

Non classifié

DAF/COMP/WD(2015)64

Organisation de Coopération et de Développement Économiques  
Organisation for Economic Co-operation and Development

12-Oct-2015

Français - Or. Français

DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE

### AUDITION SUR LES ACCORDS DE PARITÉ INTER-PLATEFORMES

-- Note de la France --

27-28 octobre 2015

*Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre du Point 7 de la 124<sup>ème</sup> réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE tenue les 27-28 octobre 2015.*

*D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles sur: [www.oecd.org/daf/competition/competition-crossplatform-parity.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/competition-crossplatform-parity.htm)*

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter Mme Cristiana Vitale [courriel : [cristiana.vitale@oecd.org](mailto:cristiana.vitale@oecd.org)].

JT03383663

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

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



DAF/COMP/WD(2015)64  
Non classifié

Français - Or. Français

## ACCORDS DE PARITE INTER-PLATEFORMES.

-- France --

### 1. Introduction

1. L'utilisation des « Accords de Parité Inter-Plateformes » (en anglais « Across Platform Parity Agreements » ou « APPA ») s'est répandue depuis plusieurs années dans le secteur de la vente en ligne, particulièrement dans les accords conclus entre plateformes de commerce en ligne et vendeurs<sup>1</sup>.

2. Ces dispositions contractuelles conclues entre un vendeur et une plateforme de commerce électronique prévoient que le vendeur s'engage à pratiquer sur ladite plateforme un prix qui n'est pas supérieur à celui appliqué sur d'autres plateformes, y compris par les nouveaux entrants.

3. Ce type d'accord est considéré comme l'une des formes que peut prendre la clause de la nation la plus favorisée (« NPF », en anglais « Most Favored Nation » ou « MFN »)<sup>2</sup>. A la différence d'autres formes de clauses MFN, les parties à un APPA s'accordent sur une obligation tarifaire qui ne concerne pas leurs transactions mais plutôt celles que l'une d'entre elles (le vendeur) conclura avec un tiers qui n'est pas partie à l'accord (l'acheteur).

4. Les APPA peuvent également concerner d'autres éléments que le prix, telles que les disponibilités ou les conditions de vente (livraison, annulation, etc.) des produits ou services proposés aux clients. Ils peuvent également couvrir d'autres canaux de distribution que le canal des plateformes en ligne (tels que les canaux de distribution propres au vendeur en ligne et hors ligne).

5. Les APPA sont communément désignés sous le terme de clause de la nation la plus favorisée (« MFN »)<sup>3</sup> ou « clause de parité ».

---

<sup>1</sup> Une « plateforme » est un intermédiaire qui agit en tant que place de marché et permet à des vendeurs et des acheteurs de se rencontrer et d'effectuer des transactions entre eux. Les places de marché (Amazon Marketplace, Price Minister, etc.), les plateformes de réservation hôtelière (Booking.com, Hotels.com, etc.), les magasins d'applications mobiles (App Store, Google Play), les plateformes de livres numériques (Amazon, iBooks Store), etc. sont des exemples de plateformes de commerce en ligne.

<sup>2</sup> Les clauses MFN sont elles-mêmes une forme d'accords se référant aux prix des concurrents (ou « PRA ») (cf. *infra*). En effet, les clauses MFN garantissent le meilleur prix ou les meilleures conditions parmi celles disponibles sur le marché, alors que les PRA définissent un lien entre les prix d'acteurs concurrents, sans nécessairement que ce soit le meilleur prix. Par exemple, un acheteur peut exiger de son fournisseur qu'il lui vende ses produits à des prix deux fois moins élevés qu'aux acheteurs concurrents.

<sup>3</sup> Par abus de langage, car les « clauses MFN » regroupent également d'autres pratiques, présentées ci-dessous.

### 1.1 Une forme particulière d'accord se référant aux prix des concurrents

6. Les accords de relation de prix (en anglais « price relationship agreements » ou « PRA ») sont des accords tarifaires consistant à fixer les prix des produits offerts par un vendeur en relation avec d'autres prix<sup>4</sup>.

7. Les prix d'un vendeur peuvent être pratiqués en référence aux prix des vendeurs concurrents. Par exemple, un détaillant peut garantir à ses clients qu'il propose des prix plus bas que ses concurrents, cette garantie pouvant s'accompagner d'un engagement à rembourser la différence, voire plus que la différence<sup>5</sup>. Un vendeur peut aussi inclure dans des contrats de long terme avec des entreprises en aval des « clauses anglaises », par lesquelles il s'engage à s'aligner sur les prix pratiqués par des vendeurs concurrents.

8. A l'inverse, les prix peuvent être pratiqués en référence aux prix offerts à des acheteurs concurrents, lorsqu'un vendeur s'engage vis-à-vis d'un client à ne pas lui vendre ses produits à des prix plus élevés qu'à ses autres clients.

9. Enfin, les prix objets de l'accord peuvent être pratiqués vis-à-vis de parties tierces à l'accord. C'est le cas lorsqu'un vendeur impose à ses distributeurs de pratiquer des prix en référence aux prix de détail des produits concurrents (par exemple, des prix moins élevés que les prix des produits concurrents)<sup>6</sup>. C'est également le cas lorsque des plateformes imposent aux vendeurs de ne pas pratiquer de prix moins élevés sur des plateformes concurrentes ou sur d'autres canaux de distribution, ce qui correspond aux pratiques d'APPA visées par la présente contribution.

10. Bien qu'elles aient toutes en commun de relier entre eux les prix pratiqués par des concurrents, ces pratiques ont des effets anticoncurrentiels et des justifications distinctes. La présente contribution se concentre sur les APPA.

### 1.2 La diversité des secteurs concernés

11. Les APPA ont notamment été mis en œuvre en Europe dans plusieurs secteurs économiques caractérisés par un fort développement de la vente en ligne.

<sup>4</sup> « *Can 'Fair' Prices be unfair? A review of price relationship agreements* », Septembre 2012, rapport préparé par LEAR pour l'Office of Fair Trading (OFT).

Les clauses MFN sont une forme d'accords se référant aux prix des concurrents (ou « PRA ») (cf. *infra*). En effet, les clauses MFN garantissent le meilleur prix ou les meilleures conditions parmi celles disponibles sur le marché, alors que les PRA définissent un lien entre les prix d'acteurs concurrents, sans nécessairement que ce soit le meilleur prix. Par exemple, un acheteur peut exiger de son fournisseur qu'il lui vende ses produits à des prix deux fois moins élevés qu'aux acheteurs concurrents.

<sup>5</sup> Le Conseil de la concurrence, dans sa décision n° 07-D-50 du 20 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de jouets, a constaté que les pratiques de Carrefour consistant à rembourser dix fois la différence dans le cas où le consommateur trouverait moins cher ailleurs permettaient d'exercer une police des prix pratiqués par les distributeurs concurrents afin de contrôler le respect des prix de vente imposés par les fabricants de jouets.

<sup>6</sup> La décision *Imperial Tobacco* de l'OFT d'avril 2010, annulée par la cour d'appel britannique en 2011, traite de ces pratiques.

12. Dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, les plateformes de réservation hôtelière telles que Booking.com, Expedia ou HRS<sup>7</sup> incorporaient dans leurs conditions générales de ventes des APPA, par lesquels les plateformes exigeaient des hôteliers de bénéficier d'un tarif, d'un nombre de nuitées et de conditions d'offre (conditions de réservation, inclusion ou non du petit déjeuner, etc.) au moins aussi avantageux que ceux proposés sur les plateformes concurrentes, ainsi que sur l'ensemble des autres canaux de distribution (en ligne et hors ligne), parmi lesquels les canaux de distribution propres à l'hôtel (site Internet, téléphone, e-mail, au comptoir de l'hôtel, etc.).

13. A l'instar de plusieurs autres autorités nationales de concurrence en Europe, l'Autorité de la concurrence s'est prononcée sur ces « clauses de parité » au terme d'une procédure résolue par des engagements pris par Booking.com de modifier les clauses litigieuses<sup>8</sup>.

14. De telles clauses ont également été utilisées dans le secteur de la vente en ligne de livres numériques. La Commission a, dans une première affaire, constaté qu'Apple et quatre grands éditeurs de livres électroniques s'étaient concertés pour qu'Amazon modifie ses contrats de distribution (dans le cadre desquels Amazon fixaient les prix de détail des livres) avec ces éditeurs en contrats d'agence (dans le cadre desquels les éditeurs fixaient les prix de détail des livres). Afin d'attirer les éditeurs vers sa nouvelle plateforme iBooks Store en 2009, Apple a proposé aux éditeurs de mettre en place un système de distribution basé sur des contrats d'agence, permettant à ces derniers de fixer le prix de vente au détail des livres numériques. Ces contrats d'agence contenaient une clause NPF, des grilles de prix maximum de vente au détail et un taux de commission de 30 % pour Apple. Compte tenu de la clause NPF, les bas prix pratiqués par Amazon étaient automatiquement répercutés sur la plateforme iBooks Store. Pour éviter que leurs prix ne soient trop bas sur l'ensemble du marché (c'est-à-dire à la fois sur Amazon et sur iBookstore), les éditeurs ont fait pression sur Amazon pour qu'il modifie ses contrats en retirant leurs livres de la plateforme Amazon. Apple et les éditeurs concernés ont pris des engagements, acceptés par la Commission en décembre 2012 et juillet 2013<sup>9</sup>.

