

LES
ESSENTIELS

**CONCURRENCE
ET COMMERCE EN LIGNE**

**COMPETITION
AND E-COMMERCE**

Autorité
de la concurrence



LES
ESSENTIELS

**CONCURRENCE
ET COMMERCE EN LIGNE**

La présente étude a été établie par John Moore, Etienne Pfister et Hengrui Wan, avec la participation de Elodie Camous-Léonard, Céline Devienne, Denis Maguain, Cédric Nouel de la Buzonnière et Caroline Teyssié, sous la direction d'Isabelle de Silva, présidente de l'Autorité de la concurrence.

« En application du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, une reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

© Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2020.
ISBN : 978-2-11-157287-4

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
1/ L'ÉVALUATION DE LA PRESSION CONCURRENTIELLE EXERCÉE PAR LES ACTIVITÉS EN LIGNE SUR LES ACTIVITÉS HORS LIGNE	13
La prise en compte du commerce en ligne dans l'analyse concurrentielle des activités hors ligne	15
L'analyse des reports de demande inter-canaux	17
Des indicateurs indirects de pression concurrentielle des ventes en ligne sur les ventes hors ligne	19
L'adaptation de la grille d'analyse du droit de la concurrence à la prise en compte des ventes en ligne	39
Prise en compte des ventes en ligne et concurrence locale	40
L'appréciation des parts de marché en présence de ventes en ligne	48
La prise en compte des spécificités des marchés numériques dans l'appréciation des parts de marché et de la puissance de marché	52
Conclusion	66
2/ LES COMPORTEMENTS DES OPÉRATEURS FACE AU DÉVELOPPEMENT DU COMMERCE EN LIGNE	69
Les comportements susceptibles de réduire la pression concurrentielle exercée par le commerce en ligne	71
Comportements tarifaires : prix de revente imposés et discrimination	71

Comportements non-tarifaires : conditions d'inclusion des sites de vente en ligne dans le réseau de distribution.....	81
Des cadres réglementaires parfois dissuasifs pour la vente en ligne.....	96
L'exemple du transport particulier de personnes	97
L'exemple de la vente au détail de médicaments.....	99
Les comportements susceptibles de fausser la concurrence entre opérateurs de vente en ligne	105
Le cas des clauses de parité dans le secteur des plateformes de réservation hôtelière	106
Les pratiques d'éviction mises en œuvre par des opérateurs dominants pour se développer en ligne.....	111
La diversité des pratiques pouvant être mises en œuvre par les opérateurs actifs en ligne	115
Conclusion	121
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	123

INTRODUCTION

Les Français sont de plus en plus nombreux à effectuer des achats en ligne : en 2018, ce sont ainsi près de 60 % des douze ans et plus qui avaient effectué au moins un achat en ligne, que cela soit de produits physiques ou immatériels, dans les 12 derniers mois, contre 40 % en 2008¹. Ces achats en ligne, réalisés sur des sites de vente en ligne (ou sur des applications pour smartphone ou tablette), représentent aujourd'hui un chiffre d'affaires de près de 100 milliards d'euros, soit un peu moins de 10 % du commerce de détail² en France, avec une croissance rapide d'environ 14 % par an entre 2014 et 2018³. Les explications de cette croissance du commerce en ligne⁴ sont bien connues : généralisation de l'accès à Internet, expansion de l'offre de produits et services qui y sont proposés, facilités croissantes d'achat au travers de différentes fonctionnalités et services (moteurs de recherche, comparateurs de prix, places de marché, etc.), diminution des délais de livraison et diversification des modes de livraison, sécurisation des paiements en ligne, etc.

Du côté de l'offre, la plupart des acteurs du commerce en magasin ou en agence physique (canal de distribution dénommé « hors ligne » ou « *brick&mortar* ») ont répondu à l'appétence croissante des consommateurs pour les achats

¹ ARCEP, Baromètre du numérique 2018, 18^e édition.

² FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance), Les Chiffres Clés 2019.

³ FEVAD, Les Chiffres Clés 2019, 2018, 2017 et 2016.

⁴ L'étude utilise les termes commerce en ligne, e-commerce ou commerce électronique pour désigner les ventes en ligne de biens et services au travers d'un site internet ou d'une application pour téléphone ou tablette.

en ligne. Ils ont développé et/ou acquis des sites Internet et/ou des applications pour commercialiser leurs produits et services en ligne, devenant ainsi des opérateurs actifs à la fois dans la vente en points de vente physiques et en ligne (vendeurs « *click&mortar* » ou « *phygital* »⁵). Dans son enquête sectorielle de 2016 sur le commerce électronique, la Commission européenne a ainsi constaté qu'en Europe, la part des ventes des fabricants effectuées par des distributeurs vendant à la fois en magasin/agence et sur Internet est passée de 20 % en 2005 à 35 % en 2015. Dans le même temps, la part des ventes des fabricants effectuées par des distributeurs vendant exclusivement en magasin ou en agence est passée de 60 % à 35 %⁶. Parallèlement, de nouveaux acteurs, actifs quasi-exclusivement dans la vente sur Internet (ou « *pure players* »), ont développé leur présence de manière significative. Leur poids dans les ventes, encore modeste en moyenne, est cependant croissant et plusieurs d'entre eux, comme Amazon ou Cdiscount, figurent parmi les sites de e-commerce les plus visités en France⁷. Il est à noter par ailleurs que la part des ventes en ligne répond

5 Cf. contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur les implications du commerce électronique sur les politiques de concurrence, §10 : [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)58/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)58/fr/pdf).

