déterminer comment les clauses NPF applicables aux plateformes devraient être traitées au titre du droit de la concurrence est une question qui comporte plusieurs aspects. Le premier revient à déterminer si de tels accords entrent dans le champ d'application des dispositions régissant les accords anticoncurrentiels. L'un des obstacles à l'application des règles sur les pratiques coordonnées est que la relation entre une plateforme et ses fournisseurs peut constituer une véritable relation d'agence, en ce sens que la plateforme ne prend aucun risque ou presque. L'accord entrerait donc dans le cadre de la doctrine de l'entité économique unique, et serait en dehors du champ d'application des règles de la concurrence en matière de pratiques coordonnées. Même si cela n'est pas le cas, la question suivante vise à déterminer si la théorie du préjudice concerne la concurrence entre plateformes, la concurrence entre fournisseurs qui vendent leurs produits via ces plateformes, ou la relation verticale entre une plateforme et ses fournisseurs. Ces subtilités sont inhérentes à la nature bilatérale des marchés des plateformes. Il reste néanmoins essentiel d'analyser ces clauses NPF car, dans la mesure où ces restrictions sont conçues pour être verticales par nature, elles ne devraient être considérées comme problématiques que lorsqu'il existe un pouvoir de marché. L'argument de la lutte contre le parasitisme laisse également penser que ces restrictions ne sont pas adaptées à une interdiction absolue ou par objet.

M^{me} Akman décrit ensuite l'éventail des perspectives visibles dans les affaires traitées en droit de la concurrence à l'égard de telles restrictions, et évoque en particulier les approches différentes adoptées dans certaines enquêtes sur les systèmes de réservation hôtelière en Union européenne. Elle fait notamment remarquer que, même si chacune de ces affaires repose sur une infraction au titre de l'article 101 du TFUE relative à un accord vertical entre une plateforme et des hôtels, la décision formelle vise uniquement les plateformes. Cela laisse entendre que la réelle problématique en termes de droit de la concurrence était la crainte d'une entente sur les prix entre plateformes. Les décisions rendues ne présentent toutefois aucune preuve de pratique collusoire.

La véritable théorie du préjudice pourrait ainsi concerner le risque de comportements unilatéraux anticoncurrentiels, ce qui voudrait dire que les règles de la concurrence contre les monopoles et les abus de position dominante (ou de position dominante collective) seraient plus adaptées au cas de l'espèce. Même si des situations de position dominante collective sont possibles dans de tels marchés, il serait malgré tout nécessaire d'identifier une théorie du préjudice appropriée. Il pourrait ainsi s'agir de prix non équitables, d'une discrimination par les prix, de l'imposition de conditions de transaction inéquitables ou encore d'une exclusion abusive reposant sur la volonté de lever les obstacles à l'entrée. Il convient dans tous les cas de garder à l'esprit que de tels comportements sont susceptibles d'être défendus au titre de justifications commerciales légitimes, et notamment par l'argument selon lequel les plateformes de places de marché ne pourraient tout simplement pas fonctionner si elles ne bénéficiaient pas d'une protection contre les pratiques de parasitisme.

M^{me} Akman conclut ses remarques en indiquant que le pouvoir de marché apparaît comme la préoccupation principale dans le contexte des clauses NPF. Du point de vue du droit de la concurrence, tout porte à croire que ces restrictions ne devraient être considérées comme problématiques qu'en l'absence d'une solide concurrence intermarques.

Le Président invite alors les autres experts à s'exprimer sur les observations de M^{me} Akman. **Avantika Chowdhury** confirme que, sous un angle économique, il peut n'y avoir que de faibles différences entre les effets des clauses NPF étroites et des clauses NPF larges. Les légères différences entre ces types de clauses NPF rencontrées dans certaines affaires traitées en droit de la concurrence à ce jour peuvent par conséquent être de fait moins significatives. M^{me} Chowdhury identifie également ce qu'elle considère être la question essentielle à éclaircir concernant les restrictions verticales de manière générale : quelle motivation commerciale sous-tend une pratique, présumée restrictive, spécifique ? Dans de nombreux cas, des pratiques que l'on identifie de prime abord comme des restrictions anticoncurrentielles peuvent finalement s'avérer moins problématiques une fois que l'on a compris leur intérêt en termes de modèle économique et d'incitations pour l'entreprise concernée.