15. La Commission a ouvert une enquête le 11 juin 2015, dans une seconde affaire dans le secteur de la vente en ligne de livres numériques, afin d'analyser les clauses contenues dans les contrats conclus entre Amazon et les éditeurs obligeant les éditeurs à informer Amazon de l'offre de conditions plus favorables ou différentes faites à ses concurrents, à lui accorder des conditions analogues à celles consenties à ses concurrents ou à veiller, par d'autres moyens, à ce que des conditions au moins aussi favorables à celles appliquées à ses concurrents lui soient octroyées<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Les agences de voyages en ligne (en anglais « OTA » pour Online Travel Agency) représentent le principal canal de réservation en ligne de nuitées d'hôtels (environ 70 % des réservations en ligne en France (Phocuswright, « European Online Travel Overview », Décembre 2013), le reste étant effectués sur les sites Internet des hôtels. Seules quelques OTA ont un lien direct avec les hôtels, il s'agit principalement d'OTA spécialisées dans la réservation hôtelière (« plateformes de réservation hôtelière » ou « PRH »), telles que Booking.com, Expedia ou HRS en France, qui distribuent sur leurs plateformes les nuitées généralement vendues isolément mises à leur disposition par les hôteliers.

<sup>8</sup> Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

<sup>9</sup> Commission., 12 déc. 2012, COMP/39.847 – ebooks pour Apple, Hachette Livre, Harper Collins, Simon & Schuster, et Macmillan et Commission, 25 juill. 2013, IP/13/746 pour Penguin.

<sup>10</sup> Communiqué de presse, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission ouvre une procédure formelle d'examen concernant les accords de distribution de livres numériques d'Amazon », Bruxelles, 11 juin 2015.

16. Des clauses similaires ont également été appliquées par Amazon Marketplace au Royaume-Uni et en Allemagne dans le secteur du commerce en ligne en général. Des enquêtes ont été ouvertes au Royaume-Uni et en Allemagne fin août 2013, à la suite desquelles Amazon a annoncé son intention de supprimer ces clauses de ses conditions générales de vente dans l'ensemble de l'Union européenne, conduisant à la clôture de ces enquêtes.

17. De telles clauses ont également été appliquées dans des secteurs aussi divers que la vente en ligne de restauration rapide en Finlande ou les comparateurs d'assurance automobile au Royaume Uni<sup>11</sup>.

18. La présente contribution examine les effets pro- et anticoncurrentiels des APPA (I) avant d'appréhender l'application du droit de la concurrence à ces accords (II). Une illustration concrète à travers la solution adoptée par l'Autorité de la concurrence dans l'affaire *Booking*, ainsi que les affaires portées devant le Tribunal de commerce de Paris relatives aux plateformes de réservation hôtelière en ligne et les développements législatifs récents (loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques) seront présentés en conclusion (III).

## 2. Les Effets des Accords de Parité Inter-Plateformes sont-ils PRO ou anticoncurrentiels ?

### 2.1 Des effets anticoncurrentiels multiples

19. La littérature économique relative aux APPA est encore naissante. Ces pratiques n'ont d'ailleurs commencé à être analysées que très récemment par les autorités de concurrence<sup>12</sup>.

20. Toutefois, les analyses économiques existantes<sup>13</sup> et les parallèles élaborés avec d'autres pratiques se rapprochant des APPA (prix de vente imposés, autres accords se référant aux prix des concurrents) permettent d'identifier trois principaux types d'effets anticoncurrentiels possibles associés aux APPA<sup>14</sup> :

- S'agissant de la concurrence intramarque, les APPA sont susceptibles d'atténuer la pression concurrentielle s'exerçant entre plateformes ;
- Toujours dans le cadre d'une concurrence intramarque, les APPA peuvent produire des effets d'éviction sur les petites plateformes et les plateformes nouvelles entrantes ;

<sup>11</sup> La Competition and Markets Authority s'est prononcée sur la licéité des clauses dites de « parité restreinte » (« narrow MFN ») et de « parité étendue » (« wide MFN ») par décision finale du 18 mars 2015, disponible sur le site <https://www.gov.uk/cma-cases/private-motor-insurance-market-investigation> .

<sup>12</sup> Les principales investigations des autorités de concurrence ont concerné les secteurs des *Ebooks* (en Europe et aux Etats-Unis), des places de marché (cas *Amazon market place*) au Royaume-Uni et en Allemagne, des plateformes de réservation hôtelière en Europe, des comparateurs d'assurance automobile au Royaume-Uni et de la distribution de billets d'avion par des agences de voyages en Australie (ce dernier cas se distingue des autres affaires par le fait que l'APPA était imposé par une agence de voyage physique en vue de se protéger de la concurrence des agences de voyage en ligne). On peut également relever que des mécanismes anticoncurrentiels similaires à ceux des APPA se rencontrent également dans les pratiques de « no surcharge rules » dans le secteur des moyens de paiement, qui imposent aux commerçants de pratiquer un prix de détail identique, que les produits soient achetés en espèce ou par carte (cf. avis n°09-A-35 de l'Autorité de la concurrence).

<sup>13</sup> Voir les articles de Foros, Ø., H. J. Kind, and G. Shaffer (2014), *Turning the Page on Business Formats for Digital Platforms: Does Apple's Agency Model Soften Competition?*, SNF Working Paper No 06/14, Boik, A. and K.S. Corts (2013), *The Effects of Platform MFNs on Competition and Entry*, working paper et Johnson J.P. (2013), *The Agency Model and MFN Clauses*, Mimeo.

<sup>14</sup> Lear (2012), *Can Fair Prices be Unfair? A Review of Price Relationship Agreements*, OFT report 1438.

- Enfin, s'agissant de la concurrence intermarque, les APPA sont susceptibles, dans certaines configurations de marché, d'atténuer la concurrence entre fournisseurs en empêchant les promotions ciblées à certains clients, voire de favoriser une collusion entre fournisseurs en permettant une grande transparence des prix pratiqués envers les consommateurs.

### 2.1.1 Atténuation de la concurrence entre plateformes

21. Lorsque les fournisseurs fixent eux-mêmes les prix de détail des produits qu'ils commercialisent par l'intermédiaire des plateformes<sup>15</sup>, ces prix peuvent varier d'une plateforme à l'autre en l'absence d'APPA. Une plateforme peut alors gagner des parts de marché en pratiquant des commissions inférieures. Les fournisseurs seront en effet incités à attirer des consommateurs sur cette plateforme pour réduire le montant des commissions qu'ils doivent verser en pratiquant des prix de détail inférieurs à ceux fixés sur les autres plateformes.

22. A l'inverse, la mise en œuvre d'un APPA rompt ce mécanisme pro-concurrentiel, y compris lorsqu'une seule plateforme utilise une telle clause. Les fournisseurs n'ont pas la possibilité d'attirer les consommateurs sur la plateforme demandant la commission la plus basse par des prix de détail plus bas, car ils sont contraints d'accorder les prix de détail les plus bas à la plateforme qui applique un APPA<sup>16</sup>. Dans le cas où toutes les plateformes appliquent un APPA, le fournisseur est contraint de pratiquer les mêmes prix sur l'ensemble des plateformes, quel que soit leur niveau de commission.

23. Par ailleurs, lorsqu'un APPA est mis en œuvre, le fournisseur est contraint de répercuter une hausse ou une baisse du taux de commission sur l'ensemble des canaux de distribution. La répercussion d'une hausse du taux de commission d'une plateforme donnée dans les prix de détail est donc diluée dans l'ensemble des canaux de distribution et une plateforme qui augmenterait son niveau de commission de façon importante ne perdrait donc au final que très peu de consommateurs.

24. Les APPA ont donc pour effet de réduire la concurrence entre plateformes sur le montant des commissions. Ils conduisent à pratiquer des taux de commission supra-concurrentiels et une augmentation des prix de détail. La seule contrainte qui s'exerce sur le taux de commission demandé par une plateforme vient de la possibilité que les fournisseurs quittent la plateforme si la commission demandée est trop élevée. Ainsi, la concurrence en prix entre plateformes n'est pas entièrement supprimée par les APPA, puisque les plateformes peuvent attirer plus ou moins de fournisseurs selon le taux de commission qu'elles pratiquent. Mais si les fournisseurs sont contraints d'être référencés sur certaines plateformes pour pouvoir accéder aux consommateurs, la contrainte pesant sur le taux de commission de ces plateformes est très limitée en présence d'APPA.

25. Dans le secteur de l'hôtellerie, les plateformes de réservation en ligne sont devenues un canal plébiscité par les consommateurs pour rechercher un hôtel. Elles sont indispensables aux hôtels pour atteindre des consommateurs et une très grande majorité des hôtels est donc référencée sur ces plateformes, en dépit des commissions demandées<sup>17</sup>. En outre, sur ce marché, la part de marché d'une plateforme ne

---

<sup>15</sup> Par exemple dans le cadre d'un contrat de mandat entre les plateformes et leurs fournisseurs. C'est le cas dans les dossiers de la réservation hôtelière en ligne, des comparateurs d'assurance automobile au Royaume-Uni et d'Amazon Marketplace.