6 Commission européenne, 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Commission Staff Working Document, SWD(2016)312 final, Figure B.23 §158.

7 Au troisième trimestre 2019, sur les 15 sites de e-commerce les plus visités selon les données FEVAD/Médiamétrie, 9 sont des acteurs spécialisés dans la vente en ligne. Source : Fevad/Médiamétrie, Baromètre trimestriel de l'audience du e-commerce en France, 21 novembre 2019.

à des particularismes nationaux, de fortes différences existant d'un pays à l'autre⁸.

L'impact d'Internet sur les comportements des entreprises et des consommateurs ne se limite pas à permettre la commercialisation des mêmes produits par un canal de vente différent. Dans certains cas, Internet a également permis la commercialisation de produits ou de services qui ne pouvaient être proposés par les canaux traditionnels, soit pour des raisons techniques, soit pour des raisons de rentabilité. Internet a ainsi permis le développement de la publicité en ligne, de services proposant des contenus audiovisuels diversifiés (TV en replay, vidéo à la demande ou sur abonnement), des plateformes de streaming musical ou de vidéos à la demande à grande échelle, etc. En permettant une diminution des coûts de commercialisation (que ce soit en matière de stockage, de transport ou de mise en rayon) et en permettant d'atteindre un vaste ensemble de consommateurs, Internet a également permis la commercialisation de produits peu demandés car ne répondant qu'à des besoins ou à des goûts très spécifiques. Le développement des ventes en ligne par transfert d'une distribution physique à une distribution en ligne s'est également accompagné de l'émergence de nouveaux types d'activités commerciales, comme les comparateurs de prix, les agrégateurs de sites de vente en ligne ou, surtout, les « places de marché » (ou « *marketplace* »), qui mettent en relation aussi bien

⁸ Ainsi, en 2017, la proportion d'acheteurs en ligne parmi la population excède ou avoisine 80 % au Royaume-Uni, en Suède et au Danemark mais elle est nettement plus faible dans certains pays d'Europe du Sud comme la Grèce, l'Italie, le Portugal (environ 30 %), différences qui subsistent lorsqu'est étudiée la proportion d'internautes (plutôt que d'habitants) effectuant des achats en ligne. Cf. OCDE, Incidence du commerce électronique sur la politique de concurrence, 2018, point 9 et Commission européenne, 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Commission Staff Working Document, SWD(2016) 312 final, point 8.

des particuliers et des professionnels fournissant des biens ou services («P2B») que des particuliers entre eux («P2P») ou des professionnels entre eux («B2B»). Ces places de marché ou plateformes représenteraient aujourd'hui plus de la moitié du chiffre d'affaire du commerce en ligne mondial⁹ et jouent un rôle particulièrement important dans certains secteurs comme celui de l'immobilier ou du tourisme.

Enfin, selon l'appétence des clients pour les achats en ligne, Internet peut également modifier le fonctionnement concurrentiel des marchés en diminuant les coûts de transaction au sens large, qu'il s'agisse des coûts de transport ou des coûts liés à la recherche d'informations sur les différentes offres en concurrence, notamment grâce à différents intermédiaires de marché (places de marché, comparateurs de prix, moteurs de recherche, etc.). Du côté des consommateurs, Internet accroît notamment leur capacité à mettre en concurrence des offreurs géographiquement éloignés les uns des autres et leur permet de faire appel à de nouveaux vendeurs, qu'il s'agisse des revendeurs exclusivement présents en ligne ou de ceux présents sur Internet grâce aux places de marché. Et, de même, du côté des entreprises, Internet permet, selon les secteurs et produits considérés, de diminuer les coûts de distribution, parfois en permettant à un fabricant de distribuer lui-même ses produits sans passer par des grossistes ou des détaillants, d'améliorer l'offre de services et de développer les ventes au-delà de la zone de chalandise des commerces physiques, entraînant ainsi une plus forte concurrence.

Dans ce contexte de montée en puissance du commerce électronique, qui transforme durablement le fonctionnement du marché et les stratégies des entreprises, l'Autorité

⁹ Internet Retailer, 2019, Top 100 Online Marketplaces. Pour le cas de la France, les places de marché représenteraient environ 30% du volume d'affaire total du e-commerce, selon les chiffres de la FEVAD, «Les Chiffres Clés 2019».

de la concurrence a souhaité présenter la façon dont elle en appréhende les incidences sur les marchés et les comportements qu'elle est amenée à étudier.