M. Kjølbje, à l'inverse, exprime son désaccord relativement à certaines remarques formulées précédemment, et indique que celles-ci pourraient refléter une modèle obsolète face à la dynamique des entreprises dans le secteur du commerce électronique actuel. Ainsi, bien qu'au sens conventionnel de la doctrine de l'entité économique unique un agent soit considéré comme partie intégrante de la même entreprise que l'entreprise principale, les agents sont en pratique en concurrence les uns avec les autres pour la fourniture de services, ce qui s'avère essentiel dans la concurrence entre les plateformes. De la même manière, l'opinion courante selon laquelle une concurrence intermarques solide rend moins pertinente une concurrence intramarque reste parfaitement valable dans le contexte des chaînes de valeur verticales traditionnelles. Les plateformes ne sont toutefois pas de simples chaînes de valeur verticales mais plutôt des agrégateurs, lesquels proposent souvent à la vente des milliers de produits différents et facturent une commission aux fournisseurs à cet effet. Les plateformes devraient par conséquent se concurrencer sur le montant des commissions qu'elles prélèvent. Si le droit de la concurrence ne peut s'appliquer à la relation entre des plateformes et des fournisseurs en raison de la doctrine de l'entité économique unique, alors des pans entiers de la structure de marché (lesquels peuvent représenter une partie non négligeable du prix final proposé aux consommateurs) pourraient ne plus être soumis au contrôle des autorités de la concurrence. Si tel était le cas, les législations applicables devraient être modifiées en conséquence.

M^{me} Akman confirme à son tour que les règles de la concurrence peuvent nécessiter un effort de modernisation afin de garantir qu'elles puissent être appliquées de manière pleine et entière. Si l'on suit les principes établis en matière de concurrence, il est fort probable que les plateformes de commerce électronique constitueraient des agents en application de l'article 101 du TFUE et de dispositions équivalentes dans de nombreux cas. Si les plateformes étaient plutôt considérées comme des fournisseurs de services, ce problème pourrait être traité dès l'étape de définition du marché. La législation elle-même pourrait toutefois nécessiter d'être adaptée pour garantir que ces pratiques sont couvertes par le droit de la concurrence.

La contribution suivante est présentée par l'**Australie**, où l'*Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC) assure actuellement la coordination d'un projet consacré aux restrictions verticales mené dans le cadre du Réseau international de la concurrence (RIC). Les participants au projet ont pour le moment répondu à un scénario hypothétique impliquant l'utilisation de clauses NPF par des agences de voyage en ligne. À l'heure actuelle, ce projet s'est principalement centré sur les similitudes et les divergences des approches des agences face aux différents types de clauses NPF, larges comme étroites. À l'avenir, d'autres travaux viseront à étudier ces distinctions plus en détail.

Le **Royaume-Uni** aborde ensuite son expérience de l'application du droit appliqué aux prix de vente imposés dans le contexte de la vente en ligne. Les allégations de prix de vente imposés représentent une part importante des plaintes reçue par la CMA. Avant d'engager une procédure d'enquête, l'agence cherche à déterminer s'il existe un pouvoir de marché et si les pratiques examinées sont courantes dans le secteur concerné. La CMA a récemment adopté trois décisions concernant les prix de vente imposés, et pour chacune d'entre elles, certains aspects des pratiques visées constituaient des sujets légitimes de préoccupation. L'approche de la CMA à l'égard des prix de vente imposés privilégie le fond sur la forme. Le délégué britannique confirme que, dans ce contexte, il est nécessaire de comprendre la situation réelle du marché concerné. En outre, bien que la CMA s'efforce, en toute diligence et par obligation, de faire en sorte que son traitement des affaires en droit de la concurrence respecte le cadre de la jurisprudence, l'agence cherche également à préciser les dispositions de la loi dans de nouveaux domaines. Par souci d'efficacité, chacune des décisions récentes constatant une infraction pour prix de vente imposés a été prononcée directement à l'encontre du fournisseur uniquement, même si des activités ultérieures d'application du droit pourraient également viser des détaillants complices. Il est important de noter qu'une évaluation *ex post* de ces décisions a révélé une meilleure sensibilisation et une meilleure conformité au droit de la concurrence dans les secteurs concernés, ainsi que des premiers signes d'une influence positive sur les prix.

