

Compte-rendu du séminaire Philippe Nasse du mardi 2 juillet 2013 :

Les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne

Créé à la fin des années 1980 au sein de la Direction de la Prévision, le séminaire Philippe Nasse s'est d'abord appelé « séminaire d'économie industrielle » puis « séminaire Concurrence ». Il est, depuis quelques années, co-organisé par la DGTrésor et l'Autorité de la concurrence, d'abord sous le nom de séminaire « DGTPE-Concurrence » et enfin depuis janvier 2009 sous le nom actuel de « séminaire Philippe Nasse ». Le principe consiste à présenter et à confronter les points de vue d'un économiste et d'un juriste sur un sujet d'intérêt commun ayant trait aux questions de concurrence. De fait, le juge fait de plus en plus appel à l'économiste pour caractériser les atteintes à la concurrence et essayer d'en quantifier les effets, tandis que l'économiste doit prendre en compte un droit et une jurisprudence en plein développement dans son analyse du fonctionnement des marchés.

Lors du dernier séminaire, organisé le 2 juillet 2013, **Laurence Idot** (Professeur de droit, Université Paris II-Panthéon Assas, Membre du collège de l'Autorité de la concurrence) et **Patrick Rey** (Professeur d'économie, Université de Toulouse - TSE) ont débattu sur le thème « Les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne ». La séance a été animée par **Emmanuel Combe**, Vice-président de l'Autorité de la concurrence.

INTRODUCTION D'EMMANUEL COMBE

Le commerce en ligne a réalisé en 2011 un chiffre d'affaires de plus de 40 Md€, soit 7 % de l'ensemble du commerce de détail. Mais cette moyenne cache en réalité de fortes disparités selon les types de produits distribués, la part de marché de la vente en ligne apparaissant plus importante pour les produits bruns (15 % du marché) et les produits culturels (18 % du marché), que pour l'alimentaire (3 % du marché).

Si l'on se place du point de vue d'une entreprise installée, Internet peut être considéré comme un facteur de risques mais aussi comme une opportunité. Le premier des risques associés à Internet est d'abord celui de la baisse des prix et des marges. La baisse des prix, liée à l'intensification de la concurrence intra-marques (c'est-à-dire entre distributeurs des produits de la même marque) et inter-marques, serait ainsi de l'ordre de 10 % sur les produits « bruns » (électroménager de loisir). En particulier, l'entrée de « *pure players* », présents uniquement sur le canal de distribution sur Internet, a pu être particulièrement redoutée dans la mesure où ceux-ci n'ont pas à gérer la cohérence tarifaire entre un réseau de distribution physique et la vente en ligne. La baisse des coûts de distribution est aussi vue comme un facteur de baisse des prix, avec comme cas limite la vente de billets d'avion, dont la distribution physique, *via* les agences de voyages, a fortement décliné, au profit de la distribution en ligne, intermédiée ou en direct (site des compagnies aériennes). La concurrence a également été renforcée par la baisse des coûts de recherche, facilitant l'arbitrage des consommateurs. Ces coûts de recherche n'ont toutefois pas totalement disparu, notamment du fait des entreprises, qui réagissent en multipliant les versions d'un même produit et en réservant certaines à un canal de distribution donné (stratégie de « *bait and switch* »). Internet permet enfin de décloisonner les marchés géographiques, remettant en cause les stratégies de discrimination

spatiale mises en place par les entreprises. Pour acheter un véhicule automobile à l'intérieur de l'espace économique européen, il est désormais possible de contacter un mandataire en ligne afin qu'il fasse l'arbitrage à la place du consommateur.

Outre le risque concurrentiel, Internet a pu être également considéré par les entreprises installées comme une menace pour la valeur de leurs actifs immatériels d'un fabricant, que ce soit le capital-marque, la qualité du service après-vente ou la réputation. Il est premièrement difficile de transposer sur Internet des standards de qualité qui sont appliqués au réseau physique, notamment dans le cas de produits qui nécessitent d'être essayés avant d'être achetés. En outre, le consommateur n'est pas toujours bien informé pour évaluer la qualité des produits sur Internet, en particulier lors du lancement de nouveaux produits. Enfin, les fabricants craignent parfois de subir une forme de parasitisme de la part de « pure players », ces derniers profitant des informations que les consommateurs recueillent auprès des commerçants en dur avant de faire leurs achats sur Internet. Ces « pure players » sont parfois accusés de n'ouvrir que des « magasins fantômes » afin d'être agréés dans un réseau de distribution tout en réalisant l'essentiel de leurs ventes en ligne.

Internet n'est pourtant pas seulement facteur de risques, il présente des opportunités d'élargissement du marché et des synergies pour les entreprises installées. La vente en ligne permet premièrement d'élargir la gamme des produits vendus. Par exemple, il est bien connu qu'Amazon propose davantage de livres que n'importe quelle librairie en dur. De manière générale, d'après les résultats d'une étude de Brynjolfsson et al. (2003)¹, Internet augmente le bien-être des consommateurs grâce à la diversité des produits qu'il peut proposer. Internet élargit également le champ géographique des transactions, en permettant aux distributeurs d'accéder aux clients isolés, ainsi que le champ temporel, Internet étant ouvert 24 heures sur 24, y compris le dimanche. En termes de synergies, Internet offre une nouvelle complémentarité avec la vente en magasin, à condition de modifier le positionnement marketing de la vente en dur, comme le montre aujourd'hui l'exemple des magasins de bricolage. Pour ces derniers, Internet a été perçu comme une opportunité d'attirer des clients qui ne venaient pas en magasin, plus jeunes, urbains et « surbookés » que la clientèle habituelle, tandis que le magasin physique était repositionné sur une offre ciblée et une logique de projet. Internet offre également une large gamme de produits, alors que les magasins de bricolage en dur semblent privilégier le gain de temps, avec un choix restreint de produits et des bornes Internet permettant de renvoyer le client vers la bonne référence disponible, et proposent une aide pour des projets plus complexes (rénovation de cuisine ou de salle de bain par exemple).

Au final, on peut considérer trois stratégies possibles pour les producteurs installés face à l'essor de la vente en ligne :

- une approche défensive, consistant à brider le commerce en ligne ;
- une réaction oligopolistique, où les fabricants investissent Internet pour ne pas laisser le segment de la vente en ligne à leurs concurrents ;

¹ Erik Brynjolfsson, Yu (Jeffrey) Hu et Michael D. Smith, 2003. "Consumer Surplus in the Digital Economy: Estimating the Value of Increased Product Variety at Online Booksellers," *Management Science*, INFORMS, vol. 49(11), pages 1580-1596.

- une approche optimiste, selon laquelle le fabricant utilise Internet afin d'élargir son marché et de créer des synergies entre l'offre en dur et l'offre en ligne, tout en parvenant à limiter les risques concurrentiels et à protéger ses actifs immatériels.

Lorsqu'une entreprise décide d'investir Internet, plusieurs modalités s'offrent à elle. Elle peut être son propre distributeur en créant son propre site Internet ou bien recourir à une plateforme de marché en ligne, comme dans le cas des e-books par exemple. L'entreprise peut aussi recourir à des distributeurs en ligne, en autorisant ses distributeurs habituels à vendre sur Internet, ou en contractant avec des « *pure players* ». Chacune de ces solutions pose diverses questions normatives auxquelles le régulateur doit apporter une réponse.

Le principe général est celui de la liberté d'organiser la distribution des produits d'une marque, sous réserve de ne pas porter atteinte à la concurrence intra-marque ou inter-marque. Une fois ce principe général posé, de nombreuses questions doivent encore être résolues :

- Les spécificités du commerce en ligne autorisent-elles les producteurs à appliquer des règles différentes de celles en vigueur dans le commerce physique ? Typiquement, un fabricant peut-il interdire la vente en ligne à ses distributeurs agréés ? Un producteur peut-il refuser de contracter avec des « *pure players* » ?
- Comment transposer sur Internet les critères de sélection imposés à un réseau en dur ?
- A quelle condition certaines différenciations entre magasins en dur et vente en ligne, par exemple sur le plan tarifaire ou des conditions d'approvisionnement, sont-elles justifiables ?
- Quelles clauses sont considérées comme des restrictions de concurrence caractérisées, et comment les adapter pour les rendre compatibles avec le droit de la concurrence le cas échéant ?