Dans bien des cas, afin d'apprécier le pouvoir de marché des opérateurs, l'Autorité de la concurrence doit d'abord évaluer dans quelle mesure les ventes en ligne concurrencent les ventes en magasins ou en agence. En effet, même aujourd'hui, la pression concurrentielle exercée par le canal de distribution en ligne sur le commerce traditionnel peut être plus ou moins forte selon les secteurs, comme en témoigne, par exemple, le poids très variable des ventes en ligne selon les secteurs¹⁰. Si sur certains marchés, il existe aux yeux des consommateurs une substituabilité importante entre les achats en ligne et dans des points de vente physiques, dans d'autres, en revanche, les ventes en ligne sont trop peu attractives ou trop différenciées par rapport à la vente en point de vente physique pour que ces deux canaux de vente soient véritablement concurrents. L'absence d'attractivité de la vente en ligne peut, par exemple, être due à l'immédiateté du besoin à satisfaire, à l'importance pour le consommateur d'être en contact avec le produit (pour le voir ou le toucher par exemple) ou au poids/au volume important(s) des articles en comparaison de leur valeur, rendant ainsi le recours à la livraison peu avantageux¹¹. Par ailleurs, lorsque les ventes en ligne représentent une composante importante

¹⁰ Cf. *infra*, Tableau 1.

¹¹ Dans sa décision n° 18-DCC-148 du 24 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail, l'Autorité a par exemple pu constater la faiblesse du taux de pénétration de la vente en ligne dans le secteur des articles de jardinage (2,5% en 2016). Cette faiblesse pourrait notamment être due au poids excessif de certains accessoires de jardinage (pelles ou râteaux, pots de fleurs) par rapport à leur valeur.

du jeu concurrentiel à l'œuvre dans un secteur, l'Autorité doit adapter certains outils d'évaluation du pouvoir de marché, comme le calcul des parts de marché. Elle doit également tenir compte de certains paramètres spécifiques, comme les effets de réseau indirects¹², pour apprécier les effets d'un comportement concurrentiel, qu'il s'agisse d'une opération de concentration ou de comportements unilatéraux ou d'ententes, comme des exclusivités par exemple. Ces différents aspects de l'analyse de l'Autorité sur les marchés mettant en jeu des ventes en ligne sont présentés dans la première section ci-dessous.

La seconde section de cette étude considère ensuite les différents comportements d'entreprises liés à la vente en ligne que l'Autorité a eu à connaître. En effet, pour les entreprises, la vente en ligne représente à la fois une opportunité et une menace. Internet est susceptible d'aider les distributeurs et les fabricants à accroître leurs ventes, mais constitue aussi un facteur de déstabilisation, en permettant l'entrée de nouveaux concurrents (comme les acteurs spécialisés dans la vente en ligne) ou en entraînant une plus forte concurrence entre les opérateurs existants : ceci peut résulter par exemple de l'existence de comparateurs de prix ou simplement d'une extension des zones de chalandise, les consommateurs pouvant grâce à Internet plus aisément connaître et contacter des vendeurs éloignés.

Cette intensification de la concurrence, si elle est porteuse d'opportunités pour les fabricants comme pour les distributeurs, peut également avoir pour eux des conséquences négatives. Certains distributeurs, moins performants, vont ainsi voir leurs ventes diminuer. S'ils sont assez puissants,

¹² Cf. *infra*, p. 59.

ces distributeurs peuvent alors faire pression sur leurs fournisseurs pour éviter le développement d'une concurrence trop importante d'Internet, par exemple en incitant à la mise en place de prix de revente imposés ou à la restriction des ventes sur Internet.

Les fabricants eux-mêmes peuvent également considérer Internet avec méfiance. Dans certains cas, les vendeurs en ligne peuvent ne pas souhaiter ou ne pas pouvoir proposer le même type de service ou d'environnement de vente que les magasins. Or, ces services peuvent être nécessaires afin que le consommateur apprécie correctement la valeur des produits du fabricant. Dans de tels secteurs, en dégradant l'image de marque du fabricant ou en ne lui permettant plus d'informer suffisamment les consommateurs sur la qualité ou l'usage du produit, un développement sans entrave des ventes en ligne au détriment des ventes en magasin pourrait à terme nuire aux fabricants et les dissuader d'investir pour améliorer la qualité de leurs produits. Les consommateurs peuvent eux aussi pâtir d'une moindre information sur les produits et, à terme, d'une diminution de la qualité de ces produits. Le souci des fabricants de s'assurer que les ventes en ligne respectent des règles communes aux commerces traditionnels se traduit notamment par l'essor de la distribution sélective¹³ et/ou par le nombre et le caractère plus ou moins contraignant des clauses encadrant les ventes en ligne des détaillants.