La **Suède** présente une affaire impliquant une interdiction de multihébergement pour des fournisseurs de services, imposée par un plateforme numérique opérant sur le marché de la commande en ligne et de la livraison de repas de restauration rapide. En réaction à l'entrée d'une nouvelle plateforme concurrente, la plateforme historique a posé des ultimatums aux restaurants déjà clients de ses services, les menaçant d'exclusion s'ils décidaient de s'affilier à ce nouvel entrant. Cette interdiction caractérisée de multihébergement eut pour effet de verrouiller le marché pour cette nouvelle plateforme, dans la mesure où les restaurateurs n'étaient pas prêts à supporter les conséquences financières négatives d'une suspension de leur affiliation à la plateforme de livraison la plus populaire. L'opérateur historique finit par modifier sa politique afin de permettre expressément le multihébergement et l'affaire fut résolue sans qu'une décision d'infraction n'ait été nécessaire.

En **Croatie**, les autorités de la concurrence se sont penchées notamment sur le problème des systèmes de double prix, par lesquels un fournisseur applique des prix différents selon que les biens sont vendus en ligne ou via les circuits de distribution traditionnels. En 2016, une enquête a été ouverte sur un système de double prix présumé qui aurait été mis en place par un fabricant d'appareils sur la base des politiques de remise standard de l'entreprise. L'enquête a révélé que ces politiques de remise ne constituaient pas en soi une discrimination à l'encontre des ventes en ligne, mais se traduisaient en réalité par des remises plus faibles appliquées pour les détaillants vendant exclusivement leurs produits en ligne (autrement dit, seuls les détaillants hybrides exerçant des activités de vente à la fois en ligne et hors ligne pouvaient bénéficier de ces remises). Ces dernières étaient plus précisément accordées sur la base de services complémentaires assurés par les détaillants disposant de points de vente physiques, alors que les détaillants œuvrant uniquement en ligne bénéficiaient d'un système de bonus. Aucun préjudice pour les consommateurs n'avait en outre été identifié, dans la mesure où les détaillants en ligne continuaient de proposer des prix équivalents ou inférieurs à ceux pratiqués par les points de vente physiques ou hybrides. Il convient toutefois de préciser qu'au cours de cette enquête le fabricant a volontairement modifié sa politique de remise afin de supprimer toute disparité

entre les prix des biens proposés à la vente en ligne et ceux proposés à la vente hors ligne, éliminant ainsi tout problème potentiel de concurrence.

Le **Taipei chinois** présente deux affaires concernant l'application du droit et visant des restrictions de la capacité des détaillants à mener des activités de vente en ligne. La première impliquait un fabricant de bicyclettes qui exigeait des détaillants qu'ils obtiennent son accord écrit avant de proposer ses produits à la vente en ligne. Cette restriction fut jugée contraire au droit de la concurrence, dans la mesure où elle limitait la liberté des détaillants dans leur accès aux consommateurs. À l'inverse, dans le cas de la seconde affaire, laquelle portait sur des restrictions appliquées à la vente en ligne de purificateurs d'eau, aucune infraction ne fut finalement retenue. En l'espèce, la FTC a pu constater que les ventes en ligne étaient incompatibles avec la structure de commercialisation multiniveau du produit concerné, basée notamment la nécessité d'une promotion de vive voix du produit.

Le Président fait remarquer que la plupart des affaires abordées à l'occasion de la table ronde impliquaient un traitement juridique des restrictions verticales concernées presque illégal en soi. Il aborde ensuite la contribution de l'**Allemagne**, qui pourrait être interprétée comme suggérant que les interdictions de vente via des places de marché en ligne imposées par les fournisseurs devraient être traitées comme des restrictions « par objet ». Le délégué allemand précise que les activités d'application du droit de la concurrence du Bundeskartellamt dans le cas de restrictions verticales en ligne ont pour objectif principal de préserver l'ouverture des marchés en ligne. La majorité des affaires récemment traitées en droit de la concurrence se sont focalisées sur des clauses restrictives liées à des systèmes de distribution sélective en ligne, dans la mesure où elles peuvent avoir des répercussions importantes sur l'ampleur de la concurrence dans les marchés du commerce électronique.