INTERVENTION DE LAURENCE IDOT²

1. Le juriste est quelque peu embarrassé par ce sujet. Non seulement, il existe désormais une vaste littérature tant juridique qu'économique sur le commerce en ligne, mais de plus, il travaille surtout sur les textes, la jurisprudence et la pratique décisionnelle. Or, s'agissant des textes, aucun élément nouveau n'est intervenu depuis le remplacement du règlement n° 2790/1999 par le règlement n° 330/2010 (JOUE, n° L 102, 23 avril 2010) et l'adoption des nouvelles lignes directrices sur restrictions verticales, qui contiennent maintenant les développements bien connus sur la vente en ligne (JOUE, n° C 130, 19 mai 2010, pts 52 et s.). La jurisprudence et la pratique décisionnelle sont également limitées. Sans refaire tout l'historique, il est possible de prendre comme point de départ de la réflexion l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne d'octobre 2011 dans la célèbre affaire *Pierre Fabre* (CJUE, 13 oct. 2011, aff. C-439/09).

2. Quantitativement, le bilan n'est pas très riche. Au niveau de l'Union européenne, peut seulement être relevée une première décision de la Commission du 12 décembre 2012 qui accepte les engagements de quatre éditeurs dans l'affaire dite *e-Books* (déc. 12 déc. 2012 (aff. COMP/39.847), résumé publié, JOUE, n° C 73, 13 mars 2013). Un test de marché a par ailleurs eu lieu pour les engagements d'un

² L'auteur s'exprime à titre purement personnel.

autre éditeur, *Penguin*, dans cette même affaire (comm. art. 27, § 4, aff. COMP/39.747, JOUE, n° C 112, 19 avril 2013).

Comme souvent maintenant, il faut se tourner vers les autorités et juridictions nationales. En France, l'on dispose bien sûr de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 31 janvier 2013, dans l'affaire *Pierre Fabre* (disponible sur le site de l'Autorité). Du côté de l'Autorité de la concurrence, l'on peut relever une décision de décembre 2012, dans l'affaire *Bang et Olufsen* (ci après, B & O) (déc. 12-D-23, 12 déc. 2012, recours pendant). L'histoire est parallèle à celle de l'affaire *Pierre Fabre*. En définitive, c'est dans trois avis rendus par l'Autorité que l'on trouve les éléments les plus nouveaux. Le premier, l'avis 12-A-20 (18 sept. 2012, relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique), rendu à la suite d'une autosaisine, porte précisément sur l'évolution du commerce en ligne, ce qui explique qu'il ait été retenu comme point de départ de cette discussion. Il faut y ajouter deux avis, le premier de décembre 2012 (avis 12-A-23, 13 déc. 2012 relatif à un projet d'ordonnance et un projet de décret transposant la directive n° 2011/62/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 (...)) et le second d'avril 2013 sur la vente en ligne de médicaments non soumis à prescription (avis 13-A-12 du 10 avril 2013 relatif à un projet d'arrêté de la ministre des affaires sociales et de la santé relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique). Dans les autres Etats membres, peuvent enfin être mentionnées les enquêtes lancées par l'OFT au Royaume-Uni, en particulier celle qui a donné lieu à l'envoi d'une communication de griefs à *Booking.com*, *Expedia* et *Intercontinental Hotel*, qui met en cause des pratiques tarifaires sur l'usage de plateformes (communiqué de presse, 31 juill. 2012, www.of.gov.UK/OFTwork/competition-act-and-cartels/ca98-current/electronic-platform-services/). Hasard du calendrier, l'Autorité de la concurrence vient d'être saisie par un syndicat hôtelier de pratiques similaires émanant des mêmes opérateurs en France.

3. Le sujet retenu porte sur les nouvelles pratiques commerciales dans la vente en ligne. La difficulté est de déterminer à partir de quand il est possible de considérer qu'une pratique est nouvelle. La résistance de certains opérateurs à de nouvelles formes de commercialisation est une constante. Il suffit d'évoquer la fameuse affaire de la dermopharmacie qui a marqué les premiers jours du Conseil de la concurrence à peine créé (déc. 87-D-15, 9 juin 1987), sans oublier les innombrables affaires Chapelle qui ont encombré son rôle dans les années 90. Certes, si l'on se reporte à l'avis 12-A-20, l'Autorité a identifié une évolution dans les pratiques de certains secteurs, en particulier un intérêt soudain pour la distribution sélective. Mais les données ont certainement déjà évolué depuis l'instruction et c'est sans doute dans les enquêtes en cours que l'on trouve le plus d'éléments véritablement nouveaux.

4. Quoiqu'il en soit, il n'est pas inutile de faire un bilan sur la situation en ce milieu de l'année 2013. Si l'on se limite à l'analyse strictement juridique, la problématique est constante. Le juriste est essentiellement confronté à deux séries de questions qui recouvrent des distinctions classiques. Il s'agit de déterminer jusqu'où doit aller l'encadrement tant de l'accès à la vente en ligne (I) que de ses modalités (II).

I. L'encadrement de l'accès à la vente en ligne

5. L'idée de base qui anime les diverses autorités est identique. En l'état, les modes de distribution – en dur, et en ligne – sont complémentaires et cette complémentarité doit être préservée. Mais, à partir de là, le principe et les exceptions ont été inversés pour les deux problèmes apparus en pratique, ce

qui n'est pas neutre et emporte des conséquences importantes quant à la charge de la preuve. Dans la première situation – possibilité d'interdire aux distributeurs existants de vendre en ligne -, le principe est l'interdiction de la pratique, laquelle peut être éventuellement justifiée (A). A l'inverse, dans la seconde – possibilité d'exclure les *pure players* -, l'on admet la licéité de l'exclusion, sous réserve que cela ne porte pas atteinte à la concurrence (B).

A. L'encadrement des interdictions pesant sur les distributeurs existants

5. Pour introduire un peu de nouveauté sur un sujet connu, il est possible de mettre en parallèle la jurisprudence *Pierre Fabre* et les deux avis rendus par l'Autorité de la concurrence sur la vente en ligne de médicaments, de décembre 2012, sur les projets de texte transposant la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 (12-A-23 et 13-A-12, préc.).

a) l'affirmation des solutions

6. Le contexte est de prime abord différent, puisque la distribution des médicaments est assurée hors de tout réseau, alors que Pierre Fabre a mis en place un réseau de distribution sélective. Cela explique que les interdictions de vente en ligne soient d'origine réglementaire pour les médicaments, tandis qu'elles sont d'origine conventionnelle pour les produits cosmétiques.

Cela étant, les auteurs des restrictions avancent ensuite un raisonnement identique pour les justifier, fondé dans les deux cas sur la nature du produit. S'agissant du projet de décret, le Gouvernement a naturellement mis en avant des considérations de santé publique pour légitimer le fait que la vente en ligne, réservée aux pharmaciens inscrits en France, soit exclue pour les médicaments en donnant une définition large de ces derniers. L'entreprise *Pierre Fabre* a, de même, soutenu que la nature des produits de dermopharmacie justifiait des conseils personnalisés qu'il n'était pas possible de rendre en cas de vente en ligne, ce qui revenait de fait à interdire ce mode de commercialisation aux distributeurs agréés.

7. De même, malgré des fondements variables dus aux contextes distincts, les différents organes de contrôle sont parvenus à des solutions comparables.

S'agissant des projets de textes gouvernementaux, même si elle n'a pas été intégralement suivie à l'origine (v. art. L 5125-34 et L 5125-36, code de la santé publique, modifiés par ord. n° 2012-1427 du 19 décembre 2012) la position de l'Autorité a été très claire. L'interdiction de la vente en ligne ne devrait pouvoir jouer que pour les médicaments soumis à prescription médicale et être, en revanche, exclue pour tous les médicaments non soumis à prescription, qu'ils soient en accès direct ou derrière le comptoir. Partant du principe de liberté, l'Autorité a fait jouer de manière classique les deux tests de nécessité et de proportionnalité. Saisi sur le terrain de la légalité des textes, le Conseil d'Etat vient de confirmer cette analyse (CE, 14 févr. 2013, sur la suspension de la mesure ; *adde*, le commentaire de J-L. Fourgoux, RLDA, avril 2013, n° 4541 ; CE, 17 juill. 2013, req. n° 365 317, 366 195, 366 468, sur l'annulation de l'article L 5125-34).