Mais de façon plus préoccupante du point de vue de la concurrence, les fabricants peuvent également souhaiter limiter le développement des ventes en ligne parce que la

¹³ Voir Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

plus forte concurrence qu'elles entraînent au stade du détail peut se répercuter en amont et intensifier la concurrence entre fabricants. Des restrictions peuvent là aussi être utilisées pour contraindre les ventes en ligne, mais dans un objectif qui, cette fois-ci, est clairement contraire aux intérêts des consommateurs. De la même façon, dans certains secteurs où la vente en ligne est déjà relativement concentrée entre quelques opérateurs, ceux-ci peuvent chercher à limiter la concurrence entre eux, par le biais des clauses de parité tarifaire par exemple.

Les autorités chargées d'appliquer le droit de la concurrence doivent dans ces hypothèses faire la part des effets positifs et négatifs de ces différentes restrictions. La seconde section de cette étude montre comment l'Autorité de la concurrence s'appuie sur le cadre d'analyse issu de la jurisprudence et des lignes directrices européennes pour analyser ces différentes pratiques. Elle souligne également les défis futurs auxquels les autorités de concurrence seront susceptibles d'être confrontées sur les marchés numériques (section II).

**1/ L'ÉVALUATION
DE LA PRESSION
CONCURRENTIELLE
EXERCÉE PAR LES
ACTIVITÉS EN LIGNE
SUR LES ACTIVITÉS
HORS LIGNE**

La première question induite par le développement des activités en ligne pour l'application du droit de la concurrence porte sur la mesure dans laquelle ce développement modifie la situation concurrentielle des activités hors ligne. Les différents facteurs pouvant conduire à une intégration des activités en ligne dans l'évaluation de la situation concurrentielle des activités hors ligne sont d'abord présentés. Cette intégration nécessite ensuite d'adapter les raisonnements et les outils du droit de la concurrence.

La prise en compte du commerce en ligne dans l'analyse concurrentielle des activités hors ligne

La façon dont les ventes en ligne modifient la situation concurrentielle des activités hors ligne est fréquemment appréhendée par le prisme du *marché pertinent*¹⁴. Le marché pertinent est en effet « *le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché pertinent, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché pertinent*

¹⁴ Lorsque la pression concurrentielle induite par les ventes en ligne sur les ventes hors ligne ne permet pas d'aboutir à la délimitation d'un marché pertinent regroupant les deux activités ou lorsque les éléments qualitatifs et quantitatifs recueillis ne permettent pas de définir un marché avec une certitude suffisante (par exemple, parce qu'ils concernent surtout l'entreprise partie à une concentration ou mettant en œuvre une pratique déterminée plutôt que l'ensemble des opérateurs), cette pression concurrentielle peut néanmoins être prise en compte au stade de l'analyse concurrentielle des effets d'une pratique ou d'une concentration.

n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande»¹⁵. Ainsi, la vente en ligne sera considérée comme étant en concurrence avec la vente en magasin lorsque la capacité des clients à mettre en concurrence ces deux canaux est telle que ces deux types de canaux d'approvisionnement peuvent être considérés comme substituables et appartenant donc au même marché pertinent de produits et services¹⁶.

15 Rapports annuels du Conseil de la concurrence, notamment pour l'année 2001. Cf. également les lignes directrices du contrôle des concentrations de l'Autorité. Voir également Commission Européenne – Communication de la Commission 97/C 372/03 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence ainsi que Commission Européenne – Communication de la Commission 2018/C 159/01 Lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire de l'Union pour les réseaux et les services de communications électroniques.

16 À cette analyse de la substituabilité de la demande peut s'ajouter une analyse de la substituabilité de l'offre, consistant à apprécier si les sites de vente en ligne peuvent développer de nouveaux magasins pour concurrencer les magasins existants. Le plus souvent cependant, la création de nouveaux magasins se heurte à plusieurs obstacles, de nature réglementaire (autorisations d'installations) ou économiques (coûts et délais d'installation, notamment) si bien que les sites de vente en ligne ne peuvent aisément développer un canal de vente hors ligne. Cf. Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty), §296 et suivants.

L'appréciation de la substituabilité entre deux produits ou deux canaux de distribution (en ligne et hors ligne par exemple) peut s'effectuer au travers d'une évaluation quantitative (par exemple, en étudiant si et dans quelle mesure une hausse du prix de l'un des deux produits conduit la demande à se reporter vers l'autre produit) ou qualitative (en étudiant les similarités et les différences entre les deux produits). Ainsi, une première analyse de la substituabilité entre deux canaux de vente consiste à analyser directement si une hausse des prix, généralement comprise, selon la méthodologie la plus usitée, entre 5 et 10 %, dans l'un des canaux de vente conduit une part suffisante de la demande à se reporter sur l'autre canal. Une autre méthode, plus indirecte, consiste à rassembler différents indicateurs essentiellement qualitatifs pour apprécier si le comportement des opérateurs et des consommateurs reflète une pression concurrentielle significative des ventes en ligne sur les ventes hors ligne.

