

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

Annule & remplace le même document du 5 juin 2018

**Les implications du commerce électronique sur les politiques de concurrence -
Contribution de la France**

6 juin 2018

Ce document est une contribution écrite soumise par la France au titre de la session 5 de la 129^{ème} réunion du Comité de la concurrence de l'OCDE tenue du 6 au 8 juin 2018.

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

Veillez contacter Mr. Antonio Capobianco si vous avez de questions sur ce document.
[E-mail: Antonio.Capobianco@oecd.org]

JT03432990

France

Introduction

1. Ainsi qu'il est rappelé dans la note de référence du Secrétariat de l'OCDE, l'essor du commerce électronique constitue d'abord un puissant facteur d'animation concurrentielle, de choix accru de l'offre accessible aux consommateurs, et d'encouragement à l'innovation dans les modes de distribution des biens et services.
2. L'Autorité de la concurrence française a, très tôt, cherché à appréhender les problématiques concurrentielles spécifiques soulevées par le commerce en ligne.
3. Elle a été parmi les premières autorités de concurrence en Europe à rendre des décisions concernant des pratiques entravant le développement du commerce électronique, en faisant un usage dynamique des outils procéduraux à sa disposition afin de restaurer un terrain de jeu concurrentiel équitable, par exemple en acceptant des engagements dans le secteur de la vente en ligne de montres¹, ou de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma².
4. Elle a par ailleurs cherché à renforcer son expertise des enjeux du commerce électronique, en choisissant de s'autosaisir pour avis, le 1^{er} juillet 2011, afin d'analyser le fonctionnement de la concurrence dans ce secteur du commerce électronique³.
5. Le développement continu du commerce en ligne, corrélé notamment à l'évolution des usages de consommation issue de la diffusion des supports mobiles de connexion à l'Internet, ont fait émerger des problématiques de plus en plus pressantes pour les régulateurs concurrentiels. La présente note tend à faire état de la manière dont l'Autorité de la concurrence cherche, dans tous les aspects de son activité, à les prendre en compte.

1. Appréhender la pression concurrentielle du commerce électronique : une convergence entre vente en ligne et vente en dur ?

1.1. Introduction

6. Le rapprochement entre la vente en ligne et la vente physique est un sujet prégnant pour les autorités de concurrence lorsqu'elles étudient des rapprochements dans le secteur du commerce de détail et qui tend à être pris en compte de manière plus régulière dans la définition de ces marchés.
7. Plusieurs rapprochement entre distributeurs et *pure players*, dans la période récente, ont ainsi mis en lumière la porosité croissante de la frontière entre le physique et le digital. Soit que les acteurs numériques souhaitent profiter de la présence physique des

¹ Décision 06-D-24 du 24 juillet 2006, confirmée par la cour d'appel de Paris, arrêt du 16 octobre 2007.

² Décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006.

³ Avis n°12-A-20 du 18 septembre 2012 sur le fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

enseignes, soit que les acteurs traditionnels souhaitent bénéficier du savoir-faire numérique de ses plateformes, de leur audience et de leur réseau logistique.

8. En France, Carrefour, un des leaders mondiaux de la distribution, a ainsi procédé en février 2018 à l'acquisition d'environ 17 % du capital de Showroomprivé.com, deuxième acteur européen de la vente privée en ligne, détenu par Conforama. De même, le 10 janvier 2018, l'Autorité de la concurrence a autorisé l'acquisition par le groupe Galeries Lafayette, qui exploite des enseignes généralistes (Galeries Lafayette et BHV/Marais), des enseignes spécialisées de bijouterie-horlogerie et des sites Internet, de la société La Redoute, active dans la distribution d'articles pour la maison et l'habillement, et qui distribue ses produits principalement sur son site internet, intégrant une place de marché.

9. En Chine, des acteurs français du secteur de la grande distribution ont récemment conclu des accords avec des géants du numérique, tel l'accord de coopération technologique de Carrefour, premier distributeur alimentaire européen, avec Tencent, opérateur d'une très populaire application de messagerie et de solutions de paiement en ligne, ou le partenariat entre Auchan et Alibaba.

10. Nous assistons ainsi au développement d'un modèle hybride, parfois qualifié de « phygital », qui s'appuie sur l'acquisition par un acteur actif sur un canal de distribution d'un concurrent actif sur un autre canal, ou par le renforcement d'acteurs présents simultanément sur la distribution physique et la vente en ligne. Ces rapprochements permettent d'offrir une offre complète et de nouveaux modes d'interaction avec les consommateurs, reposant sur la complémentarité entre les avantages d'un réseau physique et les avantages de la vente en ligne.

11. Un triple constat peut ainsi être fait d'une tendance vers un effacement de la délimitation entre la vente en ligne et la vente en magasins, du passage d'une stratégie multicanale à une stratégie omnicanale, et enfin d'une adaptation des enseignes traditionnelles au développement des *pure players*.

1.2. Une définition de marché qui, au cas par cas, peut inclure les ventes réalisées en ligne

1.2.1. Le cas Fnac / Darty (2016), première prise en compte de la vente en ligne sur la vente en dur

12. Pour faire face à ces nouveaux modes de consommation et de distribution, l'Autorité de la concurrence adopte, lorsque les circonstances l'appellent, une approche dynamique du contrôle des concentrations en phase avec l'évolution des marchés. C'est ce dont témoigne en particulier son traitement du dossier Fnac/Darty⁴.

13. Le 17 février 2016, le groupe Fnac a notifié à l'Autorité de la concurrence son projet d'acquisition de la société Darty. La Fnac est active principalement dans le secteur de la distribution de produits éditoriaux (livres, musique, vidéo ...), électroniques (photographie, TV-vidéo, son, micro-informatique, consoles et jeux vidéo), et la billetterie. Darty est active dans la distribution de produits de petit et gros électroménager, dits produits blancs, de produits de communication et multimédia, dits produits gris (ordinateurs, tablettes, smartphones...), et de produits dits bruns (téléviseurs, appareils

⁴ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016.

photo, lecteurs MP3, DVD...). Le 23 mars 2016, l'Autorité de la concurrence a ouvert une phase d'examen approfondi (phase 2) pour examiner, notamment, la pression concurrentielle exercée par les opérateurs de vente en ligne sur les marchés de la vente au détail de produits électroniques et ses conséquences sur la délimitation des marchés concernés par l'opération.

14. S'agissant de la définition des marchés pertinents, l'Autorité de la concurrence a pour la première fois pris en compte dans son analyse du marché de la distribution au détail des produits bruns et gris, de manière inédite en Europe, la concurrence exercée par les ventes en ligne, émanant tant des sites des enseignes que des *pure players* (notamment Amazon et Cdiscount), sur les enseignes physiques. Elle a considéré que les deux canaux de vente appartenaient désormais à un même marché.