Dans l'affaire *Pierre Fabre*, alors que le Conseil de la concurrence, appuyé par la Commission, s'était fondé sur l'interprétation du règlement n° 2790/99 pour voir dans l'interdiction faite à un revendeur agréé d'avoir son propre site internet une restriction de vente passive, qui est une restriction

caractérisée au sens de l'article 4 sous c) du règlement, la Cour de justice a suivi un raisonnement plus complexe. Prenant appui dans un premier temps sur la jurisprudence des années 70/80, elle s'est demandée si le système de distribution sélective était justifié, soit par la nature du produit, soit par l'image de luxe de ce dernier. Ayant répondu par la négative, elle a pu conclure que l'interdiction de vente en ligne était une restriction de concurrence par objet. S'interrogeant, dans un deuxième temps, sur le point de savoir si le contrat était couvert par une exemption par catégorie, elle a confirmé la qualification de restriction de vente passive et l'analyse de l'article 4 c) règlement n° 2790/99 proposée par le Conseil et de la Commission, tout en donnant par ailleurs une interprétation stricte à l'exception de la clause de localisation, dont elle a indiqué qu'elle ne pouvait jouer que pour le commerce physique (v. égal. en ce sens, Lignes directrices, préc., pt 57). Enfin, la Cour a rappelé, dans un troisième temps, que toute restriction de concurrence, y compris les restrictions par objet, pouvait bénéficier à titre individuel de l'article 101, § 3 TFUE si l'entreprise rapportait la preuve des quatre conditions, mais en l'absence d'éléments, et dans le cadre d'un recours sur question préjudicielle, il ne lui était pas possible d'aller plus loin.

8. Ces solutions ont été résumées dans la formule désormais célèbre : il est interdit d'interdire. Tout distributeur, qu'il soit, ou non, membre d'un réseau, doit pouvoir recourir à la vente en ligne. Les exceptions fondées sur la nature du produit sont très limitées et ne peuvent porter en pratique que sur la vente de substances dangereuses pour des raisons de sécurité et de santé (CJUE, 13 oct. 2011, préc., pt 60).

b) l'appréciation des solutions

9. Premier constat, cette jurisprudence a été naturellement confirmée. L'affaire *Pierre Fabre* est revenue devant la Cour d'appel de Paris. L'arrêt du 31 janvier 2013 comporte deux parties. S'agissant de l'application de l'article 101, § 1 TFUE, l'analyse est naturellement reprise et il ne pouvait en être autrement. Non seulement les arrêts de la Cour de Justice ont un effet *erga omnes*, mais, de plus, en l'espèce, la Cour de Justice avait mentionné qu'elle donnait au juge du fond des éléments pour statuer. En revanche, tel n'était pas le cas pour l'application de l'article 101, § 3 TFUE. Sur ce point, l'arrêt est plus intéressant, car c'est la première fois que l'on a une analyse aussi fouillée de ce texte depuis le 1^{er} mai 2004. De plus, la cour d'appel de Paris, se fondant sur les lignes directrices de la Commission de 2004 (JOUE, n° C 101, 27 avril 2004), en fait une lecture plutôt innovante à la lumière de la théorie des efficacités. Au final, le bénéfice de la dérogation est refusé.

Au-delà de la dermopharmacie, la solution a également été confirmée pour autre exclusion *de facto* dans l'affaire *Bang & Olufsen*, qui porte sur des produits de haute technicité, domaine dans lequel la distribution sélective a toujours été admise. A l'origine, la procédure avait été engagée à l'encontre de plusieurs fabricants de matériel hi-fi qui interdisaient à leurs distributeurs agréés de vendre sur Internet. Certains d'entre eux ont proposé des engagements qui ont été acceptés en 2006 par le Conseil de la concurrence (déc. 06-D-28, 5 oct. 2006). A l'instar de Pierre Fabre, B & O a refusé. L'adoption tardive de cette nouvelle décision d'interdiction (12-D-23, préc.) s'explique par la suspension de l'instruction dans l'attente de l'arrêt de la Cour de Justice. Elle fait actuellement l'objet d'un recours, ce qui justifie qu'elle ne soit pas examinée en détail. Il semble néanmoins que la difficulté concerne moins l'analyse juridique – très claire depuis l'arrêt *Pierre Fabre* – que les données factuelles : y avait-il vraiment en l'espèce une interdiction pesant pour les distributeurs agréés de vendre sur Internet ?

10. Deuxième constat, cette jurisprudence a été globalement mal perçue, mais il est possible de répondre aux principales critiques, qui, au demeurant, ne peuvent être adressés qu'à la Cour de Justice, les autorités et juridictions nationales n'ayant désormais de marge de manœuvre que par rapport aux données factuelles.

Il a d'abord été reproché à la Cour d'avoir tenu un raisonnement fondé sur le principe libre circulation. Cette critique n'est pas déterminante. En premier lieu, elle n'est nullement choquante en droit de l'Union européenne, du fait du lien étroit qui a toujours existé entre le principe de libre circulation et le principe de concurrence. L'objectif d'intégration des marchés a longtemps prévalu sur l'objectif de régulation. En deuxième lieu, cette analogie est logique. Il est utile, et en cela la comparaison de l'affaire *Pierre Fabre* et des avis de l'Autorité est intéressante, que des contraintes réglementaires, traditionnellement contrôlées au regard du principe de libre circulation, et des contraintes conventionnelles, examinées au regard des règles de concurrence, soient assujetties à des exigences comparables et, en particulier, aux tests de nécessité et de proportionnalité.

De manière plus générale, de nombreux commentateurs ont soutenu que le raisonnement de la Cour de Justice n'était pas conforme à l'analyse économique des restrictions verticales. L'impact sur la concurrence inter marques serait finalement limité, puisque la part de marché de *Pierre Fabre* est limitée à 20 % et que les autres fabricants ont ouvert leur système. Cela n'est pas davantage convaincant. La licéité du comportement d'une entreprise ne peut dépendre du fait que les autres entreprises aient accepté de modifier leurs pratiques. Par ailleurs, une part de marché de 20 %, au-delà du seuil de sensibilité, n'est pas neutre. Enfin, il ne faut pas oublier la nature de la pratique. Il s'agit d'une restriction à l'utilisation d'un nouveau mode de commercialisation, traditionnellement condamnée.

11. En définitive, ne pouvant se fonder, sauf cas exceptionnels, sur la nature du produit pour exclure la vente sur Internet, certains fabricants ont décidé d'agir en amont en introduisant un critère fondé sur la qualité du distributeur, de manière à limiter l'accès des *pure players*.

B. L'encadrement des restrictions pesant sur les pure players

12. Pour certains produits, il peut être légitime d'exclure les *pure players*. La décision peut être prise par les autorités publiques. Un exemple est fourni par les textes récemment adoptés en France sur le commerce en ligne des médicaments non soumis à prescription (arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, qui détaille les conditions exigées des pharmaciens qui veulent ouvrir un site de vente en ligne, JORF n° 144, 23 juin 2013, p. 10 446) réservé aux seuls pharmaciens disposant déjà d'une officine, solution qui a été validée par le Conseil d'Etat (CE, 17 juill. 2013, préc.).