L'ANALYSE DES REPORTS DE DEMANDE INTER-CANAU

Comme indiqué supra, la vente en ligne peut être considérée comme en concurrence avec la vente en point de vente physique si, confrontés à une hausse uniforme des prix en magasin, généralement de 5 à 10 %, une proportion suffisamment importante de clients choisit d'acheter en ligne plutôt qu'en magasin, si bien que la hausse des prix en magasin réduit plutôt qu'elle n'augmente les profits des magasins. Ainsi, si suffisamment de clients se tournent vers l'achat en ligne, le canal de vente en magasin ne peut augmenter ses prix du fait de la concurrence des ventes en ligne. Le canal de la vente en magasin ne peut alors être considéré comme un marché pertinent indépendant de la vente en ligne et il doit inclure celle-ci.

En pratique, cette évaluation de la réaction des consommateurs à une hausse des prix en magasin, dont la précision

dépendra des données disponibles, peut s'appuyer sur des tests de marché et/ou des travaux économétriques. Elle peut aussi s'effectuer soit à l'échelle de l'ensemble des magasins concurrents, soit, dans le cas d'une opération de concentration par exemple, à l'échelle des seules parties à l'opération, afin d'apprécier si celles-ci subissent suffisamment la pression concurrentielle des ventes en ligne pour être dissuadées d'élever les prix postérieurement à l'opération.

Ainsi, lors du rachat de Darty par la Fnac en 2016, les tests de marché et sondages réalisés auprès des concurrents et des clients des parties pour évaluer la proximité concurrentielle entre les parties et les acteurs spécialisés dans le commerce en ligne ont montré que i) les concurrents considéraient Amazon comme le 3^e concurrent de la Fnac, derrière Darty¹⁷ mais devant d'autres enseignes disposant d'un réseau de magasins physiques, ii) qu'en cas de hausse de prix des produits bruns ou gris (communication, multimédia, téléviseurs et produits audio) de 5 à 10 % par la nouvelle entité à l'issue de l'opération, sur ses ventes physiques et en ligne, les consommateurs se reporteraient principalement vers les enseignes Boulanger, Amazon ou Cdiscount. Plus précisément, sur ce dernier point, le sondage effectué par l'IFOP en collaboration avec les services d'instruction de l'Autorité a mis en évidence qu'en cas de hausse de prix de 10 % des produits vendus par Fnac ou Darty, les taux de report des consommations vers les acteurs spécialisés dans le commerce en ligne seraient compris entre 21,1 % à 46 % en fonction des catégories de produits¹⁸, soit un niveau jugé

¹⁷ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §145.

¹⁸ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §147.

suffisamment élevé pour que l'Autorité¹⁹ considère, en prenant en compte également d'autres critères, que les ventes en ligne exerçaient une pression concurrentielle suffisante sur les ventes en magasin pour délimiter un marché pertinent unique comprenant les ventes physiques et en ligne.

De tels exercices d'évaluation ne sont cependant pas menés systématiquement. Premièrement, ils peuvent s'avérer relativement longs et/ou coûteux, en particulier lorsqu'ils nécessitent des sondages auprès d'un nombre important de clients, sans toujours être indispensables à l'analyse. Deuxièmement, leurs résultats ne sont pas toujours exploitables, en raison soit d'une insuffisance de données, soit des incertitudes éventuelles associées à la qualité des réponses à un sondage. Ils ne constituent donc généralement qu'un élément du faisceau d'indices aidant l'Autorité à conclure sur l'existence d'une pression concurrentielle du canal de la vente en ligne sur le canal de la vente en magasins physiques. Enfin, des indicateurs plus aisés à rassembler peuvent fréquemment aider l'Autorité sans qu'il soit nécessaire de procéder à une évaluation plus précise des taux de report.

DES INDICATEURS INDIRECTS DE PRESSION CONCURRENTIELLE DES VENTES EN LIGNE SUR LES VENTES HORS LIGNE

Plusieurs autres indicateurs peuvent être utilisés, en complément ou en substitut des taux de report, pour apprécier

¹⁹ L'Autorité précise au §149 de la décision que le fait que le sondage soit effectué en ligne aurait biaisé quelque peu le résultat en faveur d'une forte substituabilité entre les ventes en magasins et les ventes par les acteurs spécialisés dans la vente en ligne. Néanmoins elle a estimé que l'analyse restait inchangée si on corrigeait ce biais compte tenu des ratios de diversion significatifs des parties vers les acteurs spécialisés dans la vente en ligne.

l'étendue de la pression concurrentielle des ventes en ligne sur les ventes hors ligne. Il ne s'agit pas alors d'apprécier directement si les consommateurs mettent en concurrence les ventes en ligne avec les points de vente physique en cas de hausse de prix de ces derniers, mais d'évaluer indirectement, à l'aide de différents indicateurs, si une telle mise en concurrence est suffisamment aisée ou si elle se reflète dans les comportements actuels des entreprises, en termes de prix notamment. Le taux de pénétration de la vente en ligne dans le secteur étudié, les documents internes des parties, les évolutions des prix et la similarité des gammes de produits et des services proposés sur les canaux en ligne et hors ligne et, enfin, la capacité des consommateurs à passer d'un canal à l'autre sont ainsi des éléments fréquemment pris en compte dans l'analyse. Les paragraphes ci-dessous présentent plus en détail l'interprétation qui est faite de ces différents indicateurs.