Les restrictions comme l'interdiction du recours à des places de marché ou à des outils de comparaison des prix empêchent les consommateurs de bénéficier des meilleures offres disponibles en ligne, et pourraient par exemple permettre à un fabricant de se tailler la part du lion des ventes en ligne. En 2015, ces mesures ont fait l'objet central de la décision du Bundeskartellamt à l'encontre d'Asics, un fabricant de chaussures de course, lequel appliquait un ensemble de pratiques restrictives qui furent considérées comme contraires à l'article 101 du TFUE. Cet arrêt visait principalement l'interdiction de l'utilisation du nom de la marque pour la publicité en ligne et du recours à des comparateurs de prix. L'interdiction complémentaire des ventes par le biais de places de marché en ligne aurait pu également être jugée constitutive d'une restriction de la concurrence par objet, mais cette question n'a pas été incluse dans l'objet principal de la décision et n'a donc pas été tranchée. Le Bundeskartellamt détermina que les restrictions identifiées étaient en mesure de limiter l'efficacité du canal des vente en ligne. Cet arrêt fut par la suite confirmé par la Cour fédérale. Une comparaison peut être faite avec la décision marquante de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire C-230/16 *Coty*. Ces deux affaires se distinguent sur le fond d'abord dans la mesure où l'affaire *Asics* ne concernait pas des produits de luxe, et ensuite parce que l'ensemble de restrictions ciblé limitait la réparabilité des revendeurs agréés de manière bien plus ambitieuse que la simple interdiction du recours aux places de marché en cause dans l'affaire *Coty*.

La compatibilité des interdictions du recours aux places de marché en ligne au sein d'un système de distribution sélective reste ainsi tout à fait discutable. De son côté, le Bundeskartellamt considère que l'accès aux clients devrait être une priorité pour préserver le jeu de la concurrence au niveau de la vente au détail. Toutefois, même lorsqu'une infraction au titre de l'article 101(1) du TFUE est vraisemblablement identifiée, il est de la responsabilité des fabricants de justifier du bien-fondé de ces restrictions au titre des

exemptions aux termes de l'article 101(3) du TFUE à condition qu'un gain d'efficience certain puisse être démontré.

Le représentant du **BIAC** présente quatre principes qui devraient sous-tendre l'application du droit de la concurrence dans le secteur du commerce électronique. Premièrement, les actions répressives devraient être axées sur l'identification des préjudices pour les consommateurs et pas uniquement sur les perturbations subies par les opérateurs économiques. Deuxièmement, le cadre existant d'application du droit de la concurrence (qui couvre aussi bien les outils juridiques souples que les outils contraignants) semble être suffisamment large et flexible pour faire face à l'ensemble des problèmes de concurrence qui pourraient survenir. Troisièmement, il convient de noter qu'il existe une différence potentielle dans la nature des modèles économiques émergents. Dans ce contexte, il est essentiel de comprendre le fonctionnement des marchés concernés, ainsi que la motivation commerciale sous-jacente à toute pratique anticoncurrentielle présumée. Quatrièmement, étant donné que certains marchés de produits et modèles économiques sont encore très récents, les entreprises concernées devraient pouvoir bénéficier d'orientations claires et de régimes de protection, et ce, afin de définir les paramètres acceptables de la concurrence dans la sphère numérique. Les activités d'application du droit de la concurrence devraient par ailleurs toutes s'appuyer sur des éléments factuels et des théories du préjudice éprouvées, permettant d'identifier des effets anticoncurrentiels concrets.

Malgré l'essor considérable du commerce électronique, l'**Espagne** n'a pas enregistré d'augmentation sensible de plaintes déposées pour des affaires de concurrence liées à ce secteur. L'autorité de la concurrence espagnole a enquêté au sujet d'allégations de prix de vente imposés pour des ventes en ligne dans le secteur pharmaceutique, mais a finalement décidé de ne pas donner suite à cette affaire en raison de la faible part de marché du défendeur. L'autorité s'est également penchée sur le cas de restrictions verticales présumées imposées par plusieurs importantes places de marché en ligne, mais n'a pas pu rassembler suffisamment d'éléments probants d'infraction au droit de la concurrence. La *Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia* (CNMC) a néanmoins initié plusieurs enquêtes préliminaires au sujet de restrictions verticales dans la sphère du commerce électronique, et il apparaît que ces activités d'application du droit de la concurrence pourraient permettre d'augmenter en parallèle le volume des ventes en ligne. Examiner les moyens d'action optimaux à appliquer dans ce contexte peut s'avérer particulièrement intéressant, au même titre que s'interroger notamment sur la possibilité que des réglementations sectorielles ou spécialisées seraient plus efficaces dans le traitement des rapports de pouvoir déséquilibrés qui pourraient survenir.