<sup>16</sup> Dans le secteur hôtelier, les autorités française, italienne et suédoise ont également considéré que ce même mécanisme était également rompu lorsque des clauses exigeant une parité de disponibilités dans les nuitées allouées aux différents canaux de distribution sont appliquées.

<sup>17</sup> Pour un hôtel, ne pas être référencé sur une plateforme très visitée par les consommateurs alors que les hôtels concurrents le sont, c'est prendre le risque de perdre des clients au profit des hôtels concurrents. C'est ce que Farrell et Klemperer (2007) appellent des « effets de réseau marginaux ». (Farrell, J. et P.

reflète pas nécessairement son pouvoir de marché véritable. Lorsque celle-ci donne un accès privilégié à des consommateurs, qui ne peuvent pas être atteints par l'intermédiaire d'autres plateformes, elle peut ainsi représenter un partenaire incontournable pour un fournisseur, même si elle représente une part relativement limitée des ventes de ce dernier<sup>18</sup>.

26. De fait, il a ainsi pu être observé que les taux de commission des principales plateformes de réservation hôtelière en France s'établissent à des niveaux élevés (de 10 à 30% du prix de détail TTC des séjours réservés) leur assurant une rentabilité élevée, dans un contexte d'augmentation importante du nombre de réservations<sup>19</sup>.

27. En définitive, il a été conclu dans la décision n°15-D-06 précitée que les APPA (tarifaires et de disponibilité) privaient les hôtels de l'utilisation des deux leviers que constituent le niveau de prix de détail et le nombre de nuitées allouées pour réagir aux taux de commission pratiqués par Booking.com.

### 2.1.2 Effet d'éviction sur les petites plateformes ou plateformes nouvelles entrantes

28. Les APPA peuvent également engendrer des effets d'éviction des plateformes concurrentes. En effet, cette pratique ne permet pas aux concurrents de la plateforme appliquant un APPA d'attirer des internautes en proposant des commissions inférieures, lesquelles seraient ensuite répercutées aux consommateurs au travers de prix de détail inférieurs. Or, le lancement d'une nouvelle plateforme ne peut réussir sur ce type de marché que si celle-ci est en mesure d'attirer suffisamment d'internautes pour attirer des fournisseurs, et vice-versa. En présence d'un APPA, une petite plateforme ou une plateforme nouvelle entrante ne dispose plus de l'instrument du prix et ne peut se différencier qu'en notoriété, en visibilité et éventuellement en qualité pour séduire les consommateurs. Or, les plateformes en place ont habituellement un avantage significatif sur ces différents aspects.

29. L'exemple des plateformes de réservation hôtelières en ligne est à nouveau éclairant. Dans ce secteur, les parts de marché du leader du marché en Europe, Booking.com, ont augmenté de façon continue et rapide depuis 2008. Le « multihoming » pratiqué par les utilisateurs sur les deux faces du marché (hôtelières et clients d'hôtels utilisent souvent plusieurs plateformes en même temps) est de nature à rendre les positions des opérateurs plus fluctuantes en limitant les effets de réseau. Or, on observe un phénomène de « winner takes all » dans lequel la taille d'une plateforme est un critère décisif de sa croissance et l'acteur le plus important finit par remporter la quasi-totalité du marché. Ceci suggère que les APPA renforcent les effets de réseau au profit de la plateforme de plus grande taille.

---

Klemperer (2007). 'Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects'. In Armstrong, Mand Porter R (eds), *Handbook of Industrial Organization*, 1967–2072).

<sup>18</sup> Dans le secteur de la réservation d'hôtels en ligne, même les plateformes de réservation ayant une part de marché inférieure à 30% semblent disposer d'un pouvoir de marché réel vis-à-vis des hôtels, en raison de leur forte implantation dans certains pays et de leur accès privilégié aux consommateurs de ces pays, du caractère périssable des nuitées d'hôtel (toute nuitée non vendue est par définition perdue pour l'hôtel, une fois la date passée) et de la coexistence de coûts fixes importants et de coûts variables par nuitée vendue faibles (les marges des hôtels sur leurs coûts variables sont donc élevées et chaque nuitée non vendue représente un coût d'opportunité élevé pour l'hôtelier). De même, dans l'affaire relative aux comparateurs d'assurance automobile au Royaume Uni, la CMA a considéré que les quatre principaux comparateurs, détenant chacun 25% de parts de marché, possédaient chacun un fort pouvoir de marché auprès des assureurs automobiles en raison de l'accès exclusif qu'ils donnaient à une partie des consommateurs.

<sup>19</sup> En 2014, Priceline, maison-mère de Booking.com, a eu un résultat opérationnel (EBIT) de 3 milliards d'euros, soit 34,6% de son chiffre d'affaires.

### 2.1.3 Réduction de la concurrence intermarques

30. Enfin, les APPA peuvent réduire la concurrence entre fournisseurs et élever les prix de détail<sup>20</sup>. D'une part, ces accords rendent coûteux, voire impossible, pour les fournisseurs de pratiquer des baisses ciblées et ponctuelles de prix sur certains canaux de distribution ou vis-à-vis de certains types de clientèle. D'autre part, en accroissant la transparence des prix pratiqués envers les consommateurs, ces pratiques peuvent faciliter une collusion entre fournisseurs, de la même façon que des pratiques de prix de vente imposés (en anglais « Resale Price Maintenance » ou « RPM ») dans certains contextes.

31. Pour autant, ces effets demeurent ambigus et doivent être appréciés au cas par cas. L'impossibilité pour les fournisseurs de discriminer en prix selon les canaux de distribution ou les clients peut également conduire à des prix de détail en moyenne inférieurs. Une transparence accrue des prix à l'égard des consommateurs peut renforcer la concurrence intermarques en réduisant les coûts de recherche des consommateurs (cf. *infra*).

32. Ainsi, l'effet net des APPA sur la concurrence entre fournisseurs dépend alors des coûts de recherche, de la possibilité d'une coordination tacite et de la faisabilité d'une discrimination tarifaire conduisant à élever les prix moyens.

33. Dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, les autorités française, italienne et suédoise n'ont pas considéré que les APPA avaient un effet de réduction de la concurrence intermarques, i.e., entre hôtels. L'offre d'hôtels est atomisée en France et en Italie et les hôtels peuvent modifier les prix de détail plusieurs fois par jour. Les APPA n'interdisent donc pas des promotions ponctuelles, même si elles les rendent plus coûteuses (puisque ces promotions doivent être réalisées sur l'ensemble des canaux de distribution et touchent donc l'ensemble des consommateurs). Enfin, les APPA rencontrent une forte réticence de la part des hôteliers, ce qui n'est pas compatible avec l'idée que ces clauses réduisent la concurrence entre hôteliers<sup>21</sup>. Ceci ne préjuge pas cependant de la possibilité que les APPA aient pour effet d'atténuer la concurrence intermarques dans d'autres secteurs.

---

<sup>20</sup> Cet effet est plus hypothétique dans le cas de places de marché, car les APPA imposent une uniformité des prix vendus par un distributeur donné pour chacun des produits qu'il commercialise sur la plateforme, sachant que des distributeurs concurrents peuvent vendre ces mêmes produits à des prix différents sur la même plateforme.

<sup>21</sup> Ainsi, dans une action civile menée au Texas contre les APPA mises en œuvre par les principales agences de voyage en ligne dans le secteur de la réservation d'hôtels en ligne, la Cour du Texas a considéré que ces pratiques ne résultaient pas d'une collusion généralisée entre hôtels et agences de voyage en ligne, contrairement à ce que prétendait la plainte, puisque les hôtels semblaient subir ces pratiques plutôt que les rechercher. (Voir le lien suivant : <http://cases.justia.com/federal/district-courts/texas/txndce/3:2012cv03515/222550/136/0.pdf?ts=1411577864>).

De même, dans sa décision relative aux comparateurs d'assurance automobile, la CMA a relevé que, dans la mesure où les APPA rencontraient une forte réticence de la part des assurances automobiles, les APPA ne devaient pas leur permettre de réaliser des marges plus importantes en élevant les prix de détail.



34. L'analyse économique conduit donc à identifier de multiples effets potentiellement restrictifs des APPA. Il convient en outre de relever que ces effets anticoncurrentiels ne sont pas nécessairement liés au pouvoir de marché des plateformes et les APPA peuvent réduire la concurrence entre canaux de distribution même lorsque la plateforme a une part de marché inférieure à 30%<sup>22</sup>.

35. En effet, si l'APPA s'applique à une proportion significative des fournisseurs présents sur ces plateformes, sa portée dépasse la part de marché de la plateforme qui l'impose en garantissant que toutes les plateformes concurrentes, voire l'ensemble des canaux de distribution, afficheront des prix supérieurs à celle-ci pour une part significative des fournisseurs présents sur ces plateformes. Ces plateformes concurrentes n'auront alors que peu d'incitations à diminuer leur niveau de commission. De surcroît, la mise en œuvre d'un APPA par une plateforme incite généralement les plateformes concurrentes à faire de même afin de se protéger contre le risque d'afficher des prix de détail supérieurs à ceux des plateformes imposant un APPA.