On ne s'intéressera à ce stade qu'aux restrictions d'origine conventionnelle. L'on assiste actuellement à un développement de la distribution sélective, y compris dans des secteurs qui n'y avaient pas traditionnellement recours. Le choix de ce mode d'organisation permet de limiter la vente par les *pure players* en introduisant dans les critères d'agrément la détention d'un magasin physique. Dans cette situation, les principes sont inversés par rapport à l'hypothèse précédente. L'on part d'une licéité de principe, mais qui connaît des limites.

a) la licéité de principe

13. La licéité de cette pratique est en principe admise. La Commission le dit dans ses lignes directrices (pt 54) et le Conseil de la concurrence l'a décidé dans l'affaire *Festina* (déc. 06-D-24, 24 juill. 2006), dont la solution a été confirmée par la cour d'appel de Paris (CA Paris, 16 octobre 2007). La solution a été reprise plus récemment par l'Autorité dans l'avis sur le commerce en ligne (pt 330 et s.). L'idée est notamment de garantir une certaine symétrie entre les distributeurs du réseau et de lutter contre le parasitisme, ou encore d'assurer un maillage territorial des points de vente physiques, qui soit satisfaisant (pts 341 à 343).

En pratique, deux catégories de distributeurs mixtes coexistent fréquemment : de gros distributeurs traditionnels se sont diversifiés en ouvrant, parallèlement à leurs magasins physiques, un site de vente en ligne, mais également de *pure players*, qui disposent de moyens suffisants, pour ouvrir le point de vente physique nécessaire à l'entrée dans le réseau.

14. Pour éviter le contournement de l'exigence de détention d'un point de vente physique, les fabricants peuvent être tentés de renforcer « les exigences relatives au point de vente physique ». Différentes modalités peuvent être envisagées.

Elles peuvent porter sur la détention du magasin *stricto sensu*. Le fabricant peut introduire une exigence temporelle (détention du magasin depuis un certain temps), ou/et quantitative (détention de plusieurs magasins). En principe, ces restrictions sont licites (pt 347), la Commission précisant dans les lignes directrices, « un ou plusieurs points de vente » (LD, pt 54).

Elles peuvent porter également sur l'activité réalisée dans ce magasin en dur. La pratique la plus répandue consiste à exiger qu'une certaine proportion des ventes soit réalisée hors ligne. Pour la Commission, une telle pratique est licite, qu'elle soit stipulée en volume ou en valeur, et peut être déterminée de manière identique pour tous les distributeurs, ou arrêtée de manière individuelle (LD, pt 52, sous c)). Une variante, plus problématique, consiste à demander une répartition du chiffre d'affaires entre les ventes en ligne et les ventes hors ligne, sous réserve que cela ne limite pas la part des ventes réalisées par Internet. Pour assurer le contrôle de ces mesures, des clauses de remontée d'informations sur les ventes Internet sont fréquemment insérées. Elles peuvent soulever également des difficultés, en particulier lorsque le fabricant exploite parallèlement son propre site Internet (pts 359 et 360).

15. Contrairement à ce qui a été parfois affirmé, l'Autorité ne remet pas en cause la possibilité d'exiger la détention d'un point de vente physique. Simplement, la licéité d'une pratique n'est jamais absolue et connaît des limites en fonction des circonstances.

b) les limites de la solution

16. La donnée nouvelle résulte de l'avis 12-A-20, qui a pu être interprété comme un avertissement lancé aux opérateurs, dans la mesure où il indique que cette faculté peut être remise en cause si les exigences apparaissent injustifiées et si elles restreignent la concurrence (pts 333 et 334). Il semble que le problème se dédouble.

17. Il faut d'abord s'interroger sur le point de savoir si le recours à la distribution sélective est licite, ce qui conditionne le cadre de l'analyse. De manière traditionnelle, dans la ligne de l'arrêt *Metro I*, la distribution sélective purement qualitative échappe à l'interdiction de l'article 101, § 1 TFUE. Cela étant, il ne faut pas oublier les conditions préalables d'applicabilité, à savoir que le recours doit être justifié par la nature du produit (produits de luxe ou de haute technicité), ce qui n'est pas le cas pour certains produits pour lesquels des fabricants ont manifesté un intérêt soudain pour la distribution sélective. Le recours à la distribution sélective est dès lors restrictif de concurrence, mais il peut bénéficier de la zone de sécurité mise en place par les règlements n°2790/99, puis 330/2010, si les conditions en sont remplies. Cette analyse classique a été suivie par le Conseil de la concurrence dans les décisions d'acceptation d'engagements de 2006/7 (déc. 6-D-24, 6-D-28, 7-D-07).

18. Il faut ensuite se demander si la détention d'un magasin physique, ainsi que toutes les exigences anticontournement, sont à la fois justifiées et proportionnées (pt 341 à 347), le recours à la distribution sélective ne devant pas être au un moyen détourné d'exclure une nouvelle forme de commercialisation. La Cour de Justice l'avait indiqué dès l'arrêt AEG de 1983 (CJCE, 25 oct. 1983, aff. 107/82) et le Tribunal l'a rappelé dans l'affaire Vichy en 1996 à propos de la dermopharmacie (TPICE, 12 déc. 1996, aff. T-19/91). L'on applique les tests habituels de nécessité et de proportionnalité.

Les éléments à prendre compte sont à la fois multiples et variables en fonction des cas d'espèce (pts 335 à 347) : attractivité des produits couverts, difficultés à ouvrir un magasin physique (pt 337). L'exigence de plusieurs magasins et l'addition d'objectifs de vente renforcent naturellement les effets restrictifs éventuels (pt 338). Plus les conditions sont nombreuses et plus il sera difficile de remplir le test de proportionnalité. Enfin, il ne faut pas oublier dans l'analyse l'éventuel effet cumulatif de réseaux similaires pt 340, qui renvoie au pt 179, LD).

19. Le message de l'Autorité est clair. Si, au terme d'une analyse individuelle, des exigences non nécessaires et non proportionnées aboutissaient à exclure les *pure players*, le retrait de l'exemption pourrait être envisagé (pt 333, qui renvoie au pt 176, LD).

Cette approche a été critiquée au motif qu'elle engendrait une insécurité juridique et était susceptible d'accroître le contentieux. La critique est excessive. D'une part, lorsque le Conseil de la concurrence a admis l'exigence de détention d'un point de vente physique, il l'a fait au regard des circonstances de l'espèce. L'on ne peut nullement en déduire qu'il a posé une règle générale admettant dans toutes les situations cette restriction. D'autre part, les entreprises ne peuvent vouloir gagner sur tous les tableaux. A la différence du cas précédent, au lieu de qualifier les exigences de restriction par objet, l'Autorité retient finalement une analyse par les effets, laquelle est précisément réclamée par les opérateurs. L'insécurité juridique est inhérente à cette analyse. Enfin, la charge de la preuve pèse sur l'autorité, soit qu'elle veuille opérer le retrait du règlement n° 330/2010, soit, le règlement n'étant pas applicable, qu'elle engage des poursuites à l'encontre du fabricant.

II. L'encadrement des modalités de la vente en ligne

20. Les questions sont multiples et il n'est pas possible de toutes les envisager (Sur la vente en ligne par les pharmaciens, v. l'avis 13-A-12, qui condamne l'interdiction envisagée par un arrêté du ministre des affaires

sociales de vendre sur le même site des médicaments et des produits cosmétiques, ainsi que l'obligation d'avoir les mêmes locaux de stockage). De manière schématique, l'on peut distinguer les conditions imposées aux distributeurs pour l'utilisation des sites (A) des pratiques des fabricants relatives à la fourniture des produits (B).

A. Les conditions imposées pour l'utilisation des sites

21. Dans l'avis 12-A-20, ces conditions sont examinées en liaison avec l'accès à la vente en ligne (pts 289 et s.), car elles ont été identifiées chez des fabricants qui avaient recours à la distribution sélective, mais elles peuvent exister en-dehors d'un tel système (sur l'hypothèse des contraintes réglementaires, v. arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique). De plus, elles ne concernent pas uniquement les *pure players*. Il s'agit d'exigences indistinctement applicables imposées à tous les distributeurs qui souhaitent avoir recours à internet pour commercialiser des produits. Elles varient naturellement suivant le secteur d'activité, mais les conditions générales, requises pour la grande majorité de produits, peuvent être isolées de certains cas particuliers.

a) les conditions générales

22. La Commission admet que le « fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet, « comme il le ferait pour un magasin » (LD, pt 54, 1^{ère} ligne). Elle affirme ensuite un principe d'équivalence, en ce sens que les conditions imposées à la vente en ligne ne sont pas nécessairement celles imposées à la vente hors ligne, sous réserve qu'elles doivent « poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables » (LD, pt 56). Ces règles sont rappelées dans l'avis 12-A-20 (pts 349 et s.). Plus que les principes, leur mise en œuvre peut s'avérer délicate. La Commission se borne à donner deux exemples, mais des éléments peuvent être tirés de la pratique décisionnelle antérieure, ainsi que de l'avis 12-A-20.