15. Afin d'étayer cette analyse, elle s'est appuyée sur deux sondages réalisés au cours de l'instruction de la demande de concentration, dont l'un réalisé pour son compte, portant sur un échantillon représentatif de plus de 20.000 personnes. Les résultats de ce sondage confortent largement les études économiques soumises par la Fnac, les analyses des services d'instruction, et les informations communiquées par les acteurs du marché consultés au cours de l'instruction. Un test de marché a en effet été par ailleurs conduit, au cours duquel la majorité des répondants ont estimé que les ventes en ligne et en magasin relevaient du même marché – et ce alors qu'à l'occasion d'un test de marché réalisé en 2011 durant l'examen d'une opération dans le secteur des produits bruns⁵, il avait été considéré que « *seule une partie de la clientèle arbitre effectivement entre la vente à distance et les magasins, compte tenu des différences de services proposés au sein de ces deux canaux de distribution notamment* ». L'Autorité de la concurrence a ainsi pu constater une évolution sensible des pratiques des consommateurs quant à ce type de produits, dans un délai relativement court.

16. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence s'est ainsi appuyée sur une série d'indices précis et concordants (pénétration des ventes en ligne en matière de produits électroniques, analogie des gammes de produits et de services, uniformisation tarifaire...) pour en conclure que la substituabilité des canaux de vente, bien qu'imparfaite, était suffisante pour qu'ils soient ici considérés comme faisant partie du même marché.

17. Au stade de l'analyse des effets de l'opération, la définition géographique du marché constituait un défi particulier. L'existence de spécificités à la fois locales, dues à la présence des magasins physiques, et nationales, en raison de la concurrence de la vente en ligne, a conduit l'Autorité à retenir une analyse de marché au niveau national incluant également une mesure des effets au niveau local.

18. L'Autorité de la concurrence a considéré que les marchés des produits bruns et gris nécessitaient une analyse locale des positions concurrentielles des acteurs, et ce compte tenu de la préférence, majoritairement exprimée par les consommateurs, pour l'achat en magasins. Il a été estimé que le taux de pénétration de la vente en ligne sur ces marchés était compris entre 15 et 30 % ; le sondage réalisé pour la Fnac a montré que neuf consommateurs sur 10 (89 %) préféreraient effectuer ces achats en magasins, et près des deux tiers (64 %) n'envisageaient pas à l'avenir de les acheter sur Internet.

⁵ Décision 11-DCC-87 du 10 juin 2011.

19. La prise en compte de la concurrence exercée par la vente en ligne sur les points de vente physiques n'implique au demeurant pas de retenir exclusivement un marché national. Si le commerce électronique, par nature dématérialisé, n'est pas rattachable à un territoire particulier, il peut être appréhendé tout en examinant les différences de situations qui se présentent aux consommateurs selon la zone de chalandise dans laquelle ils se trouvent. Dès lors que la grande majorité des ventes sont encore effectuées en magasin, elles supposent du consommateur un arbitrage réalisé notamment en fonction des alternatives géographiquement accessibles. Il convient donc de conduire un examen des positions des différents acteurs à la fois au niveau national et local.

20. Afin de tenir compte de l'impact réel de l'opération dans les différentes zones concernées, l'Autorité de la concurrence a eu recours à la méthode dite du « scoring », qui a permis une évaluation qualitative de la pression concurrentielle réelle exercée sur chaque zone de chalandise par les concurrents de la Fnac et de Darty, en tenant compte de leur proximité concurrentielle avec les parties mais aussi de leur éloignement géographique du magasin cible.

21. L'Autorité de la concurrence a enfin tenu compte des effets non tarifaires de l'opération, concernant son impact sur la qualité de service, particulièrement importante dans l'acte d'achat du consommateur en produits bruns et gris, et qui constituait dès lors un paramètre déterminant de la concurrence entre distributeurs. Cela a été confirmé par les sondages produits au cours de l'instruction, qui ont identifié le risque de dégradation de l'offre qualitative des parties à l'issue de l'opération.

22. Cette analyse approfondie a révélé des préoccupations de concurrence à Paris et en région parisienne où, dans plusieurs zones de chalandise, la nouvelle entité aurait disposé d'un pouvoir de marché important, insuffisamment contraint par la concurrence des autres acteurs. En conséquence, l'opération a été autorisée sous réserve de la cession de six magasins.

1.2.2. Les cas Monoprix / Sarenza et Spartoo / André (2018), illustration de l'émergence du « phygital »

23. Une double illustration de l'émergence du modèle « phygital » a été donnée dans la pratique décisionnelle récente de l'Autorité de la concurrence, s'inscrivant par ailleurs dans le prolongement de l'analyse inaugurée dans l'affaire Fnac/Darty en termes d'analyse de la pression concurrentielle exercée par la vente en ligne.

24. Par deux décisions du 20 avril 2018, l'Autorité de la concurrence a autorisé deux opérations distinctes mais posant des questions similaires, s'agissant du rapprochement entre acteurs de la vente en ligne et de la distribution physique dans le même secteur d'activité.

25. D'une part, la société Monoprix, qui appartient au groupe Casino, acteur de la grande distribution alimentaire également détenteur du généraliste *pure player* Cdiscount, a notifié à l'Autorité de la concurrence son projet de prise de contrôle de la société Sarenza, active principalement dans la distribution au détail de chaussures et d'articles de maroquinerie, uniquement via son site internet.

26. D'autre part, la société Spartoo, elle aussi acteur de la distribution au détail de chaussures et d'articles de maroquinerie, principalement via son site internet, mais également par une douzaine de magasins dans des villes moyennes, a notifié son projet d'acquisition de la société André, opérateur historique de la distribution au détail de chaussures et d'articles de maroquinerie au travers de 149 points de vente en France.

27. L'Autorité de la concurrence a autorisé sans conditions ces deux opérations, qui n'étaient pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

28. Dans ces deux décisions, l'Autorité de la concurrence a tenu compte de la concurrence exercée par les acteurs de la vente en ligne sur les distributeurs en points de vente physiques, sans pour autant conclure à l'existence d'un marché unique. En effet, elle a constaté que la grande majorité des ventes de chaussures sont effectuées en magasin (85 %) et résultent d'un arbitrage effectué par les consommateurs au vu notamment de l'offre disponible à proximité de leur domicile. L'analyse concurrentielle a ainsi été menée au niveau national, mais également à un échelon local, afin de tenir compte de l'existence de ce type de paramètres locaux de concurrence.

1.3. Une analyse concurrentielle fine des effets d'une concentration entre acteurs en ligne

1.3.1. Introduction

29. Les modalités d'analyse concurrentielle d'une opération de concentration entre deux plateformes en ligne revêtent, compte tenu de leurs caractéristiques, des difficultés spécifiques pour les autorités de concurrence.