La **Lituanie** a engagé une procédure contre une entente en étoile mise en œuvre par le biais d'une plateforme en ligne réservée aux agences de voyage. Ces agences se faisaient concurrence sur la base de la commission qu'elles percevaient, et en l'occurrence, on supposait que des discussions avaient été menées concernant une réduction coordonnée fixée au niveau maximum des remises offertes aux clients. Bien que l'autorité de la concurrence n'eût été en mesure de prouver l'existence de ces discussions, elle put néanmoins démontrer que l'opérateur de la plateforme avait envoyé un message automatique à toutes les agences de voyage, afin de les informer des restrictions techniques nouvellement mises en place, lesquelles restrictions empêchaient toute remise d'un montant supérieur. L'autorité de la concurrence considéra la réception d'un tel message comme élément probant de la création d'une entente, malgré les objections de certaines agences déclarant n'avoir ni vu ni pris en compte ce message. En réponse à une question préjudicielle du tribunal lituanien dans l'affaire C-74/14 *ETURAS*, la CJUE conclut que le principe de présomption d'innocence interdisait à l'autorité de la concurrence de considérer

le simple envoi d'un message comme la preuve d'une coordination. Néanmoins, dans les cas où d'autres indicateurs de collusion seraient établis, on pourrait conclure à une présomption réfutable de pratiques coordonnées. À la suite de cette décision, le tribunal national a confirmé certaines constatations d'infraction (par exemple, dans les cas où une agence aurait effectivement lu le message) mais en a rejeté d'autres (par exemple, dans les cas où une agence n'aurait pas lu le message, ni modifié le taux de remise proposé). La décision permet également d'établir qu'une « distanciation publique » par rapport à la participation à une entente pouvait être établie sur la base de l'application systématique de niveaux de remise supérieurs à ceux définis par l'accord ciblé.

Répondant aux commentaires de l'Allemagne sur le traitement de l'interdiction du recours aux plateformes en ligne, **M^{me} Chowdhury** mentionne une étude menée par Oxera pour le compte de la CMA sur la motivation commerciale des restrictions verticales. Certains des plus petits fabricants ayant participé à cette étude ont fait part d'inquiétudes sérieuses quant à la perte de leur pouvoir de négociation face aux grandes plateformes en ligne de vente au détail. Ainsi, bien que l'interdiction du recours aux places de marché puisse garantir que les marchés resteront ouverts à court terme, il y a un risque que ces plateformes finissent par bénéficier d'un pouvoir de marché indu sur le long terme, menant potentiellement à l'apparition de comportements unilatéraux anticoncurrentiels.

3. Abus de position dominante dans le secteur du commerce électronique

Après avoir souligné la transition idéale que permettent les commentaires de **M^{me} Chowdhury** avec la dernière partie de la table ronde, le Président présente le troisième volet de la discussion, à savoir les problèmes potentiels d'abus de position dominante dans le secteur du commerce électronique. Ce volet s'articule autour de deux questions : comment établir une position dominante et quelles pratiques devraient être considérées comme préjudiciables au bien-être du consommateur dans ce contexte ?

En introduction, **M^{me} Chowdhury** indique que, bien que les activités d'application du droit de la concurrence ciblant des comportements unilatéraux soient moins nombreuses que les actions ciblant les restrictions verticales, différentes affaires ont pu voir le jour et méritent d'être analysées. L'essor du commerce électronique a fortement augmenté l'importance des plateformes numériques sur les marchés concernés. Les risques potentiellement induits par une plateforme en termes de concurrence et de bien-être du consommateur dépendent principalement du pouvoir de marché dont elle bénéficie. Différentes questions se posent alors, par exemple, sur les possibilités de multihébergement, sur l'impact des effets de réseaux ou encore sur la propension des données à représenter de véritables obstacles à l'entrée.

Afin de structurer la jurisprudence existante relative aux comportements unilatéraux dans la sphère du commerce électronique, **M^{me} Chowdhury** propose deux critères spécifiques. Le premier concerne la question de la « proximité avec les consommateurs », soit à quel niveau du marché ou de la chaîne de valeur la pratique anticoncurrentielle se produit réellement. Le second critère concerne la question des « gains d'efficacité », soit s'il existe des justifications plausibles d'efficacité. En classant de cette manière les pratiques anticoncurrentielles présumées, il est possible d'identifier les pratiques les plus problématiques du point de vue du droit de la concurrence, autrement dit celles qui nuisent le plus directement aux consommateurs et celles qui ne génèrent que peu de gains compensateurs, voire aucun.