23. Certaines conditions sont liées à l'offre des produits. Tel est le cas des normes de qualité requises pour le site, de la charte graphique, de la représentation visuelle des produits en ligne qui doit être compatible avec l'image de marque du produit, de l'exigence d'un univers dédié. Les solutions adoptées pour la vente de produits cosmétiques dans la décision n° 07-D-07 sont simplement rappelées dans l'avis (v. pts 289 et s., et pt 351).

Se rattache également à l'offre l'encadrement des mesures auxquelles le distributeur peut avoir recours pour la promotion du produit, qu'il s'agisse de la publicité, de l'achat et l'utilisation des mots-clés aux fins de référencement (pts 298 et s.). Toujours dans la ligne de la décision n° 07-D-07, l'Autorité confirme que des clauses visant à interdire aux distributeurs d'utiliser la dénomination sociale ou la marque du fabricant comme mot-clé dans les moteurs de recherche sont disproportionnées (pts 356 à 358).

24. D'autres conditions portent sur l'acte d'achat.

En amont de l'acte d'achat, se pose la question des prestations de conseil et d'assistance. Il est possible de requérir du distributeur la mise en place d'un système permettant de répondre aux

demandes des clients par e-mail ou téléphone. Dans certains cas, comme pour les produits cosmétiques, le conseil doit être assuré par une personne diplômée. Dans d'autres, le fabricant peut exiger que l'acheteur potentiel se rende dans un point de vente physique pour obtenir un conseil supplémentaire (pts 303 à 306). L'exemple extrême a été fourni par la décision 06-D-28, où a été admis le fait que le client doit justifier d'avoir assisté à une démonstration du produit pour pouvoir l'acheter en ligne.

S'agissant de l'acte d'achat *stricto sensu*, à l'instar de la Commission (LD, pt 56 *in fine*), l'Autorité admet l'utilité de la clause qui limite le nombre de produits vendus au consommateur pour éviter le développement du commerce parallèle (pt 353), tandis que la Commission fait une allusion à l'existence de contraintes spécifiques pour l'application de systèmes de paiement sécurisés.

La dernière série de conditions porte fréquemment sur la livraison du produit et les services après vente. La Commission donne par exemple l'exemple des délais de livraison qui peuvent être imposés pour la vente en ligne, mais d'autres modalités sont parfois requises par les fabricants. Enfin, le service après vente doit également être assuré, ce qui peut à nouveau justifier l'existence de services spécifiques, comme la présence d'une *hot line* (LD, pt 56 *in fine* ; avis, pts 307 à 309 et 352).

25. Le raisonnement est toujours le même. La mise en œuvre de ces standards de qualité doivent être nécessaires et proportionnés eu égard aux spécificités du produit en cause.

b) Les cas particuliers

26. Un premier problème concerne tous les fabricants, puisqu'il porte sur l'imposition de conditions liées à l'utilisation de plateformes tierces. La Commission admet que le fabricant peut réglementer les conditions d'accès à la plateforme et notamment imposer le respect des normes et conditions convenues pour un site propre, ce qui peut conduire à interdire que les clients accèdent au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plate forme tierce (LD, pt 54 *in fine*).

La question se pose de savoir si le fabricant peut aller plus loin et refuser que ses distributeurs agréés soient présents sur des sites de place de marché. Le Conseil l'a admis dans la décision sur les cosmétiques, mais uniquement parce qu'en l'espèce et à l'époque les plateformes n'apportaient pas de garanties suffisantes (déc. 07-D-07, § 100 et s.).

27. La vente en ligne des médicaments, visé par l'avis 13-A-12, fournit un exemple sectoriel intéressant de contraintes excessives. Examinant le projet d'arrêté relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique, l'Autorité a identifié pas moins de quatre séries de restrictions qui soulevaient de réels problèmes.

S'agissant des conditions de l'offre, le projet d'arrêté du ministre des affaires sociales envisageait, en effet, d'interdire aux pharmaciens de proposer médicaments et produits de parapharmacie sur le même site. A l'inverse, il prévoyait l'obligation d'utiliser les mêmes locaux de stockage pour les médicaments délivrés en officine et ceux vendus sur Internet. L'Autorité a émis des réserves sur ces deux restrictions.

S'agissant des relations avec le client, l'Autorité a également remis en cause l'obligation pour l'acheteur de remplir pour chaque commande un questionnaire de santé. Un tel questionnaire peut s'avérer nécessaire lors du premier achat, mais l'exiger à chaque fois devient disproportionné. Enfin, et de manière logique, l'Autorité a condamné l'atteinte à la liberté tarifaire des pharmaciens, le projet d'arrêté leur imposant de pratiquer les mêmes prix sur Internet et dans leur officine. Ces deux restrictions ont disparu de l'arrêté définitif. Le client donne les renseignements lors de l'ouverture d'un compte et le pharmacien conserve sa liberté de fixer les prix.

B. Les pratiques relatives à la fourniture des produits.

a) les pratiques de différenciation

28. Ces pratiques de différenciation sont elles mêmes variées ne serait ce que du fait qu'elles peuvent porter sur différents éléments, comme les produits, les conditions d'approvisionnement (pts 268 et s.). La liberté du fabricant trouve alors une limite dans le fait que la différenciation ne doit pas conduire à un refus de fourniture susceptible d'être qualifié de pratique anticoncurrentielle. En-dehors de l'hypothèse rare de l'abus de position dominante, sur le terrain du droit des ententes, tout dépend du cadre juridique mis en place, lequel doit être le plus souvent analysé à la lumière du règlement n° 330/2010 (pts 239 à 248).

Dans l'avis 12-A-20, l'Autorité s'est surtout intéressée aux pratiques de différenciation tarifaire en reprenant une distinction entre deux types de différenciation tarifaire.

29. La différenciation tarifaire peut être opérée par les fabricants entre les différentes catégories de distributeurs, par exemple entre les *brick&mortars*, les *click&mortars* et les *pure players*. Deux difficultés de l'analyse doivent être relevées : d'une part, la jurisprudence concerne principalement l'application de l'article 102 TFUE, ce qui est une situation exceptionnelle ; d'autre part, en France, il faut tenir compte de l'incidence du titre IV sur les pratiques restrictives.

Hors le cas de l'abus de position dominante, la pratique de différenciation est en principe licite, sauf si elle peut tomber sous la qualification d'entente. Indépendamment de la condition relative à l'existence du concours de volontés entre le fabricant et les distributeurs, encore faudrait-il démontrer que l'ampleur du différentiel puisse avoir des effets anticoncurrentiels. Dans le cadre d'une action éventuelle, il faudrait alors examiner la justification des remises et leur caractère proportionné (pts 255 à 257).

30. Une autre hypothèse concerne la différenciation à l'égard d'un même opérateur entre les canaux pour les ventes en ligne et les ventes hors ligne. La Commission a pris position dans les lignes directrices (pt 52, sous d) et pt 64). Le principe est celui de l'interdiction de ces pratiques de double prix, lesquelles sont qualifiées de restrictions caractérisées (pt 258).

Deux tempéraments peuvent néanmoins être envisagés. La Commission n'exclut pas le principe d'une redevance fixe payée par l'acheteur pour soutenir ses efforts de vente hors ligne ou en ligne (LD ; pt 52 sous d) *in fine*). Il faut toutefois veiller à ce que le système mis en place ne vise pas à dissuader les ventes en ligne, comme le rappelle l'Autorité (pts 262 à 264). De plus, à supposer que la différenciation soit jugée restrictive de concurrence, le fabricant pourrait encore essayer la justifier pour bénéficier de

l'article 101, § 3 TFUE, en démontrant par exemple que les ventes en ligne engendrent pour lui des coûts plus importants (LD, pt 64).