36. Les mécanismes d'atténuation de la concurrence entre plateformes décrits ci-dessus trouvent donc à s'appliquer, au moins en partie<sup>23</sup>, même lorsque les plateformes mettant en œuvre un APPA ont moins de 30% de parts de marché. Une plateforme ne représentant qu'une faible part des réservations peut lier une majorité des fournisseurs – par ailleurs présents sur d'autres plateformes - par des APPA et la concurrence entre plateformes s'en trouve diminuée. En revanche, la part des fournisseurs d'un marché concernés par ces clauses peut être un critère d'intérêt pour apprécier l'effet anticoncurrentiel des APPA, plus que la part de marché de la plateforme elle-même.

37. Les effets d'éviction peuvent également se produire même lorsque l'APPA est appliqué par une plateforme de petite taille. Même si les plateformes de grande taille ne mettent pas en œuvre d'APPA, elles sont abritées de la concurrence de plateformes nouvelles entrantes ou d'autres plateformes présentes sur le marché, au même titre que la plateforme appliquant un APPA, puisque les prix de détail ne peuvent descendre en-dessous du prix de détail affiché sur la plateforme pratiquant un APPA. Ainsi, des petites plateformes ou des plateformes nouvelles entrantes ne peuvent se démarquer et accroître leurs parts de marché en pratiquant des commissions plus basses envers les fournisseurs.

38. En définitive, un APPA mis en œuvre par des plateformes disposant de faibles parts de marché est certes moins nuisible à la concurrence que lorsqu'il est appliqué par l'ensemble des plateformes ou par des plateformes ayant des parts de marché élevées. Il demeure néanmoins susceptible d'atténuer la concurrence entre plateformes et de produire des effets d'éviction.

<sup>22</sup> La part de marché peut être appréciée à partir du pourcentage de transactions (en volume ou en valeur) réalisées sur la plateforme considérée dans le nombre de transactions effectuées par le fournisseur soit indirectement par l'intermédiaire des plateformes, soit directement (par son propre canal).

<sup>23</sup> Les plateformes ne disposant pas d'APPA peuvent être réticentes à pratiquer des taux de commission trop élevés, afin de se prémunir contre des prix de détail plus élevés que les autres plateformes. De plus, une petite plateforme, si elle dispose d'un APPA, peut espérer conquérir des parts de marché en obtenant des prix de détail inférieurs à ceux des autres plateformes en échange de taux de commission inférieurs, ce qui en retour, peut conduire les autres plateformes à baisser leurs taux de commission afin de se prémunir contre le risque d'avoir des prix de détail supérieurs etc. Etant donné la forte transparence des prix sur Internet et l'absence de maîtrise des prix de détail par les plateformes, les plateformes pourraient se concurrencer vis-à-vis des fournisseurs pour l'obtention d'une garantie de meilleur prix (au sens strict). Il pourrait en résulter une concurrence assez vive « pour le marché » entre plateformes, à condition toutefois que cela n'emporte pas d'effets d'éviction, ce qui pourrait être le cas si l'APPA était mis en œuvre par une plateforme disposant d'un pouvoir de marché. Enfin, lorsqu'un APPA est mis en œuvre par une plateforme disposant d'un pouvoir de marché limité, elle n'est pas incontournable pour les fournisseurs et doit pratiquer des taux de commission suffisamment compétitifs pour les attirer sur sa plateforme.

## 2.2 *Quels gains d'efficience associés aux APPA ?*

39. Deux principaux gains d'efficience sont fréquemment avancés par les entreprises pour justifier du recours aux APPA :

- Ces accords protégeraient les investissements effectués par les plateformes du parasitisme d'autres opérateurs ;
- Ces accords réduiraient les coûts de recherche des clients et renforceraient ainsi la concurrence intermarques, i.e., entre les fournisseurs référencés sur les plateformes.

40. Dans le cadre d'une instruction au fond, l'analyse des éventuels gains d'efficience d'un APPA s'effectue à l'aune des quatre conditions cumulatives d'exemption individuelle de l'article 101(3) du TFUE<sup>24</sup>.

### 2.2.1 *Les APPA peuvent limiter le parasitisme*

41. Le phénomène du parasitisme se conçoit comme le détournement à son avantage par un acteur du marché des efforts consentis par un autre acteur. Un exemple de parasitisme fréquemment avancé a trait au détournement par un distributeur *pure player* des efforts « additionnels » prodigués par un distributeur hors ligne (*brick and mortar*). Un client peut alors bénéficier des services fournis avant la vente par le distributeur hors ligne pour choisir le produit (conseils, possibilité de tester, etc.), puis l'acheter en ligne auprès d'un opérateur *pure player* dont les prix sont inférieurs.

42. Les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales tiennent compte de ce « parasitisme », par exemple en permettant à un fournisseur de conditionner l'admission d'un distributeur dans son réseau de distribution sélective à la détention d'un ou plusieurs points de vente physiques<sup>25</sup> (§ 54). De même, ces lignes directrices considèrent que la prévention du parasitisme peut être un des gains d'efficience permis par les prix de vente imposés examinés dans le cadre de l'application de l'article 101(3) du TFUE (§225). Les APPA, qui se rapprochent d'une pratique de prix de vente imposés (cf. *infra*) permettent de la même manière de lutter contre le parasitisme en empêchant des opérateurs « parasites », qui ne proposent pas les services « additionnels » permettant la réalisation des gains d'efficience, de proposer des prix inférieurs et de capter ainsi la demande.

43. Les lignes directrices précisent cependant que plusieurs critères doivent être respectés pour que la prévention du parasitisme constitue un gain d'efficience d'une restriction verticale. D'abord, le risque de parasitisme doit être réel. Les services fournis par les distributeurs doivent donc pouvoir être détournés (ils doivent par exemple précéder la vente) et ces services doivent effectivement être nécessaires pour que le consommateur achète le produit (par exemple, le produit doit être nouveau ou techniquement complexe).

---

<sup>24</sup> a) Les accords doivent contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, b) les utilisateurs doivent obtenir une partie équitable du profit qui en résulte, c) les restrictions doivent être indispensables pour atteindre ces objectifs, d) l'accord ne doit pas donner aux entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Dans la mesure où les engagements proposés par Booking.com répondaient aux préoccupations de concurrence qui lui avaient été formulées, l'Autorité de la concurrence n'a pas effectué d'analyse approfondie des gains d'efficience associés aux APPA dans sa décision n°15-D-06. Une analyse détaillée de la satisfaction des quatre conditions cumulatives d'exemption individuelle au titre de l'article 101(3) est peu appropriée dans une procédure d'engagements, destinée à résoudre des problèmes de concurrence dans un délai court.

<sup>25</sup> Cf. §54 des lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales.

Le produit considéré doit également être d'une certaine valeur, sans quoi le client n'aurait pas intérêt à consacrer du temps à acheter le produit dans un lieu différent de celui où il a recueilli des conseils. Ensuite, l'opérateur susceptible d'être victime de parasitisme ne doit pas avoir la possibilité d'imposer des obligations de promotion ou de service à ses distributeurs. Dans ce cas, l'interdiction de la restriction verticale considérée conduirait le distributeur, du fait du parasitisme, à renoncer aux efforts « additionnels », ce qui pourrait engendrer une moindre efficacité économique.

44. Bien qu'elle comporte certaines différences avec le contexte de distribution classique présenté ci-dessus, une analyse similaire à celle présentée *supra* peut être conduite dans le secteur de la réservation d'hôtels en ligne.

45. Les plateformes de réservation proposent un certain nombre de services précédant la vente. Parmi ceux-ci figurent en premier lieu la visibilité sur Internet, liée à l'enchérissement de mots-clés sur les moteurs de recherche et les comparateurs et au savoir-faire qui accompagne cette activité<sup>26</sup>. Les plateformes fournissent également d'autres services facilitant la comparaison et le choix de l'hôtel par le consommateur (ergonomie du site, description de l'hôtel dans la langue de l'utilisateur, photos, classement des hôtels, modération des commentaires des clients, accès à des consommateurs présents dans le monde entier, implantation d'équipes locales chargées de la gestion de la relation avec les hôtels et avec les clients d'hôtels). L'ensemble de ces services bénéficie aux consommateurs, d'une part en améliorant leur information, d'autre part en renforçant la concurrence entre hôtels, notamment en rendant visibles des hôtels qui, de par leurs moyens financiers limités, ne pourraient être visibles sur Internet.

46. Comme la plateforme ne se rémunère que par la perception d'une commission au moment de la réservation, au travers d'une commission versée par l'hôtelier, les clients peuvent donc, sans coût supplémentaire, comparer les hôtels grâce aux services fournis par une plateforme mais réserver leur nuitée directement auprès de l'hôtel ou sur une autre plateforme concurrente.