La centralité des données constitue un autre problème important sur les marchés de l'économie numérique. Même si l'acquisition et le contrôle des données peuvent susciter des préoccupations en matière de concurrence, ils peuvent également être une source d'avantages potentiels pour les consommateurs en termes d'amélioration de la qualité des produits. La propension des données à représenter des obstacles à l'entrée dépend de deux facteurs. Le premier est le coût d'acquisition. Certains types de données (p. ex., les graphes sociaux) présentent un coût d'acquisition supérieur aux autres (p. ex. : les données à caractère personnel, comme le nom, l'adresse ou l'âge). Le deuxième est le taux d'amortissement, soit la durée pendant laquelle les données acquises resteront pertinentes pour les annonceurs, les marchands, etc.

M^{me} Chowdhury aborde enfin la publicité en ligne, laquelle n'a, à ce jour, que peu fait l'objet d'activités d'application du droit de la concurrence, mais dont on peut envisager qu'elle posera des problèmes de concurrence à l'avenir. Revenant à son système de classification, elle indique que ces pratiques tendent à être relativement éloignées des consommateurs, et qu'il s'agit d'un domaine pour lequel des gains d'efficacité pourraient vraisemblablement être identifiés. Il est par conséquent difficile de savoir si les restrictions de la concurrence dans le secteur de la publicité en ligne sont préjudiciables pour les consommateurs, même si elles contribuent à désavantager les plateformes et annonceurs concurrents. Certaines des solutions potentielles identifiées (p. ex. : le partage des données des consommateurs) pourraient en outre faciliter la mise en œuvre de pratiques controversées comme la tarification personnalisée. Tout bien considéré, le droit de la concurrence pourrait ne pas être le mieux adapté pour traiter les types de préoccupations inhérentes à ce domaine. Les réglementations sectorielles ou relatives à la confidentialité des données ou à la protection des consommateurs pourraient ainsi s'avérer plus pertinentes.

Lars Kjølbje confirme les conclusions de M^{me} Chowdhury et notamment l'accent mis sur l'identification des cas les plus clairement préjudiciables pour les consommateurs. Il souligne toutefois qu'il existe un risque, en se concentrant ainsi sur les préjudices directs subis par les consommateurs, qu'il devienne plus difficile de faire la part des choses entre le droit de la concurrence et la législation sur la protection des consommateurs. L'une des répercussions les plus importantes de l'essor du commerce électronique du point de vue du droit de la concurrence est l'augmentation de l'intensité des actions répressives à l'encontre des pratiques touchant directement la relation entre les entreprises et les consommateurs. Une autre difficulté inhérente à l'économie numérique réside dans le fait que les produits examinés sont généralement proposés gratuitement, ce qui complique nécessairement l'analyse du pouvoir de marché. Se pose ainsi la question de savoir s'il est possible d'adapter les instruments existants ou s'il est préférable d'abandonner toute rigueur méthodologique au profit d'évaluations qualitatives. D'autres types d'approches de l'évaluation du pouvoir de marché peuvent consister à déterminer si une entreprise dispose d'un pouvoir d'exclusion, dans la mesure où elle contrôlerait une ressource unique nécessaire aux autres entreprises pour œuvrer sur un marché spécifique, ou si elle est en mesure d'abuser des consommateurs, dans la mesure où elle présenterait une caractéristique unique qui lui permet d'agir d'une manière dont les autres entreprises ne sont pas capables.

Les **Pays-Bas** font état des résultats d'une étude qu'ils ont réalisée en 2017 sur le marché des plateformes de vidéos en ligne, un secteur dynamique et à forte croissance. Sur ce marché, les recettes sont principalement générées par la publicité en ligne. Les plateformes de vidéos œuvrent sur des marchés multifaces, dont le marché des audiences, le marché des contenus et le marché de la publicité. Le principal facteur de concurrence reste les contenus, et plus précisément le volume et la variété des contenus disponibles. L'étude n'a révélé

l'existence d'aucune position dominante avérée, et ce, par aucune des plateformes et sur aucun des marchés pertinents. Même si les utilisateurs ont tendance à recourir aux services de plusieurs plateformes en même temps, les plateformes les plus importantes ne pratiquent pas des tarifs publicitaires particulièrement plus élevés que ceux de plateformes moins populaires. Alors que les données deviennent un enjeu de plus en plus important du point de vue de la concurrence, elles ne représentent pas un obstacle à l'entrée insurmontable à l'heure actuelle.