30. Au stade de la définition du marché de produits, le fait que les plateformes mettent en relation deux groupes d'agents qui ont des gains potentiels à interagir soulève la question des effets de réseau croisés sur les marchés bifaces, et de l'existence d'un marché unique ou de deux faces séparées. Comme le rappellent les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, « [d]ans le cas de marchés bifaces, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché. Les deux marchés, bien que distincts, fonctionnent en effet de façon interdépendante, spécificité qui peut être prise en compte aussi bien au stade de la délimitation du marché que de l'analyse des effets de l'opération sur la concurrence et des gains d'efficience ». L'examen d'un marché biface peut donc être mené en définissant un marché unique avec ses deux faces indissociables ou en analysant les deux faces distinctes comme deux marchés liés.

31. Se pose en outre à ce stade la question de la substituabilité de la vente en ligne réalisée sur ces plateformes avec la vente physique, et de la pression concurrentielle qu'elles exercent sur elle.

32. Quant à la définition du marché géographique, ainsi qu'il a déjà été indiqué le fait que les plateformes numériques soient, par nature, actives exclusivement sur Internet, n'emporte pas nécessairement qu'elles opèrent sur un marché national ; selon les caractéristiques du marché, il peut y avoir lieu de prendre en compte dans l'analyse une dimension locale.

33. Au stade de l'analyse concurrentielle, l'une des principales questions est celle des barrières à l'entrée et à l'expansion. Tout marché impliquant des plateformes numériques est-il nécessairement contestable au motif que les géants du secteur – les « GAFAs » – ont une large assise financière, une notoriété et une audience mondiales, et des possibilités considérables de développement technologiques ? Certains marchés n'en présentent cependant pas moins des spécificités, notamment en termes d'environnement normatif, qui peuvent freiner l'entrée des GAFAs. Aussi, pour prendre en compte une éventuelle pression concurrentielle que ces acteurs globaux pourraient exercer, il importe de

déterminer s'ils sont déjà actifs, ou susceptibles d'entrer rapidement et massivement, sur le marché.

34. La plasticité de l'analyse concurrentielle permet au régulateur de répondre aux défis spécifiques posés par les plateformes numériques et d'apporter, au travers de sa pratique décisionnelle, des outils d'analyse de ce type d'opération. A l'occasion de l'examen de l'opération de rapprochement entre SeLogger et Logic-immo, l'Autorité de la concurrence a ainsi pu adopter une décision de référence sur l'appréhension concurrentielle d'un rapprochement entre plateformes, dans le secteur des annonces immobilières en ligne⁶.

1.3.2. Le cas SeLogger / Logic-immo (2017), premier rapprochement entre plateformes examiné par l'Autorité de la concurrence

35. En juillet 2017, le groupe allemand Axel Springer, notamment propriétaire du portail immobilier Seloger.com, a notifié à l'Autorité de la concurrence son projet d'acquisition de la société française Concept Multimédia, editrice du portail Logic-immo.com et de magazines de petites annonces immobilières.

36. Une instruction approfondie a été menée afin d'identifier les caractéristiques propres du marché des annonces immobilière en ligne en France, au terme de laquelle l'opération a été inconditionnellement autorisée, après un examen en phase 2. Elle s'est appuyée sur l'analyse de nombreux documents internes des parties, d'études économiques, des auditions réalisées auprès des clients et concurrents, ainsi que sur un test de marché particulièrement large, conduit grâce à la publication d'un questionnaire en ligne administré par les services d'instruction, auquel 2.000 agences ont répondu.

37. Dans un contexte où le positionnement concurrentiel des plateformes, le plus souvent des acteurs d'envergure mondiale, a rarement été analysé par des autorités nationales de concurrence, l'Autorité de la concurrence a choisi de prendre en considération dans son examen les travaux de ses homologues – sa décision fait expressément référence à celles du Bundeskartellamt dans l'affaire Axel Springer / Immowelt de 2015, et des autorités britannique (OFT puis CMA) concernant les opérations The Digital Property Group Ltd / Zoopla Ltd (2012) et Just Eat.co.uk Ltd / Hungryhouse Holdings Ltd (2017).

38. Au stade de la définition de marché, l'Autorité de la concurrence a retenu l'existence d'un seul marché des petites annonces immobilières en ligne de professionnels, incluant à la fois la face amont – qui met en relation les annonceurs et les portails – et la face aval, qui met en relations le portail et les internautes – de ce marché typiquement biface.

39. Le marché géographique a été défini au niveau national tout en considérant que les effets de l'opération devaient également être analysés au niveau local, notamment en raison de l'existence de spécificités locales en termes de prix, de performance et d'existence de portails locaux. Pour autant, la question de la délimitation géographique a été laissée ouverte, dans la mesure où les conclusions de l'analyse concurrentielle restaient inchangées, quelle que soit l'hypothèse retenue.

⁶ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018.

40. Sur le fond, l'ouverture d'une phase d'examen approfondi a procédé principalement de la nécessité de vérifier si l'opération, qui conférerait à la nouvelle entité une part de marché en valeur supérieure à 50 %, était susceptible de produire des effets horizontaux sur le marché des petites annonces immobilières en ligne de professionnels.

41. L'analyse de l'opération a conduit l'Autorité de la concurrence à prendre en compte la concurrence actuelle à la fois des acteurs spécialisés (en particulier le nouvel entrant Bien'Ici), et généralistes, tel Le Bon Coin. Elle a par contre écarté, sur la base des données collectées au cours son instruction, la pression concurrentielle exercée par des acteurs susceptibles d'entrer sur le marché, en particulier les GAFA. Elle a toutefois indiqué que si ces acteurs devaient entrer sur le marché, ils pourraient rapidement acquérir des positions importantes, en raison de leur notoriété et de leur audience.

42. Aux termes de l'analyse concurrentielle, les risques de hausse de prix résultant de l'opération ont été écartés tant au niveau national qu'au niveau local. Dans la mesure où les agences immobilières se reporteraient en très grande majorité, en cas de hausse des prix sur SeLoger ou Logic-immo à la suite d'une hausse de prix, vers les autres portails, en particulier Le Bon Coin, l'opération ne modifie pas les incitations de la nouvelle entité à augmenter ses prix.

43. Les données ont une importance stratégique pour le fonctionnement des plateformes, et sont essentielles au développement de nouveaux services. S'agissant des risques d'éviction qui pourraient découler de l'acquisition de données, compte tenu du volume de données très important que possèdent les deux parties, il a cependant été déterminé que les portails concurrents pourront continuer d'avoir accès aux mêmes données que la nouvelle entité, et que le risque d'une captation n'était pas suffisamment démontré.