47. Par ailleurs, plusieurs facteurs laissent penser que le risque de parasitisme dans le secteur de la réservation d'hôtels en ligne en l'absence totale d'APPA serait réel, mais variable selon le canal de distribution.

48. Premièrement, les « fournisseurs » des plateformes hôtelières - les hôteliers - sont également leurs concurrents et fixent eux-mêmes les tarifs des nuitées vendues sur les plateformes ainsi que le nombre de nuitées disponibles à chaque date. Le fournisseur (l'hôtel) peut donc aisément détourner la demande vers son propre canal de réservation (par exemple en élevant le prix de vente de ses nuitées affichées sur la plateforme), et ainsi s'exonérer du paiement d'une commission. Il peut également attirer la demande vers un canal de distribution concurrent moins coûteux pour l'hôtel car ne fournissant aucun service prévente.

49. Deuxièmement, le consommateur peut aisément « parasiter » la plateforme sur laquelle il a obtenu les informations nécessaires à son choix d'hôtel. L'identité de l'hôtel sur la plateforme ne peut être tenue secrète et celui-ci pourra donc aisément être retrouvé sur une autre plateforme ou contacté directement. Les prix des nuitées dans un même hôtel peuvent facilement être comparés sur Internet une fois un hôtel choisi<sup>27</sup> et le montant élevé des transactions - de plusieurs centaines d'euros en moyenne -

<sup>26</sup> Ces investissements en visibilité sur Internet représentent près de 30% du chiffre d'affaires de Priceline, groupe auquel appartient Booking.com. Source : *Le Monde de l'économie* en date du 9 décembre 2014. Ces investissements sont, dans une proportion importante également effectués auprès des comparateurs, tels que Tripadvisor, Trivago, Kayak ou Google Hotel Finder. Il est donc peu probable que ces derniers se substituent aux plateformes de réservation si celles-ci venaient à diminuer leurs investissements.

<sup>27</sup> A la différence du secteur des comparateurs d'assurances automobiles au Royaume-Uni, où chaque recherche d'assurance sur une plateforme nécessite de remplir un formulaire prenant une dizaine de minutes.

incite les internautes à chercher les meilleures offres disponibles. De plus, le client est à même d'effectuer l'ensemble de ses recherches et son acte d'achat chez lui sur Internet et, enfin, les prestations sont délivrées immédiatement, sans le délai de livraison caractérisant les produits manufacturés vendus sur Internet. De fait, des données empiriques montrent la forte sensibilité au prix des consommateurs dans ce secteur<sup>28</sup>.

50. Pour autant, le risque de parasitisme varie selon l'identité des concurrents. Il est vraisemblablement plus important lorsque l'hôtel est en mesure d'afficher sur son site Internet un prix inférieur à celui affiché sur les plateformes de réservation. Le site de l'hôtel choisi sur la plateforme initiale peut en effet être identifié sans que celui-ci ne consente d'investissements en visibilité sur Internet (comme devrait le faire une plateforme tierce) et une réservation effectuée sur son site Internet est exempte de commission (si bien que le prix de la nuitée pourra toujours être inférieur sur le site de l'hôtel). De même, si le prix inférieur que pratique l'hôtel n'est pas affiché sur son site Internet mais est proposé hors ligne, les clients doivent pouvoir contacter directement l'hôtel, attendre sa réponse, payer par téléphone, etc. : les coûts de transactions sont donc accrus, limitant l'ampleur du parasitisme<sup>29</sup>.

51. Il convient également d'examiner les effets du parasitisme sur la fourniture de services préventes, en tenant compte du fait que l'essentiel des investissements réalisés par les plateformes hôtelières concerne la visibilité sur Internet (enchérissement de mots clés sur les moteurs de recherche, coûts par clics sur les comparateurs, partage de commission avec d'autres sites distribuant les nuitées). Comme l'hôtel ne verse une commission à une plateforme qu'en cas de réservation d'une nuitée, la rentabilité de ces investissements dépend du nombre de réservations effectuées sur la plateforme mais leur coût dépend, lui, du nombre de visites effectuées sur la plateforme (du fait du « coût par clic » que verse la plateforme aux différents supports publicitaires sur lesquels elle est présente). En entraînant une baisse du « taux de conversion » sur les plateformes, i.e., du ratio du nombre de réservations sur le nombre de visites de la plateforme, un accroissement du parasitisme diminuerait donc la rentabilité de ces investissements en visibilité<sup>30</sup>.

52. Cette diminution de la rentabilité des investissements aurait un impact négatif sur la viabilité des plus petites plateformes et irait à l'encontre de l'objectif d'animation de la concurrence entre plateformes. En outre, les taux de commission pourraient augmenter et la visibilité des hôtels n'ayant pas les moyens financiers de se rendre visibles sur Internet en serait affectée.

53. Cependant, plusieurs facteurs peuvent conduire à relativiser ces arguments. Premièrement, le défaut de concurrence en prix entre plateformes lié aux APPA peut mener les plateformes à surinvestir dans leur visibilité sur Internet. Deuxièmement, l'ampleur de la diminution des investissements qui résulterait d'une interdiction totale des APPA demeure difficile à déterminer. D'un côté, on pourrait penser que les plateformes dont la viabilité serait toujours assurée continueraient à investir dans la visibilité de leur plateforme, même en cas d'augmentation forte du parasitisme, puisque c'est un paramètre important du jeu concurrentiel entre plateformes. De l'autre, en réduisant le nombre de mots-clés sur lesquels elles enchérissent ou les montants versés pour l'achat de mots-clés, les plateformes apparaîtraient moins dans les

<sup>28</sup> D'une part, en dépit de l'existence d'APPA mis en œuvre par l'ensemble des acteurs du secteur, ils parcourent un grand nombre de sites Internet avant de finaliser leur réservation d'hôtel. D'autre part, il a été observé que le non-respect de l'APPA par des hôtels réduisait de façon significative leur taux de conversion sur les plateformes. Enfin, un sondage effectué dans le cadre de l'instruction du dossier a montré qu'une grande majorité de consommateurs préféreraient réserver sur le site de l'hôtel si celui-ci affichait des prix inférieurs de 10% à ceux affichés sur Booking.com.

<sup>29</sup> Plus de 50% de la clientèle réservant des hôtels français par l'intermédiaire de plateformes de réservations d'hôtels est étrangère.

<sup>30</sup> Par exemple, pour un taux de conversion de 4% et un CPC de 0,50 euro, le coût pour une OTA d'une réservation est de 12,50 euros en moyenne. Mais si le taux de conversion baisse à 2,5%, pour un même CPC de 0,50 euro, le coût d'une réservation passe à 20 euros.

résultats de recherche des internautes, au profit de sites d'hôtels ayant les moyens d'investir dans ces mots-clés délaissés par les plateformes et au détriment de la concurrence intermarques, les autres hôtels étant alors moins visibles.

54. Enfin, l'existence de gains d'efficience des APPA liés à la maîtrise du risque de parasitisme doit être appréciée au regard d'éventuels moyens alternatifs moins restrictifs de concurrence. Selon les produits et services considérés, les APPA constituent alors une alternative plus ou moins efficace.

55. Dans le cas des plateformes hôtelières, les moyens alternatifs moins restrictifs de concurrence que les APPA semblent comporter d'importantes limites. Ces moyens alternatifs consistent par exemple à tenter de réduire le risque de parasitisme en augmentant les incitations des consommateurs à effectuer leurs achats auprès de la plateforme. Des services accompagnant la vente ou après-vente de meilleure qualité que ceux proposés par des sites « parasites » représentent cependant un coût supplémentaire significatif et leur efficacité peut être limitée. En particulier, dans le cas des plateformes hôtelières, les services susceptibles d'être rendus par ces dernières pour accroître leur taux de conversion (paiement sécurisé par carte, gratuité d'annulation), peuvent également être proposés par les hôteliers si bien qu'ils ne sont pas à même de réduire le risque de parasitisme<sup>31</sup>.

56. Une autre possibilité réside dans la tentative de garantir une rémunération adéquate des services préventes effectués par le distributeur (par exemple par une redevance au montant forfaitaire fixe ou le paiement par clic), s'accompagnant toutefois de contraintes supplémentaires pour les fournisseurs référencés. S'agissant en particulier du paiement par clic, les hôtels sont eux-mêmes réticents à payer les plateformes en proportion du nombre de visites plutôt que du nombre de réservations. Un tel schéma contractuel inciterait les plateformes à développer le nombre de visites plutôt que le nombre de réservations et leurs intérêts ne seraient donc plus alignés avec ceux des hôtels (qui cherchent eux à obtenir un maximum de réservations). De plus, le paiement par clic plutôt que par réservation transférerait le risque de visite sans réservation des plateformes (à même de mutualiser ce risque) vers les hôtels.

57. Enfin, des outils consistant à suivre la « trace » de l'internaute et à exiger ainsi de l'hôtel le versement d'une commission lorsque la réservation sur le site de l'hôtel est consécutive à une visite de la plateforme apparaissent inefficaces.