Taux de pénétration du commerce en ligne

Le développement des ventes en ligne n'a pas nécessairement et immédiatement de conséquences sur la concurrence à laquelle sont soumis les circuits de distribution traditionnels. Il est ainsi possible que la proportion de clients tentés d'acheter en ligne soit trop limitée pour amener les circuits de distribution traditionnels à réagir à cette concurrence nouvelle.

Le poids des ventes en ligne, qui peut renseigner sur la propension des clients susceptibles de recourir à l'achat en ligne, est ainsi très inégal selon les secteurs. Selon la Fevad (Fédération du e-commerce et de la vente à distance) et différents instituts d'études²⁰, en France, les ventes en ligne

²⁰ Voir Fevad, Les Chiffres Clés 2019, p. 5.

**L'ÉVALUATION DE LA PRESSION CONCURRENTIELLE EXERCÉE
PAR LES ACTIVITÉS EN LIGNE SUR LES ACTIVITÉS HORS LIGNE**

représentaient, en valeur, en 2018, 48 % des ventes de détail des produits culturels, 26 % des ventes de détail de produits high-tech ou 20 % des produits électroménagers mais seulement 7 % des ventes de produits de grande consommation. La pression concurrentielle qu'est susceptible d'exercer la vente en ligne sur la vente en magasin est donc très hétérogène selon les secteurs et doit être appréciée au cas par cas, et en fonction de la situation à la date de l'opération (voir le tableau ci-dessous).

Tableau 1 – Parts de marché et chiffres d'affaires du commerce en ligne en France par secteur en 2018

Secteur	Part de marché 2018	Chiffre d'affaires 2018 (en milliards d'euros)
Tourisme	44 %	19,8
Produits culturels (physiques et dématérialisés)	48 %	4,1
...dont produits culturels physiques neufs*	19 %	1,0
Maison high-tech	26 %	3,2
Maison électroménager	20 %	1,7
Habillement	14 %	3,9
Meuble	14 %	1,3
Produits grande conso.	7,1 %	6,7
...dont Drive	5,7 %	5,4

* Ces produits peuvent par exemple être des CDs, des jeux-vidéos ou des DVDs et disques Blu-ray.

Source : Fevad chiffres clés 2019.

Ainsi, dans le secteur de la distribution à dominante alimentaire, la part des ventes en ligne, qui était de 3,2% du marché²¹ en 2012, a conduit l'Autorité à considérer, lorsqu'elle a été saisie du rachat de Monoprix par Casino en 2013, que la distribution en ligne ne concurrençait pas les magasins physiques²². De manière similaire, dans le secteur de la distribution de détail d'articles de jardinage, de bricolage, d'animalerie et d'aménagement extérieur, le poids des ventes en ligne pour l'ensemble des articles concernés par l'opération était de 4,6% en 2016. Aussi l'Autorité a-t-elle pu conclure, lorsqu'elle a été saisie d'une opération de concentration dans ce secteur en 2018, que « *les ventes en ligne d'articles de jardinage, de bricolage, d'animalerie et d'aménagement extérieur sont, actuellement, trop faibles pour constituer une alternative crédible pour les consommateurs* »²³.

Dans certains cas, l'Autorité a pu apprécier l'existence d'une pression concurrentielle exercée par la vente en ligne sur la vente physique en se fondant sur la part des ventes en ligne dans le chiffre d'affaires des entreprises visées par une procédure contentieuse ou parties à une concentration. En effet, lorsque ces dernières disposent à la fois de magasins physiques et de sites de vente en ligne, la part représentée par les ventes en ligne dans le chiffre d'affaire des parties peut constituer un indice du poids des ventes en ligne dans l'ensemble du marché. Par exemple, dans le secteur de la

²¹ Marché excluant les commerces traditionnels, les marchés et les autres circuits spécialisés.

²² Décision n° 13-DCC-90 du 11 juillet 2013 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Monoprix par la société Casino Guichard-Perrachon (Décision Casino Monoprix), §93.

²³ Décision n° 18-DCC-148 du 24 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail (Décision Jardiland), §52.

vente de produits de décoration et de bazar à bas et moyens prix²⁴, les ventes en ligne ne représentaient qu'une faible part du chiffre d'affaires de l'acquéreur et de la cible (moins de 5%), amenant l'Autorité à considérer, en 2017, que les deux canaux de distribution constituaient, en l'espèce, des marchés distincts.