44. Les risques d'effets coordonnés entre la nouvelle entité et le groupe Le Bon Coin ont également pu être écartés, car ces deux acteurs présentent d'importantes différences dans leurs positionnements et modèles commerciaux, et la transparence des prix sur le marché en cause est limitée.

45. L'Autorité de la concurrence a encore étudié les éventuels effets congloméraux de l'opération. Dans la mesure où le marché des petites annonces immobilières en ligne est connexe à celui des petites annonces immobilières de la presse écrite, elle a examiné si la nouvelle entité pourrait mettre en œuvre une stratégie de couplage et lier ces deux types de publications. Son analyse a permis de conclure à l'absence de tels effets, principalement en raison du déclin du marché des petites annonces immobilières dans la presse écrite.

46. Enfin, l'Autorité de la concurrence a examiné en détail l'impact que pourrait avoir l'entrée des GAFA sur le marché des petites annonces immobilières en ligne de professionnels. Elle a fait montre de prudence en la matière au regard des critères exigeants de la pratique décisionnelle des autorités de concurrence, relevant qu'à ce jour, aucun élément à ce stade n'indique leur entrée certaine et à court terme sur ce marché en France, et ce alors que la dimension temporelle est un élément essentiel de l'appréciation d'une concurrence potentielle.

2. Un développement du commerce en ligne qui suscite des pratiques restrictives de concurrence

2.1. Introduction

47. Le développement rapide du commerce électronique a pu générer de la part de certains acteurs des restrictions de concurrence, dont les régulateurs concurrentiels ont eu à apprécier les caractéristiques spécifiques, quoique dans un cadre juridique inchangé car demeuré pertinent.

48. Outre la pratique décisionnelle et la jurisprudence, nationale et européenne, en matière de pratiques restrictives dans le commerce en ligne, l'exercice de la fonction consultative a permis de dégager une grille d'analyse qui, sans qualifier le comportement individuel des acteurs, leur fournit un guide dans le développement de leur stratégie et de leurs relations avec leurs partenaires.

2.2. Les restrictions à la vente en ligne liées à la distribution sélective

Restriction caractérisée constituée par l'interdiction de vente sur internet : pratique décisionnelle et jurisprudence relatives à des cas de distribution sélective.

2.2.1. Cadre jurisprudentiel européen

49. À titre liminaire, on rappellera brièvement que l'organisation d'un réseau de distribution sélective peut s'avérer nécessaire pour assurer la commercialisation de certains types de produits, au premier rang desquels figurent les produits de luxe, afin de préserver leur image, ou les biens d'expérience, c'est-à-dire ceux nécessitant un conseil personnalisé lors de l'achat, pour garantir un niveau homogène d'investissements de la part des distributeurs sélectionnés et éviter ainsi le parasitisme. Ainsi qu'il a été clairement exposé par la jurisprudence européenne, dans ces circonstances, la distribution sélective peut donc s'avérer légitime en ce qu'elle favorise ainsi la concurrence, « *là où celle-ci ne s'exerce pas seulement sur les prix*⁷ ».

50. Plus précisément, il a de longue date été énoncé par la jurisprudence européenne, dans l'arrêt « Metro »⁸ (1977), que la distribution sélective échappe à l'article 101, § 1, TFUE, qui établit les critères de l'entente anticoncurrentielle, quand les critères suivants sont satisfaits : le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères fixés de manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non-discriminatoire, les propriétés du produit nécessitent un tel réseau pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, et les critères définis ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire.

51. Dans ce cadre, l'Autorité de la concurrence, et son prédécesseur le Conseil de la concurrence, se sont attachés à préserver les objectifs légitimes poursuivis par les réseaux de distribution sélective tout en mettant fin aux restrictions de concurrence disproportionnées. À cet égard, deux affaires récentes sont révélatrices de l'approche de l'Autorité de la concurrence en la matière.

⁷ CJCE, 25 octobre 1983, AEG-Telefunken/Commission, 107/82, Rec. p. 3151, point 33.

⁸ CJCE, 25 octobre 1977, Metro SB-Großmärkte/Commission, 26/76, Rec. p. 1875, point 20.

2.2.2. Les cas Bang & Olufsen et Pierre Fabre Dermo-cosmétique

52. Par une décision du 12 décembre 2012, l'Autorité de la concurrence a sanctionné la société Bang & Olufsen pour avoir interdit à ses distributeurs agréés de vendre ses produits sur Internet⁹. Dans cette affaire, le contrat de distribution sélective du fournisseur prévoyait l'interdiction de la vente par correspondance depuis 1990, sans référence à la vente sur internet. Les distributeurs étaient autorisés à disposer d'un site internet qui devait obéir aux conditions d'utilisation fixées par le fournisseur. Toutefois, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il ressortait, tant du contrat de distribution que des conditions d'utilisation des sites internet des distributeurs, que la vente en ligne était de facto interdite par le fournisseur.

53. Un raisonnement similaire avait été mis en œuvre dans une décision de 2008 concernant la société Pierre Fabre Dermo-cosmétique¹⁰. Le Conseil de la concurrence avait, estimé contraire au droit de la concurrence l'interdiction faite par Pierre Fabre à ses distributeurs agréés de vendre sur Internet des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle de plusieurs de ses marques. Dans cette affaire, le contrat de distribution sélective n'interdisait pas la vente sur Internet mais imposait la vente des produits contractuels en présence d'un pharmacien. Le respect de cette condition nécessitait donc la vente dans un espace physique et prohibait, là aussi *de facto*, la vente sur internet.

54. Dans les deux hypothèses, il a été considéré que la restriction en cause ne pouvait être justifiée par un objectif légitime et constituait une restriction par objet. Ainsi, l'Autorité de la concurrence, puis la cour d'appel de Paris, intervenant comme juridiction de contrôle, ont considéré qu'une large part de la gamme de produits Bang & Olufsen ne nécessitait pas un conseil personnalisé imposant nécessairement un passage en magasin – à l'inverse de ce que le Conseil avait pu retenir, en 2006, dans une précédente affaire concernant des produits hi-fi et home cinéma haut de gamme d'autres fournisseurs¹¹ – de sorte qu'ils devaient être librement commercialisés en ligne¹².

55. Dans l'affaire Pierre Fabre, la cour d'appel de Paris a saisi la CJUE d'une question préjudicielle, tendant à savoir si la clause litigieuse constituait une restriction de concurrence « par objet » au sens de l'article 101, § 1, TFUE et si, le cas échéant, ce contrat pouvait bénéficier d'une exemption par catégorie, telle que prévue par le règlement européen applicable¹³ ou, à défaut, de l'exception individuelle de l'article 101, § 3, TFUE – prévoyant une possibilité de justifier une entente, qui en première analyse, apparaîtrait anticoncurrentielle. La CJUE a énoncé dans sa décision qu'une « *clause contractuelle, dans le cadre d'un système de distribution sélective, exigeant que les ventes de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle soient effectuées dans un espace physique en présence obligatoire d'un pharmacien diplômé, ayant pour conséquence l'interdiction de l'utilisation d'Internet pour ces ventes, constitue une restriction par objet* ». Elle ne peut pas faire l'objet d'une exemption par catégorie, et peut seulement être examinée au vu des conditions requises pour obtenir le bénéfice d'une exemption individuelle.