L'**Union européenne** aborde ensuite plusieurs procédures en lien avec des marchés du commerce électronique qu'elle a récemment engagées au titre de l'article 102 du TFUE. L'affaire *Google (Shopping)* de 2017 concernait ainsi des allégations d'abus de position dominante par Google pour les recherches générales sur le marché voisin des services de comparaison de prix, offrant par là même à son propre produit un avantage artificiel. Cette pratique consistait notamment à une rétrogradation systématique des services concurrents par son algorithme de recherche, associée à un positionnement avantageux de ses propres services dans les pages des résultats des recherches générales. La présomption d'abus de position dominante fut soutenue par une analyse détaillée de l'impact de cette pratique sur le marché, et plus particulièrement de son incidence sur le trafic enregistré par ses concurrents. Il fut considéré que Google avait entravé la concurrence sur le marché voisin des services de comparaison des prix, ce qui constituait un préjudice pour les consommateurs.

L'affaire *Amazon E-Book MFN*, datant également de 2017, concernait une infraction présumée aux termes de l'article 102 du TFUE et liée à des clauses de parité imposées par Amazon à des éditeurs de livres numériques. Cette affaire ne concernait pas uniquement les prix pratiqués, mais aussi d'autres éléments comme les modèles de promotion et de distribution. Le problème résidait dans le fait que les clauses NPF limitaient les incitations pour les éditeurs à prendre en charge et à investir dans d'autres offres commerciales avec des concurrents d'Amazon, faisant ainsi obstacle à l'entrée et au développement dans le marché correspondant. Amazon formula différents engagements contraignants afin de régler l'affaire sans qu'une infraction formelle ne soit retenue, acceptant de ne pas faire appliquer les clauses NPF existantes et de ne plus introduire de telles dispositions dans ses futurs contrats. La Commission considère cette affaire comme un témoignage important de la manière dont s'applique le droit communautaire pour préserver le jeu de la concurrence entre plateformes, mais aussi favoriser l'innovation et le choix des consommateurs.

Une enquête du même ordre fut ouverte en **Corée** à l'encontre du principal moteur de recherche du pays, lequel détenait 75 % des parts de marché. Usant de sa position dominante, l'entreprise favorisait systématiquement ses propres résultats publicitaires en les plaçant en tête des résultats de recherche, et ce, sans clairement indiquer que ces résultats étaient financés par des annonceurs. Cette pratique fut considérée comme trompeuse pour les utilisateurs, lesquels ne pouvaient facilement faire la différence entre les résultats de recherche authentiques et les résultats sponsorisés. Dans le cadre de cette enquête, le défendeur proposa un ensemble de mesures correctrices afin de répondre aux préoccupations de la *Korea Fair Trade Commission* (KFTC), d'abord afin d'indiquer clairement les résultats de recherche publicitaires, puis pour informer les utilisateurs que le moteur de recherche avait été rémunéré pour l'introduction de ces publicités. La KFTC approuva les mesures correctrices proposées et mit fin à son enquête, considérant que ces mesures permettaient de résoudre les problèmes de concurrence et n'affecteraient pas négativement le dynamisme de la concurrence sur ce marché.

La **France** décrit les résultats de deux enquêtes sectorielles visant des pratiques d'abus potentiel de position dominante dans les marchés de la publicité en ligne. La première, réalisée en 2010, s'intéressait à la publicité dans les résultats des moteurs de recherche ; la seconde, réalisée en 2018, se concentrait sur la publicité par affichage. Entre ces deux enquêtes, la publicité en ligne a connu une croissance exponentielle, attribuable en partie à l'essor concomitant des plateformes de médias sociaux. L'enquête de 2010 était la première à tenter de développer un cadre d'analyse, du point de vue du droit de la concurrence, des cas d'abus potentiels de position dominante dans ce secteur. Elle se concentrait ainsi sur deux formes possibles d'abus : les comportements d'éviction menant à un verrouillage du marché et les pratiques d'exploitation abusives. Cette enquête fut suivie par une décision d'engagement de Google, à l'époque l'opérateur en position dominante sur le marché de la publicité en ligne, qui se traduit par la modification de certaines conditions contractuelles standard dont on considérait qu'elles imposaient aux clients des obligations discriminatoires et non objectives. Ce cas précis est particulièrement intéressant dans la mesure où il illustre l'arsenal d'instruments d'application du droit dont disposent les autorités compétentes pour assurer des conditions de concurrence équitables dans la sphère du commerce électronique.