À l'inverse, une part des ventes en ligne relativement élevée dans le chiffre d'affaires cumulé en magasins physiques et en ligne a plusieurs fois été retenue comme un des éléments permettant de caractériser l'existence d'un marché pertinent unique. Ainsi, dans le cas du rachat de Darty par la Fnac, la vente en ligne des produits concernés par l'opération présentait des taux de pénétration importants, même si ceux-ci variaient selon les familles de produits. Les estimations, bien que différentes selon les sources, convergeaient en effet pour constater que les ventes en ligne de produits électroniques représentaient au moins entre 20% et 30% des ventes totales de ces produits²⁵, part appelée à encore augmenter dans les années à venir selon les tests de marché. De même, dans sa décision relative à une concentration dans le secteur de la distribution de jouets, l'Autorité, constatant que les ventes en ligne avaient représenté 28,3% des ventes totales de jouets en France en 2017 (dont près de 20% pour les acteurs spécialisés dans la vente en ligne), soit près de deux fois plus qu'en 2012 (14,2%) et qu'un même consommateur alternait fréquemment entre achat en ligne et achat en magasin, a conclu que « *le taux de pénétration*

²⁴ Décision n° 17-DCC-216 du 18 décembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Lilnat, Vetura et Agora Distribution par la société Groupe Philippe Ginestet (Décision Ginestet), §61.

²⁵ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty), §84

des ventes en ligne sur les ventes totales du marché est important et pérenne»²⁶. Enfin, dans sa décision relative au rachat de Nature & Découvertes par le groupe Fnac-Darty, l'Autorité a estimé que le poids important et croissant des ventes en ligne sur les marchés de la vente au détail de livres imprimés neufs (21 % en 2018²⁷) justifiait d'intégrer le canal de la vente en ligne dans le même marché pertinent que la vente en magasins²⁸.

Il est rare toutefois que la part de marché des ventes en ligne soit le seul critère pris en compte. En effet, il peut, en premier lieu, être difficile d'évaluer à partir de quel seuil de part de marché les ventes en ligne doivent être considérées comme exerçant une pression concurrentielle suffisante. En second lieu, il ne peut être exclu que les clients continuant de faire leurs achats en magasin manifestent une forte préférence pour ce canal et soient donc peu disposés à acheter en ligne. Ainsi, ce qui importe pour la définition des marchés n'est pas tant le poids des achats en ligne que la part des achats qui pourrait être transférée en ligne si les prix en magasin augmentaient. À cet égard, la disposition des consommateurs à passer d'un canal de vente à un autre lorsqu'ils sont confrontés à un différentiel de prix ou de qualité renforce la probabilité que ces canaux constituent bien des modes d'achats substituables.

²⁶ Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultat de la succession de M Stéphane Mulliez (Décision Toys 'R' Us), §41.

²⁷ Hors livres scolaires et encyclopédies en fascicules et hors livres d'occasion. Etude du Service de l'Observatoire de l'économie du livre de mars 2019 et Kantar TNS Sofres.

²⁸ Décision n° 19-DCC-132 du 16 juillet 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Nature & Découvertes par le groupe Fnac Darty, §27.

Attitude des entreprises vis-à-vis de la vente en ligne

Les documents internes des parties concernées par une procédure ouverte devant l'Autorité peuvent également constituer un élément de la grille d'analyse. Ces documents peuvent notamment permettre d'évaluer si, et le cas échéant dans quelle mesure, les opérateurs présents sur le canal de la vente en magasins prennent en compte les comportements des acteurs de la vente en ligne dans l'élaboration de leur stratégie commerciale et tarifaire.

Ainsi, dans le secteur de la distribution de produits gris et bruns, l'Autorité a constaté que « *tant les documents internes des parties que leurs choix stratégiques reflètent l'adoption par celles-ci d'un revirement stratégique en grande partie élaboré en réponse à un environnement de marché dans lequel le positionnement d'un distributeur de produits électroniques ne peut s'exonérer d'une prise en compte des ventes en ligne* »²⁹. En effet, la Fnac et Darty avaient réorganisé leur direction commerciale au profit d'une gestion unifiée des canaux en ligne et hors ligne. L'analyse des documents internes de la Fnac a aussi permis de constater qu'il était tenu compte de la vente en ligne, notamment d'Amazon, dans l'élaboration de sa stratégie commerciale et tarifaire. De même, lors de son examen de la prise de contrôle de la société Luderix dans le secteur de la distribution au détail de jouets, l'Autorité a relevé que les parties notifiantes réalisaient des relevés de prix des acteurs spécialisés dans la vente en ligne³⁰.

²⁹ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §94.

³⁰ Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez.

En revanche, lors de l'examen d'un projet de concentration dans le secteur de la distribution de détail d'articles de jardinage, de bricolage, d'animalerie et d'aménagement extérieur³¹, la partie notifiante a soumis des documents internes contenant des relevés de prix effectués par le groupe InVivo. Ceux-ci n'incluaient les prix pratiqués par les sites de vente en ligne que de façon irrégulière. De plus, seule une part limitée des références identifiées sur le segment du jardinage était présente chez les concurrents en ligne analysés. En outre, les relevés de prix effectués par les points de vente n'intégraient qu'exceptionnellement les ventes en ligne. Du côté de la cible, plusieurs documents internes ont confirmé que la notoriété et le prix pratiqué par les sites de vente en ligne n'étaient pas ou peu pris en considération. Ces éléments ont renforcé la conclusion de l'Autorité qui a considéré que, pour ces produits, les ventes en ligne n'étaient pas susceptibles de constituer une alternative crédible pour les consommateurs des magasins physiques.