⁹ Décision n°12-D-23 du 12 décembre 2012.

¹⁰ Décision n°08-D-25 du 29 octobre 2008.

¹¹ Décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006.

¹² CA Paris, 13 mars 2014, n°13/00714.

¹³ Article 4, sous c) du Règlement 330/2010 du 20 avril 2010.

56. Dans son arrêt subséquent, la cour d'appel de Paris a conduit cet examen et considéré que la lutte contre la contrefaçon de cosmétiques et la protection de la santé des consommateurs ne pouvaient, en l'espèce, justifier une clause interdisant toute vente sur internet. Cette clause n'était pas proportionnée, dès lors que des moyens d'information du consommateur sur les produits achetés pouvaient être organisés sur Internet, et que le risque de parasitisme n'était pas démontré et ne pouvait en tout état de cause qu'être limité, tous les distributeurs sélectionnés étant tenus aux mêmes obligations en termes de service¹⁴.

57. L'Autorité de la concurrence et la cour d'appel de Paris cherchent donc, par cette approche, à protéger l'organisation des réseaux de distribution sélective, sauf en ce qui concerne les clauses injustifiées ou disproportionnées telles que celles prohibant *de facto* la vente sur internet.

Restriction constituée par l'interdiction de référencement sur une place de marché : pratique décisionnelle et jurisprudence relatives au « platform ban »

58. L'Autorité de la concurrence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur le fond sur une interdiction absolue de revente de produits sur une plateforme tierce.

59. Elle a toutefois envisagé cette hypothèse dans une affaire de 2014 engagée par un distributeur de produits bruns et gris à l'encontre de la société Samsung¹⁵. Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence a rejeté les demandes de mesures conservatoires et décidé de poursuivre l'instruction au fond sur l'une des pratiques reprochées par le plaignant, en l'espèce l'allégation d'entente verticale de Samsung avec ses distributeurs en vue de restreindre les ventes actives et passives, et ce en vue de déterminer si une telle interdiction totale, cumulée à d'autres restrictions verticales, pourrait être anticoncurrentielle.

60. L'Autorité de la concurrence a relevé que tous les contrats de distribution du fournisseur contenaient une interdiction générale des ventes sur les sites Internet non agréés et/ou sur tout site tiers, notamment de places de marché. Sur ce point, l'Autorité de la concurrence, après avoir fait mention des lignes directrices de la Commission européenne (2010) qui prévoient que « *le fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces pour distribuer les produits contractuels que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'internet par les distributeurs* », rappelle qu'elle a déjà considéré, au fil de sa pratique décisionnelle, que les places de marché avaient la capacité de satisfaire aux critères qualitatifs des produits.

61. Au vu des éléments du dossier, l'Autorité de la concurrence a estimé que le risque de concurrence ne pouvait être exclu et a décidé de poursuivre l'instruction de ce dossier concernant l'interdiction de recourir à des plateformes tierces.

62. Dans un autre dossier, concernant Adidas, l'Autorité de la concurrence a enquêté sur l'interdiction *de facto* faite à ses distributeurs agréés de revendre les produits contractuels sur des plateformes tierces. Le fabricant a par la suite décidé de spontanément de modifier ses conditions de vente, et d'autoriser cette commercialisation, sous réserve que ces plateformes tierces remplissent les conditions qualitatives imposées

¹⁴ CA Paris, 31 janvier 2013, n°08/23812.

¹⁵ Autorité de la concurrence, décision n°14-D-07 du 23 juillet 2014.

aux revendeurs agréés Adidas, et que la plateforme conclue un contrat d'agrément avec le fabricant. À la suite de cet engagement, les services d'instruction ont décidé de clore l'enquête tout en publiant un communiqué de presse dans le but d'informer les distributeurs de cette nouvelle possibilité¹⁶.

63. En l'absence d'autres pratiques, l'arrêt rendu le 6 décembre 2017 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Coty Germany¹⁷ semble avoir tranché la question, en distinguant clairement les clauses de *platform ban* et celles en cause dans les affaires Pierre Fabre et Bang & Olufsen.

64. Par cette décision, la CJUE a clairement exposé, ainsi que l'y invitait la France dans son *amicus curiae*, que les termes de son arrêt Pierre Fabre (précité) au terme desquels « *l'objectif de préserver l'image de prestige ne saurait constituer un objectif légitime pour restreindre la concurrence et ne peut ainsi pas justifier qu'une clause contractuelle poursuivant un tel objectif ne relève pas de l'article 101, paragraphe 1, TFUE* » étaient limités aux clauses visant une interdiction absolue de vente sur internet pour des produits cosmétiques, et n'étaient pas transposables à d'autres clauses et d'autres produits, comme les clauses de *platform ban* pour des produits de luxe.

65. Ainsi, comme l'avait soulignée la France, une clause de *platform ban* qui n'interdit pas toute commercialisation sur internet est licite dès lors qu'elle remplit les conditions de l'arrêt Metro de la CJCE (précité), dont le critère de proportionnalité, eu égard aux caractéristiques des produits en cause.

66. S'agissant de produits de luxe, la cour d'appel de Paris a récemment fait une stricte application de la jurisprudence de la CJUE en jugeant que « *la vente de produits de luxe aux côtés de tout type de produits, porte atteinte à l'image de luxe des produits auprès des consommateurs et, de ce fait, au maintien de l'une des caractéristiques principales de ces produits recherchées par les consommateurs. Cette clause [de platform ban] est donc appropriée pour préserver l'image de luxe desdits produits et ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, car elle n'interdit pas de manière absolue aux distributeurs agréés de vendre sur internet les produits contractuels. Elle est donc licite au regard de l'article 101, paragraphe 1, TFUE* »¹⁸.

67. La cour d'appel a également précisé que « *si, pour certains produits non situés sur le marché du luxe, l'intérêt pour les distributeurs de recourir aux plate-formes est indéniable [...], l'Autorité a toujours admis que le fabricant à la tête d'un réseau de distribution sélective puisse avoir un droit de regard sur cet usage afin de vérifier que les conditions de présentation des produits sur les plate-formes soient conformes aux exigences de qualité du réseau et puissent interdire les plate-formes tierces, dès lors que les garanties sur l'identité des vendeurs ne sont pas apportées* »¹⁹.