Le **Mexique** présente rapidement différentes enquêtes en cours dans le secteur du commerce électronique, lesquelles ont été ouvertes dans le cadre de son enquête sectorielle, initiée en septembre 2017, sur les problèmes de concurrence dans l'économie numérique. Cette enquête a permis de soulever plusieurs questions, notamment sur la manière de traiter des volumes importants de données techniques, sur la manière de réaliser des études de grande échelle auprès des consommateurs, sur la manière d'évaluer le pouvoir de marché en ligne, ou encore sur la manière de réinterpréter les règles de la concurrence existantes pour lutter contre les restrictions verticales en ligne. L'autorité de la concurrence mexicaine a également profité de cette occasion pour discuter avec ses homologues étrangers des meilleures pratiques à adopter.

Le Président donne enfin rapidement la parole aux délégués du Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) et de Consumers International, afin qu'ils exposent le point de vue des consommateurs sur l'essor du commerce électronique. Le **BEUC** convient que, dans ce domaine, l'application du droit de la concurrence tend à empiéter à la fois sur la législation sur la confidentialité des données et la législation sur la protection des consommateurs. Chacune de ces branches du droit poursuit des objectifs différents et protège différents intérêts. Le droit de la concurrence s'intéresse essentiellement à la protection de la capacité des consommateurs à faire des choix informés. L'affaire *Google (Shopping)* en est un excellent exemple, puisque l'application du droit permet de protéger la capacité des acteurs à se concurrencer sur le terrain de la qualité, au profit des consommateurs. Le droit de la concurrence a toutefois des limites et il est ainsi important de compléter les actions répressives par d'autres mesures réglementaires. La proposition de l'Union européenne pour la mise en place d'une législation spécifique régissant les opérations en ligne entre entreprises afin de préserver le jeu de la concurrence en est une bonne illustration.

Consumers International aborde le sujet de la centralité des données des consommateurs dans la sphère du commerce électronique. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un aspect exclusivement négatif du marché, une collecte des données abusive permettant par exemple la constitution de profils clients exhaustifs s'impose comme une évolution fort inquiétante. Par ailleurs, dans les marchés du commerce électronique, il existe un risque que des pratiques d'abus de position dominante émergent à l'échelle des individus et non plus à l'échelle d'un marché. Les consommateurs pourraient par exemple être visés par une

tarification personnalisée destinée à abuser de leur capacité individuelle à payer. On pourrait ainsi craindre que la collecte de données, associée à un pouvoir de marché, remette par exemple en question les prix de référence utilisés par les consommateurs, et facilite ainsi la discrimination à l'égard de certains clients, y compris sur la base des prix pratiqués.

En conclusion de la table ronde, le Président observe que, tout au long de la discussion, les délégués ont illustré avec force détails les différents types de problèmes de marché signalés au début de l'après-midi et découlant des modèles économiques extrêmement complexes issus de la sphère du commerce électronique. Les instruments traditionnels d'analyse de la concurrence développés pour l'environnement hors ligne peuvent par ailleurs s'avérer moins efficaces dans le contexte du commerce en ligne. La plupart des affaires abordées ont permis de souligner la tension claire qui existe entre deux objectifs différents des politiques publiques. Les autorités de la concurrence entendent œuvrer pour préserver l'ouverture des marchés en ligne et le jeu de la concurrence, mais aussi pour empêcher les entreprises établies de mettre en œuvre des pratiques d'exclusion. Les économistes s'inquiètent toutefois que ne soit pas nécessairement fait le lien avec les préjudices subis par les consommateurs dans la majorité des études de cas réalisées. Le traitement des restrictions verticales s'impose peut-être comme la question la plus litigieuse et pour laquelle il sera le plus difficile de parvenir à un consensus. Se référant au projet sur les restrictions verticales mené sous les auspices du Réseau international de la concurrence (RIC), l'**Australie** ajoute que, même si un consensus ne pouvait être établi, il est important et utile de comprendre la nature et les motivations des divergences de points de vue en la matière. Le Président remercie enfin tous les participants, y compris les experts, et précise que, même si toutes les autorités de la concurrence présentes n'ont pu être convaincues, cette table ronde avait au moins eu le mérite d'ouvrir le débat sur une problématique de plus en plus importante.