31. Une fois, de plus, tout dépend des circonstances d'espèce. En dehors du fait que ces pratiques de différenciation ne peuvent être appréhendées que si elles répondent à la qualification d'une pratique anticoncurrentielle, l'Autorité constate simplement qu'en incitant les distributeurs à proposer des services valorisés, de telles pratiques peuvent s'avérer bénéfiques, mais encore faut-il qu'elles soient justifiées et qu'elles ne conduisent pas à l'éviction des *pure players* (pts 265 à 269).

b) les pratiques d'alignement

32. D'autres pratiques tarifaires ont retenu récemment l'attention. Il s'agit de clauses dites de parité, parfois appelées clauses de la nation la plus favorisée (dites NPF, ou plus fréquemment en anglais, MFN, ce qui est une terminologie à bannir s'agissant de contrats entre entreprises). On parle également de clauses APPA (*across platforms parity agreements*). La pratique ne fait que s'adapter, car, dans l'affaire *Hoffman-Laroche*, la Cour de Justice avait déjà jugé contraire à l'article 86 du traité de Rome, devenu 102 TFUE la clause dite anglaise insérée par le groupe suisse en position dominante dans ses contrats d'approvisionnement exclusif, qui libérait le client de son obligation de fourniture si *Hoffman-Laroche* refusait de s'aligner sur le prix inférieur pratiqué par un concurrent de cette dernière (CJCE, 13 févr. 1979, aff. 85/76, Rec., p. 461, sur la clause anglaise, v. pts 102 et s.). Ce type de stipulations contractuelles, dans le contexte particulier du commerce en ligne, a été examiné dans deux séries d'affaires qui sont encore partiellement en cours : l'affaire *e-Books*, d'une part, l'affaire *Booking.com*, d'autre part.

33. Dans l'affaire *e-Books*, pour réagir à la pression concurrentielle d'Amazon sur le livre électronique marqué par le lancement du *kindle*, les principaux éditeurs se sont concertés pour proposer à Apple un schéma contractuel fondé sur le modèle d'agence. Indépendamment de l'incidence, dans certains Etats membres, des réglementations sur le prix unique du livre, un tel système présente l'avantage pour les éditeurs de contrôler le prix de revente. Les accords prévoyaient également la rémunération d'Apple, sous forme d'une commission de 30 % en tant qu'agent. Ils comportaient enfin une clause dite NPF (!), selon laquelle l'éditeur était tenu de s'aligner dans l'*i-bookstore* d'Apple sur les prix de détail inférieurs pratiqués par d'autres revendeurs.

La Commission a émis des préoccupations de concurrence qui ont conduit Apple et quatre éditeurs à prendre des engagements qui ont été acceptés par la première décision du 12 décembre 2012 (préc.) et qui aboutissent notamment à la suppression de la clause dite NPF.

34. La situation est particulière. Il ne s'agit pas d'une simple relation verticale entre un fabricant et son revendeur, mais d'un faisceau de relations verticales conçues sur le même modèle qui s'ajoute à une concertation horizontale. S'agissant de la relation verticale, l'interdiction de prix imposés ne trouve en principe pas à s'appliquer puisque l'on est en présence d'un contrat d'agence, sauf à requalifier le contrat et à le considérer comme un « faux » contrat d'agence, ce qui, compte tenu de la puissance d'Apple, et du montant de sa commission, aurait pu certainement être envisagé.

Qualifier la clause de parité de clause NPF est non seulement impropre sur le plan terminologique, mais également juridique. Il ne s'agit pas d'une véritable clause du client le plus favorisé, puisque les parties ne s'engagent pas sur le prix d'une transaction qui intervient entre eux. L'on est sur un marché

biface, puisque le client final passe par l'intermédiaire plate forme, en l'occurrence l'*i-bookstore*. Quoiqu'il en soit, la clause de parité soulève une réelle difficulté, puisqu'aucun distributeur n'aurait pu vendre d'*e-books* à des prix plus bas qu'Apple. L'on comprend que la Commission ait négocié sa suppression.

35. L'affaire *Booking.com/Expédia/Intercontinental* est encore moins avancée sur le plan procédural. L'OFT a envoyé une communication des griefs l'encontre des deux opérateurs de plateformes, qui conclu avec le groupe d'hôtels, Intercontinental, des accords contenant des clauses APPA aux termes desquelles lesquels les hôtels de cette chaîne ne peuvent pas vendre leurs chambres à des prix plus faibles sur d'autres plateformes en ligne.

A la différence de l'affaire *e-Books*, Il n'y a plus vraiment de concurrence entre un produit traditionnel et un nouveau produit. Dans la réservation des chambres d'hôtel, le nouveau format a nettement pris l'avantage. Il ne semble pas y avoir de concertation horizontale entre les entreprises qui ont recours aux plateformes pour écouler leurs produits. Les problèmes de concurrence concernent plutôt les relations horizontales entre les plateformes. L'Autorité ayant été saisie d'une affaire similaire impliquant ces plateformes, il sera intéressant de comparer les résultats.

36. L'analyse économique de ces clauses, du moins dans le contexte du commerce en ligne, en est à ces débuts. Il est avancé que ces clauses pourraient être justifiées pour permettre de développer les investissements importants nécessaires au développement des plateformes, mais il ne fait pas de doute qu'elles peuvent avoir de sérieux effets négatifs sur la concurrence, en particulier sur la concurrence entre les plateformes. Elles constituent par ailleurs d'importantes barrières à l'entrée.

37. Il ne fait pas de doute que les données évolueront très vite et que de nouveaux problèmes devront être tranchés. La grande force des textes en droit des pratiques anticoncurrentielles est d'être rédigé de manière assez générale pour s'adapter aux nouvelles données. Mais les autorités de concurrence, quelles qu'elles soient, veilleront à ce que le commerce en ligne ne soit pas entravé par des pratiques injustifiées.

Eléments de bibliographie

AFEC (colloque du 5 oct. 2009), *Distribution et Internet, Concurrences*, n° 1-2010, www.concurrences.com

P. Buccirosi, « Vertical Restraints for on-line Sales », OCDE, DAF/COMP(2013)1.

M. Chagny, « Distribution sélective et Internet : Développements récents en droit de la concurrence », *Rev. jurisp. com.*, mars/avril 2013, p. 147.

Le droit de la distribution en France et en Europe : questions de concurrence, RLDA, juin 2013, supp/ au n° 83

L. Vogel, « EU Competition Law Applicable to Distribution Agreements: Review of 2011 and Outlook for 2012 », *JECLP*, 2012

INTERVENTION DE PATRICK REY : PERSPECTIVES ECONOMIQUES DE L'ESSOR DE LA VENTE EN LIGNE

L'arrivée de la vente en ligne en tant que nouveau canal de distribution entraîne deux implications majeures. Premièrement, elle amène les fabricants à s'interroger sur l'articulation de la distribution de leurs produits entre les réseaux physique et en ligne, d'une part à cause du renforcement de la concurrence intra-marque, et d'autre part à cause de l'asymétrie entre ces deux canaux en termes de services de distribution (information, démonstration, service après-vente, etc.). Deuxièmement, l'essor de la vente en ligne a augmenté le recours aux accords de parité de prix, selon lesquels le prix du produit d'une marque donnée, chez un distributeur donné, est lié à celui des marques concurrentes chez le même distributeur ou à celui du même produit chez les autres distributeurs. Ceci pose la question du modèle de relation entre les producteurs et les distributeurs, notamment son basculement du modèle de distribution classique à celui de l'agence, où les plateformes de distribution perçoivent une commission par transaction effectuée mais laissent le producteur fixer le prix de vente final.