68. Si la condition de proportionnalité n'était pas remplie, par exemple s'agissant de produits autres que de luxe, la clause ne serait pas pour autant nécessairement illicite. En effet, elle peut être exemptée sur le fondement du règlement d'exemption n° 330/2010 puisque, selon la CJUE, elle ne constitue pas une restriction caractérisée au sens de ce

¹⁶ Communiqué de presse du 18 novembre 2015.

¹⁷ CJUE, 6 décembre 2017, Coty Germany GmbH/Parfümerie Akzente GmBH, C-230/16.

¹⁸ CA Paris, 28 février 2018, n°16/02263.

¹⁹ Ibid.

règlement. C'est donc uniquement dans l'hypothèse où les conditions d'application du règlement d'exemption ne seraient pas réunies, notamment celle relative au seuil de parts de marché, que la clause en cause devrait faire l'objet d'un examen individuel, en prenant en compte sa teneur et ses objectifs ainsi que le contexte économique et juridique dans lequel elle s'insère.

69. En tout état de cause, cette clause pourrait faire l'objet d'une exemption individuelle sur le fondement de l'article 101, paragraphe 3, TFUE.

70. En conclusion, la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence et la jurisprudence de sa juridiction de contrôle permettent, en favorisant le développement des réseaux de distribution sélective nécessaires et proportionnés, le développement d'une concurrence accrue sur de nombreux paramètres, y compris le prix, au bénéfice des consommateurs.

2.3. Les pratiques restrictives mises en œuvre par les plateformes en ligne

2.3.1. Les accords de parité inter-plateformes : le cas *Booking.com* (2015)

71. À la suite d'une plainte des principaux syndicats hôteliers français et du groupe Accord reprochant aux plateformes de réservation hôtelières en ligne de soumettre les hôteliers au respect de clauses « de parité », l'Autorité de la concurrence a examiné la conformité au droit de la concurrence de ces clauses, en vertu desquelles les plateformes en ligne exigeaient des hôteliers de bénéficier d'un tarif, d'un nombre de nuitées et de conditions d'offre (conditions de réservation, petit-déjeuner inclus, etc.) au moins aussi favorables que celles proposées sur les plateformes concurrentes et sur l'ensemble des autres canaux de distribution, en ligne et hors ligne, y compris ceux propres à l'hôtel (site web, téléphone, sur place...). Les hôteliers auraient ainsi été empêchés de mettre en concurrence les plateformes de réservation.

72. Le recours à la procédure d'engagements est apparu particulièrement approprié au cas d'espèce, et permettait une intervention plus rapide sur le marché.

73. Par une décision du 21 avril 2015²⁰, l'Autorité de la concurrence, en coordination avec la Commission européenne et les autorités italienne et suédoise, a ainsi rendu obligatoires des engagements étendus de Booking.com pour stimuler la concurrence entre plateformes de réservation en ligne et redonner aux hôtels davantage de liberté en matière commerciale et tarifaire.

74. Deux principaux effets anticoncurrentiels générés par les clauses de parité, renforcés par la mise en place de clauses similaires par l'ensemble des opérateurs du secteur, ont été identifiés.

75. En premier lieu, ces clauses étaient de nature à réduire la concurrence entre plateformes en empêchant les hôteliers de récompenser les plus compétitives – par de meilleurs tarifs, disponibilité, etc. Au cas d'espèce, quel que soit le niveau des taux de commission pratiqués par Booking.com, les hôteliers étaient dans l'obligation de lui octroyer des tarifs, un nombre de nuitées disponibles et des conditions de vente aussi favorables que ceux proposés sur les plateformes concurrentes.

²⁰ Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015

76. En outre, si une plateforme augmentait son taux de commission, les hôteliers souhaitant répercuter une partie de cette augmentation sur leurs tarifs devaient le faire pour l'ensemble de leurs canaux de distribution : la diminution de la demande engendrée par cette augmentation était donc répercutée sur l'ensemble des canaux de distribution et non sur la seule plateforme ayant augmenté ses prix, causant un effet dit « de dilution ». Les clauses de parité tarifaires peuvent donc conduire à une augmentation des taux de commission et des tarifs des nuitées d'hôtels.

77. Ces clauses comportent aussi des risques d'éviction des petites plateformes et des nouvelles entrantes qui, ne pouvant se démarquer par de meilleurs prix ou disponibilité, doivent réaliser d'importants investissements publicitaires ou en qualité pour attirer les consommateurs.

78. Les engagements proposés par Booking.com prévoient, pour l'ensemble des hébergements en France, pour cinq ans à partir du 1^{er} juillet 2015, les mesures suivantes.

79. Les obligations de parité des prix ou des conditions à l'égard des autres plateformes, des canaux de réservation directs « hors lignes » des hôtels, et des programmes de fidélité des hôtels ont été supprimées. Les clauses de parité tarifaire ou des conditions à l'égard des canaux de réservation directs « en ligne », dite clauses de parité restreinte, ont été permises par la décision d'engagements, avant d'être prohibées par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (article 133) qui, outre le recours à un contrat de mandat, exige que l'hôtelier conserve sa liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite (nullité de toute clause de parité tarifaire, cf. article L. 311-5-1 du code du tourisme). S'agissant des clauses de parité de disponibilité, elles sont entièrement supprimées. Enfin, les hôtels ont la liberté de recontacter leurs clients antérieurs.

80. Par ailleurs, Booking.com s'est engagée à mettre en œuvre une politique de communication conforme aux engagements, et à remettre un rapport sur l'efficacité de ces engagements entre le 1^{er} juillet 2016 et le 1^{er} octobre 2016.

81. L'Autorité de la concurrence a estimé que *« le cumul de ces engagements [apparaissait] ainsi proportionné et pertinent pour répondre aux préoccupations de concurrence exprimées. Il construit un équilibre satisfaisant car il permet d'améliorer à la fois la concurrence entre Booking.com et les OTA concurrentes et la liberté commerciale des hôtels, tout en préservant les gains d'efficacité permis par le modèle économique des OTA »* et qu'en conséquence ils présentaient *« un caractère substantiel, crédible et vérifiable »*.

82. Par ailleurs, dans le cadre d'une enquête menée par les services de la DGCCRF entre 2011 et 2013 sur ce secteur, le constat de pratiques abusives a permis au Ministre de l'économie d'engager des procédures contentieuses civiles à l'encontre de deux des principaux acteurs de la réservation d'hôtels en ligne, les sociétés des groupes Expedia et Booking. Ainsi, le 2 octobre 2013 et le 6 mai 2014, ces deux entreprises ont été assignées 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. Il a été demandé au juge de prononcer notamment la nullité des clauses de parité et de disponibilité dans les contrats conclus avec les hôteliers, ainsi que la cessation des pratiques consistant à mentionner de telles clauses dans leurs contrats.