### 2.2.2 *Les APPA peuvent réduire les coûts de recherche des consommateurs*

58. En uniformisant les prix et les conditions de vente sur l'ensemble des canaux de distribution, les APPA peuvent également réduire les coûts de recherche des clients, renforçant ainsi la concurrence intermarques. A l'inverse, en l'absence d'APPA, l'hétérogénéité des prix proposés, combinée aux coûts de recherche du meilleur prix que supportent les consommateurs, permet aux fournisseurs d'être moins frontalement en concurrence et réduit en outre l'incitation des consommateurs à recourir aux plateformes pour acheter leur produit<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> A la différence de secteurs tels que la vente en ligne de biens manufacturés, dans lesquels la plateforme peut par exemple garantir aux consommateurs la fiabilité et la rapidité de la livraison d'un produit.

<sup>32</sup> Cf. article de Stiglitz et Salop (1977) : "Bargains and Ripoffs : A Model of Monopolistically Competitive Price Dispersion", *The Review of Economic Studies* : "The central implication of costly information gathering is that the equilibrium will not occur at the perfectly competitive price. This is a fairly straightforward observation: suppose every firm did charge the perfectly competitive price. Then some firm(s) could raise price slightly without losing any customers. Consumers would be unwilling to gather the extra information needed to switch stores or brands. Clearly there is a limit on the price increases at one store that consumers would be willing to tolerate without leaving. However, since the relative store

59. L'analyse de ce type de gains d'efficacité appelle cependant une certaine prudence. Ainsi, la Commission européenne ne les mentionne pas parmi les gains d'efficacité possibles associés aux restrictions verticales. Plus généralement, la pertinence de cette justification dépend de l'importance des coûts de recherche des consommateurs.

60. Dans le cas des plateformes hôtelières par exemple, les informations fournies par celles-ci et recherchées par les consommateurs ne se limitent pas aux prix des nuitées. Même si les prix sont différents pour une même nuitée, les consommateurs devraient donc continuer d'utiliser les plateformes lesquelles poursuivront l'animation de la concurrence intermarques. De plus, les coûts de recherche de l'information sur Internet sont relativement limités pour ce type de produits. Le fait que les prix diffèrent selon les plateformes ne constitue donc pas un obstacle important à la concurrence intermarques<sup>33</sup>. De même, le fait que les engagements souscrits par Booking.com dans le cadre de la décision n°15-D-06 laissent aux hôtels le droit de pratiquer des prix inférieurs hors ligne ou à destination de clients membres de programmes de fidélité ne devrait pas remettre en cause la confiance des internautes dans la fiabilité des informations délivrées sur les plateformes, ni en dissuader l'utilisation<sup>34</sup>.

### **3. Comment appréhender les Accords de Parité Inter-Plateformes PAR LE droit de la concurrence ?**

61. Les APPA contenus dans ces accords sont susceptibles de constituer des restrictions verticales au sens de l'article 1 b) du Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées (ci-après le « Règlement »)<sup>35</sup> et doivent par conséquent être analysées au regard du Règlement.

#### **3.1 La nature juridique des contrats et son Incidence sur l'analyse concurrentielle**

62. La question fait débat car la qualification juridique des contrats contenant ce type de clause, à savoir « contrat de distribution », « contrat d'agence » ou autre type de contrat, est susceptible d'avoir des conséquences importantes sur la manière dont sont appréhendés les APPA par les autorités de concurrence et sur le choix par les plateformes du modèle économique régissant leurs relations avec les fournisseurs.

---

*prices determine the gains from a search, then as every store raises prices slightly, the cycle of price rises by a few stores may occur again. Hence prices throughout the market may continue to rise”.*

<sup>33</sup> A l'inverse, la CMA, dans sa décision précitée relative aux comparateurs d'assurances automobiles, a considéré qu'il convenait d'autoriser des APPA « restreints », i.e., entre un comparateur et les assureurs : dans le cas contraire, les internautes, qui doivent remplir un formulaire détaillé lors de chaque consultation d'un comparateur, ne feraient plus confiance aux comparateurs pour comparer les assurances automobiles entre elles, ce qui réduirait la concurrence intermarques.

<sup>34</sup> A l'inverse, la cour d'appel britannique a annulé la décision d'engagement de l'OFT au motif que les engagements pris par Booking.com, Expedia et le groupe hôtelier IHG réduisaient la transparence sur le marché et donc la concurrence intermarques. Dans le cadre de ces engagements, les possibilités de réduction de prix étaient limitées aux programmes de fidélité et les prix réduits n'étaient pas visibles sur les comparateurs et donc accessibles à l'ensemble des internautes. A l'inverse, les engagements pris par Booking.com devant les autorités française, italienne et suédoise, autorisent les hôtels à pratiquer des prix inférieurs sur des plateformes concurrentes, ces prix étant accessibles au public en général sur ces plateformes ou sur des comparateurs référençant ces plateformes.

<sup>35</sup> Une restriction verticale est « une restriction de concurrence dans un accord vertical entrant dans le champ d'application de l'article 101, paragraphe 1, du traité » (article 1 b) du Règlement).

63. Dans plusieurs secteurs de la vente en ligne, les plateformes ont choisi un modèle d'intermédiation dans le cadre duquel les prix sont déterminés par les fournisseurs et non par les plateformes, contrats que les plateformes qualifient souvent elles-mêmes de « contrats d'agence ». C'est notamment le cas, dans l'affaire e-books, de la relation contractuelle entre Apple et les éditeurs, dans l'affaire Amazon Marketplace, entre Amazon et les vendeurs ou, dans l'affaire Booking.com, entre Booking.com et les hôtels.

64. Dans cette dernière affaire, l'Autorité de la concurrence, dans la décision n°15-D-06 précitée, a souligné les spécificités du modèle utilisé par la majorité des agences de voyage en ligne (en anglais « Online Travel Agents » ou « OTA »). Les OTA agissent en tant qu'intermédiaires entre les hôtels et leurs clients. Elles n'achètent ni ne revendent de nuitées et se rémunèrent auprès des hôtels au travers d'une commission proportionnelle au montant de la réservation (entre 10 et 30 % du prix de détail TTC, selon les plateformes et le modèle choisi). L'hébergement, de son côté, fixe le prix de ses nuitées, ainsi que leur disponibilité. Ce modèle permet aux hôteliers de maîtriser le prix de leurs nuitées et le nombre de nuitées disponibles à chaque date et de les faire varier à tout moment<sup>36</sup>.

65. Ce modèle diffère du modèle de distribution classique, dans lequel des grossistes (par exemple des tours opérateurs) achètent les chambres aux hébergements et les revendent ensuite aux clients à un prix qu'ils décident. Cette forme de distribution classique était également utilisée par Amazon avant que ne lui soit imposé le modèle du « contrat d'agence » par les éditeurs (affaire *e-books*).

66. Or, selon que l'on considère les plateformes comme de véritables agents ou des distributeurs classiques, l'article 101(1) du TFUE s'applique ou ne s'applique pas à certaines des clauses contractuelles souscrites dans le cadre de cette relation verticale.

67. La qualification, ou non, de « contrat d'agence » emporte des conséquences :

- Si l'accord ne constitue pas un véritable contrat d'agence, l'accord entre dans le champ d'application de l'article 101(1) du TFUE. Se pose alors la question de sa possible exemption en application du Règlement. Or la fixation par les fournisseurs du prix de vente au détail est assimilable à une pratique de prix de vente imposé (« RPM ») qui, selon l'article 4 du Règlement, est une restriction caractérisée dont la présence entraîne l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application du Règlement. La satisfaction des conditions énoncées à l'article 101(3) du TFUE devrait être appréciée au cas par cas, notamment au regard des gains d'efficacité résultant de ces RPM ;
- Si l'accord constitue un véritable contrat d'agence, les restrictions portant sur la commercialisation par l'agent des biens et services pour le compte du commettant sont licites et l'accord n'entre pas dans le champ de l'article 101(1) du TFUE. Il ne s'en déduit pas cependant que les restrictions à la commercialisation par le commettant de biens et services auprès d'autres agents sont automatiquement licites. Les lignes directrices (point 18) distinguent en effet les clauses inhérentes à un contrat d'agence (restrictions imposées à l'agent pour garantir le respect de la stratégie commerciale déterminée par le commettant) des autres clauses qui gouvernent la relation contractuelle entre le commettant et son agent. Dans la mesure où un APPA restreint la politique commerciale du commettant, elle pourrait se voir appliquer le même traitement que la clause d'exclusivité citée par les lignes directrices : l'article 101(1) du TFUE s'applique, puis se pose la question de l'application d'une exemption par catégorie ou individuelle.

<sup>36</sup> Cette maîtrise des prix de détail par les hôteliers est particulièrement appropriée, dans un contexte où les nuitées hôtelières présentent un caractère périssable, peuvent faire l'objet d'un « yield management » et où ce sont les hôtels qui supportent la plupart des risques, notamment d'inventus.

68. L'OFT et le Bundeskartellamt se sont prononcés sur la nature juridique des contrats entre hôteliers et plateformes et ont considéré que ces contrats ne constituaient pas de véritables contrats d'agence. L'OFT a concentré son analyse sur les clauses de prix de vente imposés (RPM) tout en reconnaissant que la possibilité pour les hôtels de fixer eux-mêmes les prix de leurs nuitées était susceptible de permettre la réalisation de gains d'efficacité<sup>37</sup>.