I L'articulation entre le réseau physique et la distribution en ligne

I 1) Le rôle de la concurrence intra-marque sur l'intensité concurrentielle de l'ensemble de la chaîne

En premier lieu, le succès de la distribution en ligne entraîne une augmentation de la concurrence intra-marque, c'est-à-dire entre distributeurs des produits d'une même marque, et modifie la coordination verticale entre producteurs et distributeurs. En principe, le producteur peut fixer un prix de vente désiré, par exemple en ajustant le prix de gros, et récupérer tout ou partie des profits à travers des droits de franchise ou des commissions imposées aux distributeurs. En cas de fort pouvoir de marché en aval, par exemple, le fabricant pratiquera un prix de gros peu élevé, afin d'éviter une double marge sur ses produits, et récupérera ses profits à travers un droit de franchise élevé. *A contrario*, en cas de forte concurrence intra-marque, il pratiquera un prix de gros élevé de façon à maintenir un prix de détail élevé, qu'il compensera par une réduction du droit de franchise. Dans les deux cas, l'essentiel pour le fabricant est de garantir que le prix payé par le consommateur corresponde au prix de « monopole intégré », qui maximise le profit de l'ensemble de la chaîne (producteur et distributeur). Une augmentation de la concurrence intra-marque peut ainsi conduire à une modification des relations tarifaires entre le producteur et ses distributeurs, sans que le consommateur bénéficie d'une baisse des prix.

Il existe toutefois des limites à la possibilité de contrôle des prix par le producteur. Premièrement, Jean Tirole et moi-même (*AER* 1986)³ avons montré que lorsque les distributeurs disposent de plus d'informations que le producteur au niveau local, par exemple sur les coûts de distribution ou sur le niveau de la demande, ou lorsque les distributeurs font face à une incertitude sur ces mêmes conditions de vente, il peut être difficile pour le producteur de contrôler parfaitement le prix de vente de ses produits, et le choix de la structure de tarification peut être biaisé vers une limitation de l'intensité concurrentielle. Dans un autre article, Hart et Tirole (Brookings 1990)⁴ ont montré qu'une forte concurrence en aval

³ Patrick Rey et Jean Tirole (1986), "The Logic of Vertical Restraints", *The American Economic Review*, vol. 76, n°5, pp. 921-939.

⁴ Oliver Hart et Jean Tirole (1990), "Vertical Integration and Market Foreclosure", *Brookings Papers on Economic Activity (Microeconomics)*, pp. 205-285.

(entre distributeurs) pouvait diminuer le pouvoir de marché des fabricants. Si un fabricant doit négocier avec des franchisés potentiels pour la distribution de ses produits, celui-ci a intérêt à promettre un fort pouvoir de marché à chaque franchisé avec lequel il contracte, tout en cherchant à augmenter le nombre de contrats de franchise de façon à augmenter son profit. Anticipant ces deux intérêts antagonistes, le franchisé n'acceptera de payer le prix fort auprès du fabricant que si ce dernier parvient à s'engager de manière crédible à octroyer un pouvoir de marché élevé au franchisé. Ce même raisonnement peut s'appliquer à l'ensemble des conditions tarifaires entre les fabricants et les distributeurs.

Par ailleurs, le mécanisme simple décrit précédemment, permettant à un fabricant de contrôler de fait le prix de vente de ses produits, n'implique pas que la concurrence intra-marque n'a aucun effet sur le sort des consommateurs. La situation est en effet différente lorsque l'on prend en compte l'impact de la concurrence intra-marque sur le niveau de concurrence inter-marques, c'est-à-dire entre les différentes marques présentes sur un marché de produits donné. Selon les travaux menés avec Joseph Stiglitz (1988 et 1995)⁵, ainsi qu'un article de Bonanno et Vickers (1988)⁶, une intensification de la concurrence intra-marque implique une concurrence plus directe et plus « frontale » entre les marques vis-à-vis des consommateurs. Ce dernier article montre que lorsque l'on impose une séparation verticale, on passe d'une concurrence directe et frontale entre structures intégrées à une concurrence indirecte, et de ce fait moins intense, entre marques rivales. Les travaux avec Stiglitz portent sur la concurrence entre réseaux de franchise, où les produits de différents fabricants sont distribués par des réseaux d'enseignes monomarkes, ce qui correspond par exemple au mode de distribution des concessionnaires automobiles, tout du moins jusqu'à récemment. Ces travaux montrent que l'on réduit l'intensité de la concurrence en aval, on passe là encore d'une concurrence assez frontale entre marques rivales à une concurrence indirecte et moins intense. En effet, si un fabricant augmente ses prix, cette hausse sera répercutée par ses propres distributeurs, atténuant de ce fait la pression concurrentielle exercée sur les distributeurs des marques concurrentes ; en l'absence de forte concurrence intra-marque entre ces derniers, ils auront tendance à « accompagner » la hausse de prix initiale, en augmentant à leur tour les prix des marques rivales, encourageant ainsi le premier fabricant à augmenter ses prix. A titre d'exemple, on peut citer le marché de la bière au Royaume-Uni, où historiquement, les brasseurs ont longtemps été propriétaires des pubs, et distribuaient quasi exclusivement leurs propres bières dans leurs pubs ; il y avait alors concurrence directe entre brasseurs pour attirer les clients dans leurs pubs. Les « *Beer Orders* » de 1989 ont imposé une séparation verticale entre les brasseurs et les pubs, conduisant de ce fait à une concurrence indirecte, à deux niveaux, les brasseurs se faisant concurrence pour attirer les pubs (souvent avec des contrats d'exclusivité ou de quasi-exclusivité), les pubs se faisant pour leur part concurrence pour attirer les clients. Cette concurrence indirecte à deux niveaux a eu tendance à entraîner

⁵ Patrick Rey et Joseph Stiglitz (1988), "Vertical restraints and producers' competition," *European Economic Review*, Elsevier, vol. 32(2-3), pages 561-568.

Patrick Rey et Joseph Stiglitz (1995) "The Role of Exclusive Territories in Producers' Competition," *RAND Journal of Economics*, vol. 26(3), pp. 431-451.

⁶ Giacomo Bonanno et John Vickers (1988), "Vertical Separation," *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 36, No. 3, pp. 257-265.

des prix plus élevés comme l'a montré l'analyse empirique de Margaret Slade.⁷ A contrario, on peut penser que l'ouverture des frontières et les importations parallèles, qui ont contribué à augmenter la concurrence intra-marque entre concessionnaires automobiles, a aussi contribué à renforcer la concurrence entre marques rivales. On peut de même estimer que la « révolution Internet » intensifie la concurrence entre distributeurs d'une même marque mais aussi la rivalité des marques concurrentes.

Notons pour finir que le principal bénéficiaire, pour le consommateur, d'une intensification de la concurrence intra-marque, *via* par exemple le développement d'importations parallèles ou le développement de la distribution en ligne, est de faire baisser *le niveau général* des prix. Il serait donc éminemment réducteur de mesurer l'impact d'Internet sur la baisse des prix à travers la seule différence entre les prix pratiqués en magasins et ceux proposés en ligne, car l'essor de la vente en ligne fait aussi baisser les prix en magasin.

I 2) L'asymétrie dans la fourniture des services de distribution et ses conséquences sur l'organisation de la distribution

Les magasins physiques peuvent se distinguer des distributeurs en ligne grâce à différents services de distribution. Avant l'achat, des vendeurs en boutique peuvent informer le consommateur et lui fournir des conseils personnalisés. Le client peut aussi voir directement le produit et assister à des démonstrations, ce qui l'aide à évaluer plus précisément la qualité du produit. Lors de l'achat, l'environnement du magasin, les efforts de diminution d'attente en caisse ou la disponibilité de places de parking font également partie de ses services de distribution. Enfin, après l'achat, divers services après-vente ou de maintenance peuvent être proposés au consommateur.

Les intérêts des deux types de distributeurs (en dur ou en ligne) ainsi que ceux du fabricant peuvent converger ou au contraire diverger selon les acteurs et les services fournis. Ces services de distribution augmentent en général la demande, ce qui entraîne des externalités verticales partagées entre le producteur et le distributeur, mais aussi horizontales, liées au parasitisme dont peuvent profiter les distributeurs en ligne. Ces externalités, c'est-à-dire le fait que certains agents bénéficient des investissements des magasins en dur sans coût supplémentaire pour eux, engendrent des problèmes de coordination, dans la mesure où ces bénéfices externes ne sont pas pris en compte par les distributeurs lorsqu'ils décident d'investir dans ces services.