83. Le Tribunal de commerce a considéré, dans une décision (non définitive) du 29 novembre 2016, que la clause de parité tarifaire instaurée par Booking constituait en effet un déséquilibre significatif dans la mesure où il était démontré que « la clause de parité tarifaire empêche l'hôtelier d'accorder en direct à ses clients un prix plus avantageux sans être obligé immédiatement d'offrir ce même prix à Booking », que « l'hôtelier est privé de sa liberté de déterminer une politique tarifaire selon les différents canaux de commercialisation de ses chambres » et « d'accorder à certains de ses clients des avantages spécifiques ». En conséquence, le Tribunal a jugé que les clauses de parité tarifaire contrevenaient aux dispositions précitées du code de commerce.

84. De même, le 21 juin 2017, la cour d'appel de Paris a, sur appel de la décision du Tribunal de commerce rendue le 7 mai 2015, condamné la société Expedia à une amende civile d'un million d'euros pour déséquilibre significatif des contrats. Elle a en effet jugé que ces contrats comportaient des clauses visant à restreindre la liberté commerciale et tarifaire des hôteliers situés en France. La Cour a prononcé la nullité de ces clauses et imposé à Expedia de ne plus les introduire dans les contrats conclus avec les hôteliers. Cette procédure contentieuse est toujours en cours, la société Expedia s'étant pourvue en cassation.

85. Il semble que les principales plateformes de réservation hôtelière exerçant une activité en France aient désormais modifié leur politique commerciale quant aux clauses de parité tarifaire. Il est probable que cette évolution soit due à la conjugaison de plusieurs mesures : les engagements pris par le groupe Booking devant l'Autorité de la concurrence, le principe de nullité des clauses de parité tarifaire introduites par la loi n°2015-990 précitée, le caractère dissuasif des sanctions pénales prévues à l'article L. 311-5-3 du code du tourisme, les actions civiles initiées par le Ministre de l'Economie (DGCCRF). Tout en renforçant considérablement les marges de manœuvre des hôtels, toutes ces mesures ont permis d'atteindre un bon équilibre en faveur des consommateurs, en restaurant la concurrence tout en préservant les services de recherche et de comparaison gratuits et faciles d'usage, et en encourageant l'émergence de l'économie numérique.

86. Parallèlement à ces mesures, d'autres solutions ont été adoptées dans certains États membres de l'Union européenne. Sous l'égide de la Commission, l'Autorité de la concurrence et neuf autres autorités nationales de concurrence ont évalué, dans le cadre d'un groupe de travail, les effets des différentes solutions mises en place dans les différents pays de l'Union concernant la réservation hôtelière en ligne.

87. Ces résultats sont cohérents avec le bilan de l'efficacité des engagements de Booking.com effectué par l'Autorité de la concurrence le 9 février 2017. Ainsi, les analyses comparant la situation avant et après les remèdes suggèrent que le passage de clauses de parité « étendue » à restreinte ou la suppression totale des clauses de parité aurait augmenté la différenciation tarifaire entre plateformes de réservation en ligne dans la plupart des pays. Cependant, près de la moitié des hôtels interrogés indiquent ne pas être au courant des différentes modifications intervenues dans le secteur – un taux néanmoins nettement inférieur en France (30 %). La plupart d'entre eux indiquent ne pas avoir modifié leur stratégie commerciale à l'égard des plateformes à la suite de l'entrée en vigueur des différents remèdes.

88. Sur la base de ces travaux, la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence ont décidé de maintenir ce secteur sous surveillance.

2.3.2. Les comportements des acteurs dominants de la publicité en ligne : une grille d'analyse des pratiques du secteur, conçue dans le cadre de la fonction consultative

89. La publicité en ligne est un secteur d'activité dont l'essor est directement corrélé à celui du commerce électronique. Dans le cadre notamment de sa fonction consultative, l'Autorité de la concurrence s'est attachée à décrypter les mécanismes du fonctionnement concurrentiel particulier de ce secteur et, compte tenu de son évolution considérable dans la période récente, a choisi de conduire deux enquêtes sectorielles pour en approfondir sa compréhension. Cet examen l'a conduite à identifier la position dominante de certains grands acteurs de la sphère de l'économie numérique, dont les comportements continueront d'appeler son attention vigilante.

Avis sur la publicité « search » (2010)

90. L'Autorité de la concurrence a rendu en décembre 2010 un premier avis²¹ à l'issue d'une enquête sectorielle sur le marché de la publicité en ligne. Elle s'est alors penchée plus particulièrement sur la publicité liée aux moteurs de recherche, dite « search », marché sur lequel elle a estimé que Google était en position dominante.

91. La publicité en ligne *search* constitue un marché spécifique et non substituable à d'autres formes de communication, notamment parce qu'elle permet un ciblage très fin et qu'il n'existe pas d'offre alternative équivalente aux yeux des annonceurs. L'analyse du marché a en effet conduit l'Autorité de la concurrence à retenir que non seulement publicité en ligne et hors ligne n'appartiennent pas au même marché pertinent, mais encore que les besoins satisfaits par le *search* ne sont pas identiques à ceux satisfaits par le *display*.

92. Sur ce marché, de nombreux indices de la position dominante détenue par Google ont pu être identifiés : non seulement la part de marché, la forte rentabilité et des prix durablement supérieurs à la concurrence, mais aussi l'établissement de relations contractuelles avec les annonceurs permettant l'exercice de son pouvoir de marché. En outre, les barrières à l'entrée apparaissent élevées, au vu du niveau d'investissement requis pour le développement des algorithmes et de l'indexation des contenus, ainsi que de l'effet de taille.

93. L'Autorité de la concurrence, qui s'exprimait à titre consultatif, a examiné le fonctionnement concurrentiel de ce marché et, sans qualifier aucun comportement, a dressé une grille d'analyse qui peut contribuer à mieux apprécier la compatibilité avec le droit de la concurrence d'une typologie de pratiques qui pourraient y être mises en œuvre, au vu des spécificités du secteur.

94. Elle a distingué, d'une part, les possibles abus d'éviction, de nature à décourager, retarder ou éliminer la concurrence sur les marchés sur lesquels serait présent un acteur dominant et, d'autre part, les comportements relevant de l'abus d'exploitation, qui affectent des clients, des fournisseurs ou des partenaires de celui-ci, sans en être nécessairement les concurrents.

95. Au titre des premiers, ont été relevées par exemple des clauses d'exclusivité excessives par leur champ, leur durée ou leur portée, notamment dans les contrats entre

²¹ Avis 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne.