69. En tout état de cause, et comme il a été indiqué *supra*, quelle que soit la qualification retenue – accord de distribution ou contrat d'agence –, ces clauses peuvent être appréhendées par le droit de la concurrence, indépendamment de la qualification juridique du contrat liant la plateforme et les hôtels, même si celle-ci affecte, comme vu *supra*, le raisonnement juridique suivi. Le choix du législateur français de définir, dans la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite « Loi Macron »), la forme juridique que doivent prendre les contrats conclus entre les plateformes de réservation en ligne et les hôteliers, en imposant le recours au contrat de mandat au sens du Code civil, de même que l'interdiction, posée par cette même loi, de toute clause qui viendrait limiter la liberté de l'hôtelier de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, constituent des éléments de contexte pertinents qui peuvent être pris en compte au titre du droit de la concurrence, notamment pour retenir ou exclure la qualification de « contrat d'agence », sans pour autant lier l'autorité de concurrence dans son travail de qualification. En particulier, la notion, civiliste, de mandat, ne recoupe pas nécessairement celle d'agence en droit de la concurrence.

### **3.2 La grille d'analyse juridique des Accords de Parité Inter-Plateformes**

70. S'il est important d'assurer aux fabricants et prestataires de service la possibilité d'organiser la vente de leurs produits et services sur Internet comme ils l'entendent, le droit de la concurrence veille également à interdire les restrictions qui limiteraient de manière excessive la possibilité de les commercialiser librement sur Internet.

71. Or, les APPA, parce qu'ils sont de nature à restreindre la liberté des opérateurs économiques dans la définition de leur politique commerciale et leur capacité à fixer librement leurs prix, sont susceptibles de constituer une restriction de concurrence prohibée par l'article 101(1) du TFUE.

72. Dans le cadre de l'application du Règlement, le postulat général est que, en l'absence de pouvoir de marché significatif en amont ou en aval, les restrictions verticales seront vraisemblablement pro-concurrentielles, car elles visent des gains d'efficacité. Le pouvoir de marché étant difficile à mesurer, on retient la part de marché détenue par chaque partie. Ainsi, si chacune des parties détient une part de marché inférieure à 30 %, il existe une présomption que la restriction verticale n'a pas d'effet anticoncurrentiel, et elle bénéficie par conséquent d'une exemption par catégorie (article 3 du Règlement). En revanche, si la part de marché de l'une des parties à l'accord est supérieure à 30 %, une analyse des effets pro et anticoncurrentiels de ces accords pourra être menée.

73. Si l'accord contient une des « restrictions caractérisées » énumérées à l'article 4 du Règlement, la logique du postulat général est inversée : même si aucune des parties ne semble détenir un pouvoir de marché, l'accord sera en pratique réputé relever de l'article 101(1) du TFUE. Les parties ont néanmoins toujours la possibilité d'introduire une demande d'exemption au cas par cas, au regard de l'article 101(3) du TFUE.

---

<sup>37</sup> OFT, Hotel online booking: Notice of intention to accept revised commitments to remove certain discounting restrictions for Online Travel Agents, 20 Decembre 2013, OFT1514. Décision annulée par la Cour d'appel le 26 septembre 2014.



### 3.2.1 Appréhension des APPA en tant que « prix de vente imposé » ou RPM

74. Comme les prix de vente imposés, considérés comme une restriction caractérisée dans le Règlement, les APPA conduisent à une uniformité des prix de détail d'un même produit à travers les différents canaux de distribution. A tout le moins, si les APPA ne sont pas mis en œuvre par toutes les plateformes, ils conduisent, à l'instar des pratiques de prix de vente minimum, à des prix de détail planchers pour un même produit. Certains économistes<sup>38</sup> ont remarqué à ce sujet que les pratiques de « prix de vente imposés » sont composées de deux éléments : un élément vertical (fixation du prix de détail par le fournisseur et non par la plateforme) et un élément horizontal (uniformité des prix sur l'ensemble des plateformes). Les APPA comprennent donc la même composante « horizontale » que les pratiques de prix de vente imposés. Or, ce serait précisément cette composante horizontale qui serait responsable des principaux effets anticoncurrentiels associés aux RPM, alors que la composante « verticale » des RPM expliquerait les principaux gains d'efficacité. Ces économistes suggèrent par conséquent que, dans une logique de cohérence juridique, les APPA pourraient appeler un traitement équivalent à celui réservé aux RPM.

75. Le Bundeskartellamt, dans une décision rendue le 20 décembre 2013, dans le secteur de la réservation hôtelière, à l'encontre de HRS a laissé ouvert la possibilité de qualifier les APPA de restrictions par objet, en raison de leur similarité avec des pratiques de RPM<sup>39</sup>.

### 3.2.2 Appréhension des APPA appliqués par une plateforme détenant plus de 30 % de part de marché

76. Les APPA insérés dans les accords conclus entre une plateforme détenant une part de marché supérieure à 30 % et les fournisseurs peuvent être appréhendés sous l'angle des ententes mais également des abus de position dominante, au regard des effets anticoncurrentiels de réduction de la concurrence entre plateformes et d'éviction présentés *supra*.

77. L'Autorité de la concurrence a envisagé ces deux qualifications concernant les APPA mis en œuvre par Booking.com dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne dans la décision 15-D-06 précitée. La Commission européenne a également ouvert une enquête le 11 juin 2015 dans le secteur de la vente en ligne de livre numérique, afin de déterminer si les clauses MFN insérées par Amazon dans ses contrats avec les éditeurs étaient notamment constitutives d'un abus de position dominante d'Amazon<sup>40</sup>.

### 3.2.3 Appréhension des APPA par une plateforme détenant moins de 30 % de part de marché

78. Le secteur dans lequel les APPA sont appliqués peut être composé de plateformes dont les parts de marché sont supérieures à 30 % et de plateformes détenant des parts de marché inférieures à 30 % ou n'être composé que de plateformes dont les parts de marché sont inférieures à 30 %. Le seuil d'exemption par catégorie de 30 % de parts de marché pourrait faire échapper à l'application du droit de la concurrence les APPA dont l'application généralisée dans un secteur donné est susceptible de produire des effets anticoncurrentiels et ne permettrait d'appréhender que les APPA appliqués par les plateformes détenant plus de 30 %.

79. Les APPA pratiqués par des plateformes ayant une part de marché inférieure à 30% peuvent néanmoins produire des effets anticoncurrentiels (cf. *supra*).

<sup>38</sup> Voir notamment l'article de Fletcher, A. et M. Hviid (2014). "Retail Price MFNs : Are they RPM 'at its worst' ?". Center for Competition Policy Working Paper 14-5.

<sup>39</sup> Décision du Bundeskartellamt du 20 décembre 2013, Affaire B9-66/10 HRS.

<sup>40</sup> Communiqué de presse, « Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre une procédure formelle d'examen concernant les accords de distribution de livres numériques d'Amazon », Bruxelles, 11 juin 2015.

80. Outre l'éventuelle qualification d'un APPA en tant que « restriction caractérisée » au sens de l'article 4 du Règlement, de telles clauses pourraient échapper au bénéfice de l'exemption par catégorie *via* le mécanisme de retrait d'exemption<sup>41</sup> :

- Soit un retrait à titre individuel du bénéfice de l'exemption par catégorie, au motif que les APPA mis en œuvre par chacun des opérateurs, considérés indépendamment des APPA de leurs concurrents et de leurs parts de marché cumulées, produisent, en tant que tel, des effets anticoncurrentiels sur le marché concerné ;
- Soit un retrait à titre individuel du bénéfice de l'exemption par catégorie, au titre des effets cumulatifs générés par la coexistence sur un même marché d'APPA dont les effets anticoncurrentiels sont de ce fait renforcés.

81. Dans ces deux hypothèses, le retrait d'exemption peut être mis en œuvre, soit par la Commission, soit par l'autorité de concurrence d'un État membre en application de l'article 29 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité, auquel font référence les considérants 13 et 14 du Règlement. En vertu de l'article 6 du Règlement, la Commission européenne a également la possibilité de déclarer, par voie de règlement, ledit Règlement non applicable à l'ensemble des accords conclus entre les plateformes et les fournisseurs comportant un APPA dans un secteur donné, « *lorsque des réseaux parallèles de restrictions verticales similaires couvrent plus de 50 % d'un marché en cause* ».

#### **4. Les affaires récentes et développements législatifs dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne**

82. L'Autorité de la concurrence a été saisie de plaintes des syndicats hôteliers et d'une chaîne hôtelière visant notamment les clauses APPA appliquées par les plateformes de réservation hôtelière, qui a donné lieu à la décision 15-D-06 du 21 avril 2015 acceptant les engagements pris par Booking.com.

83. Deux procédures contentieuses ont par ailleurs été initiées par le Ministre chargé de l'économie devant le Tribunal de commerce de Paris à l'encontre de Booking et d'Expedia sur le fondement du droit des pratiques restrictives de concurrence.