Dans le cas d'une structure de distribution intégrée, rassemblant le fabricant et le réseau de distribution, le niveau optimal de service est fixé en fonction des préférences du consommateur marginal, c'est-à-dire celui qui est presque indifférent entre le fait d'acheter ou non. En l'absence de coordination amont-aval, le niveau de service effectif risque d'être inférieur au niveau optimal. Enfin, en cas de parasitisme dont profiteraient des distributeurs concurrents, le niveau de service effectif est encore plus faible.

Face à ce problème de coordination, il est nécessaire pour le fabricant d'aligner les intérêts des différents distributeurs. Il est premièrement possible de contractualiser une obligation de service, à travers la mise en place d'un cahier des charges et d'un réseau de distribution sélective, éventuellement accompagné de remises pour services rendus. Cette

⁷ Margaret Slade (1998), "Beer and the Tie: Did Divestiture of Brewer-Owned Public Houses Lead to Higher Beer Prices?," *Economic Journal*, vol. 108, pp. 565-602.

contractualisation s'accompagne néanmoins de coûts de vérification. D'autres incitations, plus indirectes, peuvent aussi être mises en œuvre, comme des clauses d'exclusivité, ou la limitation de la concurrence par les prix à travers un contrôle du prix de vente, peuvent aussi être mises en œuvre, le cas échéant limitées dans le temps et dans l'espace.

II Les accords de parité de prix

II 1) Les spécificités de la relation d'agence

Contrairement à la relation « habituelle » entre producteur et distributeur, selon laquelle le détaillant achète les biens ou services en gros et fixe lui-même le prix de vente, la relation d'agence permet au producteur de fixer le prix de vente final, la plate-forme de distribution percevant une commission par transaction effectuée. Cette relation apparaît semblable à la pratique d'imposition du prix de vente (RPM pour *resale price maintenance*) par les fabricants auprès des distributeurs, dans le cas de la relation verticale traditionnelle. Les économistes comparent les deux types de relation et leur impact sur le bien-être des consommateurs en modélisant la mise en place d'une clause RPM dans une relation entre producteur et distributeur.

Si l'on s'intéresse aux biens et services de consommation courante, il existe de nombreuses relations « croisées » entre producteurs et distributeurs, permettant aux consommateurs de choisir à la fois entre les produits d'une marque A et d'une marque B, et entre les services d'un distributeur 1 et d'un distributeur 2, qu'il s'agisse d'une enseigne ou d'une plateforme. Pour chaque négociation bilatérale entre un fabricant, par exemple A, et un distributeur, disons 1, ces acteurs prennent en compte l'impact du prix des produits A vendus chez 1 sur leurs marges sur ces produits concernés, mais « internalisent » également l'impact sur la marge de A réalisée chez le distributeur 2 et la marge de 1 sur les produits fabriqués par B. Typiquement, une baisse du prix du produit A vendu chez 1 diminue la demande du produit B chez 1, et donc les marges associées.

Une étude coécrite avec Thibaud Vergé et publiée en 2010⁸ montre qu'en théorie, en l'absence de marge en amont (éventuellement remplacée par des droits de franchise permettant de rapatrier les profits en amont), les acteurs internaliseraient l'ensemble des conséquences de leurs décisions sur toute l'industrie, et pratiquent un « prix de monopole intégré », c'est-à-dire prenant en compte l'intérêt collectif de l'ensemble des acteurs. Toutefois, soutenir de tels niveaux de prix en dépit de la concurrence intra-marque nécessiterait des prix de gros élevés, sensiblement supérieurs aux coûts, engendrant des marges amont sources non internalisées. De fait, en pratique on observe des prix inférieurs au niveau de monopole, mais pas nécessairement concurrentiels. Notre étude montre également qu'avec l'imposition du prix de vente (ou RPM), il peut exister des équilibres avec des prix encore plus élevés. Une étude empirique de Bonnet et Dubois (RAND 2010)⁹ sur le marché de l'eau en bouteille durant la période de mise en œuvre de la loi Galland montre que le modèle économique reflétant le mieux les données du marché est celui de tarifs binômes

⁸ Patrick Rey et Thibaud Vergé (2010), "Resale Price Maintenance And Interlocking Relationships," *Journal of Industrial Economics*, vol. 58(4), pp. 928-961.

⁹ Céline Bonnet et Pierre Dubois (2010), "Inference on Vertical Contracts between Manufacturers and Retailers Allowing for Non Linear Pricing and Resale Price Maintenance", *Rand Journal of Economics*, vol 41(1), pp. 139-164.

assortis d'une clause RPM (rendue possible par le seuil de revente à perte). Les auteurs montrent à l'aide de simulations que l'interdiction de la RPM conduirait à une baisse des prix, ce qui bénéficierait aux consommateurs.

II 2) La clause du « client le plus favorisé »

Nous avons vu que lorsqu'il existe des relations croisées entre les différents fabricants et distributeurs, l'introduction de prix de vente imposés est préjudiciable à la concurrence. Thibaud Vergé et moi-même nous intéressons dans un travail en cours à l'introduction de clauses de parité dans le cadre de réflexion présenté jusqu'ici.

On constate qu'il existe en réalité deux types de clauses de parité selon l'identité de celui qui fixe librement le prix de vente du produit. Un premier type de clause a été évoqué par l'*Office of Fair Trading* (OFT) dans un cas récent de distribution de cigarettes au Royaume-Uni (*Imperial Tobacco*). Les fabricants de cigarettes laissaient les marchands de tabac libres de fixer le prix de leurs cigarettes, à la condition qu'il ne soit pas supérieur à celui des marques concurrentes. Selon l'autre type de clause de parité, davantage présent dans le secteur du numérique (e-books, sites de réservation d'hôtels), et lié à l'existence d'un modèle d'agence, le prix est fixé par le fournisseur mais celui-ci est contraint d'afficher les mêmes prix sur les plateformes concurrentes.

Il s'agit d'un sujet d'actualité dans la mesure où certaines pratiques relatives à cette clause de parité de prix font l'objet de plaintes auprès des autorités de concurrence. Aux États-Unis et en Europe, certaines pratiques dans la distribution de livres numériques, qui a basculé de la distribution classique vers un modèle d'agence à l'initiative d'Apple, font l'objet de diverses procédures. Concernant la réservation en ligne de nuitées d'hôtel, l'*Office of Fair Trading* (OFT) du Royaume-Uni a d'ores et déjà communiqué des griefs à certaines plateformes en ligne, tandis qu'en France, ce matin, 2 juillet 2013, l'Union des métiers et des industries de l'hôtellerie (UMIH) annonce avoir saisi l'Autorité de la concurrence au sujet des pratiques de ces mêmes sites de réservation.

La littérature économique aborde surtout cette question sous l'angle de la clause du « client le plus favorisé ». Cette dernière pratique, dont la variante la plus courante en France correspond au slogan : « si vous trouvez moins cher ailleurs nous vous remboursons la différence », est *a priori* intéressante pour le consommateur, puisqu'elle l'assure de bénéficier du meilleur prix. Néanmoins, cette pratique permet de fait aux distributeurs de s'engager de manière crédible à maintenir des prix élevés, puisque toute baisse de prix serait répercutée par les distributeurs concurrents.

Dans notre étude en cours, avec Thibaud Vergé, nous transposons ces clauses dans le cadre des relations croisées évoquées précédemment, où par exemple les consommateurs peuvent trouver sur différentes plateformes l'ensemble des chambres d'hôtels disponibles sur le marché. Selon nos premiers résultats, le basculement du modèle de distribution classique à un modèle d'agence peut augmenter les prix s'il existe une plus forte différenciation entre les produits distribués en amont qu'entre les différentes plateformes, ce qui peut effectivement être le cas pour la distribution de produits sur Internet. En outre, les clauses de parité peuvent introduire une « friction » dans les négociations bilatérales et conduire à des prix plus élevés, de même que l'imposition du prix de vente comme nous l'avons vu précédemment. Ces résultats sont néanmoins encore fragiles du fait de la complexité des relations croisées entre les différents fabricants et distributeurs, et dépend fortement de la manière dont sont prises les décisions entre les acteurs (de manière séquentielle ou concomitante, selon la crédibilité des

engagements pris, ou selon la forme que prennent les commissions demandées par les plateformes).