Google et les sites partenaires du réseau AdSense, ou encore des barrières techniques. Parmi les éventuels abus d'exploitation, figurent par exemple des conditions exorbitantes imposées aux partenaires ou clients, un traitement discriminatoire ou un défaut de transparence, notamment relatifs au fonctionnement du service AdWords.

96. Par ailleurs, l'avis avait mis en relief le cas du secteur de la presse, particulièrement concernée par l'évolution des supports et des méthodes de la publicité car étant à la fois cliente, partenaire, concurrente et potentiellement fournisseur de Google. L'Autorité de la concurrence a insisté sur la nécessité pour les éditeurs de presse de pouvoir être exclus du service « Google Actualités » sans être déréférencés du moteur de recherche de Google. Il avait en effet été reproché à Google une forme de parasitisme économique car cet agrégateur se positionnait comme le site de référence de l'accès à l'information, sans contrepartie financière pour les organes de presse concernés. Google avait pris, devant l'autorité de concurrence italienne, des engagements de découpler l'indexation dans Google Actualités et dans son moteur de recherche généraliste. L'Autorité de la concurrence avait invité à ce que ces engagements soient de même respectés en France.

Le cas NavX (2010)

97. Cet avis de 2010 est à mettre en relation avec la pratique décisionnelle concomitante de l'Autorité. En effet, l'Autorité de la concurrence a été saisie en 2010 d'une plainte de la société Navx, qui estimait avoir subi des pratiques discriminatoires au regard de la rupture brutale de son contrat AdWords et des modalités de gestion de son compte AdWords. Dans sa décision de mesures conservatoires du 30 juin 2010²², l'Autorité de la concurrence a reconnu que Google reste en principe libre de définir sa politique quant aux contenus admis sur AdWords, à condition que sa mise en œuvre se fasse dans des conditions objectives et transparentes et ne conduise pas à des pratiques discriminatoires.

98. L'Autorité de la concurrence avait enjoint à Google de rendre plus transparente et prévisible pour les annonceurs sa politique de contenus AdWords, et imposé le rétablissement du compte AdWords de cette société.

99. Dans le cadre de l'instruction au fond²³, Google a formulé des engagements, pour une durée de trois ans, acceptés par l'Autorité de la concurrence, après conduite d'un test de marché. Google s'est engagé à rendre plus transparent, précis et prévisible pour les annonceurs le fonctionnement de son service AdWords et a de surcroît indiqué qu'en pratique, elle appliquerait volontairement à tous les annonceurs utilisant AdWords, dans tous les pays concernés, les améliorations apportées par ces engagements.

Avis sur la publicité « display » (2018)

100. Dans la continuité de son avis de 2010 et de l'étude sur le *big data* conjointement menée avec le Bundeskartellamt, l'Autorité de la concurrence a lancé en 2016 une nouvelle enquête sectorielle sur le secteur de la publicité en ligne.

²² Décision n° 10-MC-01 du 30 juin 2010

²³ Décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010.

101. L'étude s'est attachée à décrypter ce secteur, en axant son examen sur la publicité non liée aux recherches, le « display », c'est-à-dire les pavés, bannières, habillages intégrés au contenu d'un site pour être vus des internautes. Elle s'est penchée sur la position des différents – et nombreux – acteurs, et sur l'importance du rôle des données et des algorithmes.

102. Son avis²⁴ a fait le constat, dans un contexte où la publicité sur Internet est devenue le premier marché publicitaire en France, de la très vive croissance de la publicité *display*, portée par les réseaux sociaux et la publicité programmatique. Celle-ci a entraîné une multiplication et une diversification des sources de production des données et des intermédiaires. De nouvelles technologies et de nouveaux métiers ont émergé qui, du côté des éditeurs, consistent à permettre la constitution d'offres cohérentes par types de supports ou de publics et, du côté des annonceurs, à optimiser la présentation de leurs publicités à des internautes susceptibles d'être intéressés par leur offre et de convertir cet intérêt en acte d'achat.

103. Ce marché est notamment marqué par l'intégration croissante de l'ensemble des métiers par certaines agences médias mais également par des acteurs tels Google et Facebook. Au niveau mondial comme français, la majorité des revenus du secteur est réalisée par ces deux acteurs, ce qui résulte du cumul de plusieurs avantages concurrentiels.

104. Les services de Google et de Facebook sont les plus utilisés, et génèrent des volumes considérables de données. Ces services bénéficient d'effets puissants de réseaux, qui résultent de la nature des services et des positions de leaders de ces entreprises sur leurs marchés. Elles peuvent s'appuyer non seulement sur les très fortes audiences de leurs services propriétaires mais aussi sur la commercialisation, en tant qu'intermédiaires, des inventaires publicitaires de nombreux éditeurs tiers, position qui leur confère un avantage concurrentiel significatif. Au cours des dernières années, aucune entreprise n'a réussi à gagner des parts de marché significatives en Europe dans le secteur de la publicité *display* face à Google et Facebook – seul Amazon, géant du commerce en ligne, mais qui est aujourd'hui un acteur marginal dans ce secteur, serait susceptible, à terme, de constituer un rival.

105. Parallèlement au travail de clarification de l'écosystème de la publicité *display*, l'Autorité de la concurrence a donc également constaté que l'équilibre de ce secteur est rendu fragile par la pression concurrentielle de ces acteurs globaux.

106. L'instruction de cet avis et la consultation des acteurs du secteur ont permis d'identifier des pratiques et des situations susceptibles d'avoir des effets négatifs sur le jeu concurrentiel.

107. Ont été notamment pointées des stratégies de ventes liées, de prix bas et d'exclusivité associant d'une part différents services d'intermédiation à la fourniture de données de ciblage, et d'autre part un service d'intermédiation à l'accès exclusif à l'inventaire d'un site.

108. Certains acteurs avancent également que des leaders du secteur utiliseraient des positions prépondérantes sur certains marchés de services pour faire levier de leur développement sur d'autres.

²⁴ Avis 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet.

109. Par ailleurs, des éditeurs et intermédiaires considèrent qu'ils subissent des différences de traitement de la part d'acteurs dominants dans le secteur de l'intermédiation publicitaire. Celles-ci concerneraient par exemple la possibilité de monétiser certains types de contenus, et aussi les conditions d'accès des *Demand Side Platforms*²⁵ aux places de marché et à certains inventaires.

110. D'autres entreprises ont encore noté de possibles freins à l'interopérabilité dans le secteur de l'intermédiation publicitaire.

111. Enfin, plusieurs acteurs ont allégué des restrictions en matière d'exploitation de données, obérant notamment le suivi du déroulement des campagnes.

²⁵ « Plateforme côté demande »: il s'agit d'une plateforme technologique dont l'objectif est d'optimiser et d'automatiser, notamment pour les annonceurs, l'achat d'espaces publicitaires proposés par les différents Ad Exchanges et Supply-Side Platform.