84. Enfin, le législateur, par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (loi « Macron »), est intervenu pour interdire les clauses de parité tarifaire dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

##### **4.1 Pratiques anticoncurrentielles : La décision de l'Autorité de la concurrence dans l'affaire Booking.com**

85. L'Autorité de la concurrence a privilégié la voie des engagements dans le traitement du dossier Booking.com. L'Autorité a ainsi considéré que la procédure des engagements permettait de dégager une solution rapide, déterminée par et dans le marché et ajustée en fonction de l'évaluation faite par l'autorité de concurrence, elle-même encadrée par un standard exigeant, celui du caractère pertinent, proportionné, efficace et vérifiable des engagements acceptés. La procédure implique en outre un suivi exigeant et offre, le cas échéant, la possibilité d'une révision des engagements, au gré des évolutions du secteur.

---

<sup>41</sup> Il convient néanmoins de relever qu'« *une décision de retrait de l'exemption ne peut pas avoir d'effet rétroactif, ce qui signifie que les situations nées de l'exemption des accords concernés ne sont pas affectées pour la période antérieure à la date de prise d'effet du retrait* » (point 77 des Lignes directrices).

86. A l'issue d'une procédure inédite de coopération renforcée avec les autorités suédoise et italienne, en coordination étroite avec la Commission, les trois autorités nationales ont obtenu de Booking.com des engagements similaires dans ces trois pays, que l'opérateur a depuis annoncé étendre à l'ensemble de l'espace économique européen<sup>42</sup>.

87. Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence a considéré que les engagements pris mettaient fin à l'application étendue de la clause de parité tout en maintenant une clause de parité dite « restreinte » justifiée, selon elle, par l'existence d'un risque de parasitisme.

88. Devant l'Autorité de la concurrence, Booking.com s'est ainsi engagé, à compter du 1<sup>er</sup> juillet 2015, pour une durée de cinq ans, à :

- Supprimer l'obligation de parité tarifaire, non seulement à l'égard des plateformes concurrentes, mais également à l'égard des canaux hors ligne des hébergements, ainsi qu'aux tarifs non publiés ni commercialisés en ligne proposés par les hôtels.

89. Les hôtels peuvent ainsi librement pratiquer des tarifs inférieurs et/ou des conditions commerciales meilleures sur des plateformes concurrentes de Booking.com. Ils peuvent également, notamment, proposer des tarifs inférieurs à ceux affichés sur le site de Booking.com sur leur canal de vente hors ligne (réservation sur place, par téléphone, fax, mails, messageries instantanées, points de vente physiques des agences de voyage, etc.), sous réserve que ces tarifs ne soient pas publiés sur le site Internet de l'hôtel. Ils peuvent aussi proposer des tarifs inférieurs à ceux affichés sur le site de Booking.com aux clients bénéficiant de programmes de fidélité.

90. En revanche, une contrainte perdue vis-à-vis des hôtels: ces derniers ne pourront pas commercialiser au public sur leurs propres canaux en ligne (leur site Internet, applications pour téléphones mobiles par exemple) des nuitées à un tarif inférieur à celui offert sur Booking.com.

- Ne plus imposer aux hôtels d'offrir des conditions au-moins aussi avantageuses que celles consenties aux plateformes concurrentes et sur les canaux hors ligne des hôtels.

91. Les hôtels pourront ainsi offrir à d'autres plateformes de réservation en ligne et sur leurs propres canaux hors ligne aux consommateurs des conditions plus avantageuses que celles proposées sur Booking.com.

- Supprimer totalement l'obligation de parité des disponibilités. Les hôtels pourront ainsi allouer à Booking.com un nombre de nuitées inférieur à celui proposé aux autres plateformes et/ou sur leurs propres canaux.
- Ne pas mettre en œuvre de mesures équivalentes aux obligations de parité auxquelles Booking.com s'est engagé à renoncer.

92. Dans sa décision, l'Autorité de la concurrence a considéré que les engagements de Booking.com permettaient d'améliorer la concurrence entre les plateformes, de favoriser la baisse des commissions appliquées aux hôtels et de redonner aux hôtels un contre-pouvoir en améliorant sensiblement leur liberté commerciale et tarifaire, tout en préservant les gains d'efficacité permis par le modèle économique des plateformes. L'Autorité de la concurrence effectuera un bilan contradictoire de l'efficacité des engagements le 1<sup>er</sup> janvier 2017 au plus tard, afin de vérifier dans quelle mesure les engagements mis en

<sup>42</sup> <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/15d06.pdf>

œuvre ont permis de dynamiser de manière significative la concurrence et, en particulier, ont développé la concurrence entre plateformes, réduit le niveau des commissions et élargi l'offre concurrentielle.

93. L'Autorité de la concurrence a considéré que le maintien d'une clause de parité tarifaire restreinte constituait un outil approprié et équilibré pour animer la concurrence sur le marché des plateformes en ligne tout en protégeant les investissements réalisés par ces plateformes. L'approche retenue par la CMA s'agissant des clauses de parité tarifaire restreinte, dans une récente enquête sectorielle dans le secteur des comparateurs d'assurance automobile au Royaume Uni, est sensiblement la même<sup>43</sup>.

#### **4.2 Pratiques restrictives de concurrence : La procédure initiée par le Ministre devant le Tribunal de commerce**

94. Le 2 octobre 2013 et le 6 mai 2014, le ministre chargé de l'économie (DGCCRF) a assigné respectivement les sociétés Expedia et Booking.com devant le Tribunal de commerce de Paris sur le fondement des articles L. 442-6 I 2° (déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties) et L. 442-6 II d) (obtention automatique des conditions plus favorables consentis à des concurrents) du code de commerce.

95. Dans ces deux assignations contre Booking.com et Expedia, sont visées non seulement les clauses de parité tarifaire mais également les clauses de parité et de disponibilité, les clauses relatives à la prospection des clients par l'hôtelier, aux droits de propriété intellectuelle, à la responsabilité contractuelle et au classement des hôtels par les sociétés Booking. L'assignation Expedia se concentre, pour sa part, sur les clauses de parité des conditions (concernant les prix et les conditions promotionnelles) et de disponibilité.

96. Le ministre a notamment demandé au juge de prononcer la nullité de ces clauses dans les contrats conclus avec les hôteliers et la cessation des pratiques (pour l'avenir) consistant à mentionner de telles clauses dans leurs contrats.

97. Les procédures contentieuses sont toujours en cours et ne progressent pas au même rythme.

98. Dans l'Affaire ministre de l'économie c/ Booking.com, les débats sont en cours devant le Tribunal de commerce de Paris.

99. Dans l'Affaire ministre de l'économie c/ Expedia, Le Tribunal de commerce de Paris a rendu sa décision sur la procédure et le fond du litige le 7 mai 2015. Le Tribunal a pour partie confirmé l'analyse du Ministre dans la mesure où il a prononcé la nullité des clauses visant à l'obtention automatique par Expedia des meilleures conditions de tarifaires et promotionnelles dans les contrats conclus entre Expedia et les hôteliers visés par l'assignation.

---

<sup>43</sup> Dans le secteur des comparateurs d'assurance automobile au Royaume Uni, la CMA (UK Competition and Markets Authority), par décision finale du 18 mars 2015, a suivi une approche comparable à celle de l'Autorité, dans la décision 15-D-06 précitée, en prohibant les clauses de parité « étendues » (ou « wide MFN »), en application desquelles le fournisseur s'engageait à ce que les produits vendus sur la plateforme ne soient pas vendus à un prix inférieur à ceux pratiqués sur tout autre canal de distribution) et en considérant que les gains d'efficacité générés par les clauses de parité « restreintes » (ou « narrow MFN »), en application desquelles le fournisseur s'engageait à ce que les produits vendus sur la plateforme ne soient pas vendus à un prix inférieur à ceux pratiqués sur son propre site Internet (mais était libre de les vendre à un prix inférieur sur d'autres canaux de distributions dont les autres plateformes) compensaient la réduction de la concurrence intra-marque qui en découlait.

**4.3 L'intervention du législateur par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques**

100. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques a posé le principe de l'interdiction de toute clause de parité tarifaire.

101. Ainsi, la loi, dans son article 133<sup>44</sup> relatif aux rapports entre hôteliers et plateformes de réservation en ligne, impose le contrat de mandat comme modèle contractuel unique et interdit les clauses venant limiter la liberté tarifaire de l'hôtelier (*« l'hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite »*).

102. En cas de non-respect, les sanctions prévues sont : une amende de 30 000 € pouvant être portée à 150 000 € s'il s'agit d'une personne morale en cas de non-respect du modèle contractuel de contrat de mandat et de l'imposition d'une clause de parité tarifaire ; une amende de 7 500 € pouvant être portée à 30 000 € s'il s'agit d'une personne morale en l'absence des stipulations au contrat portant sur les prix de la location et de tout autre service et lorsque la rémunération n'est pas librement déterminée entre les parties.

103. La loi s'applique à toutes les plateformes de réservation hôtelière en ligne.

---

<sup>44</sup> L'article 133 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques est codifié aux articles L.311-5-1 à L.311-5-4 du code du tourisme.