Gamme de produits proposés et services disponibles selon les canaux de distribution

Pour que la vente en ligne et la vente en magasin soient incluses dans un même marché pertinent, la gamme de produits et services proposée doit être suffisamment semblable sur les deux canaux. Lorsqu'à l'inverse, la part des produits commercialisés simultanément sur les deux canaux est faible, le consommateur ne pourra que difficilement mettre en concurrence ces canaux d'approvisionnement et il en ira de même si les services complémentaires à la vente en magasin et en ligne sont très différents.

31 Décision n° 18-DCC-148 du 24 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail, §§53-56.

Ainsi, sur le secteur de la vente de produits bruns et gris, le test de marché conduit par l'Autorité à l'occasion du rachat de Darty par la Fnac a notamment permis de relever que les produits commercialisés à la fois en ligne et hors ligne représentaient une part essentielle du chiffre des ventes des parties, tant en volume qu'en valeur³² et que les sites de vente en ligne disposaient en général d'une gamme plus étendue que celle des magasins physiques. Ainsi, les produits commercialisés en magasin étaient généralement aussi commercialisés en ligne³³. De plus, les différences entre la vente sur Internet et celle en magasin tendaient à s'amoindrir, compte tenu de la richesse croissante des conseils dispensés sur les sites de vente en ligne, de la réduction des délais et des prix de livraison des produits vendus sur internet (envoi dans la journée par Amazon par exemple) et des conditions de service après-vente en ligne, identiques ou très similaires à celles offertes en cas d'achat en magasin (remboursement, garantie panne casse ou vols)³⁴. Si les concurrents des parties estimaient que les ventes en ligne se heurtaient encore à certains obstacles³⁵, ils ont aussi mis en avant les avantages de la vente en ligne par rapport aux

32 En l'occurrence, ils représentaient 90% - 100% des ventes en valeur chez Fnac ainsi que chez Darty, Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty), §103.

33 Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §105.

34 Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §108.

35 Comme les conditions de retour, les frais et délais de livraison, les conditions et la fiabilité du service après-vente, la réticence des consommateurs à payer en ligne ou encore l'absence de conseil d'un vendeur. Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §113.

ventes en magasins (confort d'achat, possibilité de comparer les produits et les prix dans une multitude d'enseignes, existence de vidéos de démonstration pouvant compenser l'absence d'expérience produit, disponibilité des produits et des distributeurs 24h/24h et 7j/7, largeur de l'offre, disponibilité et accessibilité des produits, prix parfois plus attractifs, ou encore mise à disposition d'avis des consommateurs sur les produits)³⁶. Au terme de cette analyse, l'Autorité a conclu que *« les services et les avantages inhérents à la vente en ligne ou en magasin physique ne sont pas perçus comme strictement identiques par les concurrents des parties et les consommateurs, chaque canal disposant d'avantages qui lui sont propres. Toutefois, ces caractéristiques ne sont pas de nature à remettre en cause le constat d'un degré important de substitution entre les deux canaux, au regard, notamment, de l'uniformisation des prix et du développement d'un modèle de distribution intégrant les deux canaux de distribution dans le parcours d'achat »*³⁷.

Dans le même sens, concernant le secteur de la vente au détail de livres, lors de l'examen de la concentration entre Nature & Découvertes et Fnac Darty³⁸, l'Autorité a observé une perméabilité entre achats en magasin et achats en ligne de livres du fait, d'une part, que les parties à la concentration proposaient la quasi-totalité des livres vendus en magasin sur leurs sites Internet respectifs et permettaient notamment aux consommateurs de commander des articles

³⁶ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §114.

³⁷ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty) §115.

³⁸ Décision n° 19-DCC-132 du 16 juillet 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Nature & Découvertes par le groupe Fnac Darty, §§ 29-30.

indisponibles en magasin, et d'autre part, que le groupe Fnac-Darty faisait converger les offres de services en ligne et hors ligne au travers de la possibilité de réaliser l'achat selon la modalité dite *click and collect* (commande en ligne puis retrait en magasin), d'un délai réduit de livraison des commandes en ligne ainsi que des conseils donnés aux consommateurs lors de leurs achats en ligne.

De même, dans le secteur de la distribution au détail de jouets³⁹, les références communes aux canaux en ligne et hors ligne représentaient une part substantielle des ventes en volume (plus de 90%). Selon les résultats du test de marché, les concurrents exploitaient très majoritairement un site de vente en ligne et y proposaient une gamme de produits plus large qu'en magasin. En outre, les enseignes de distribution traditionnelle se sont orientées « *vers une adaptation des modes de commercialisation intégrant les technologies numériques et permettant notamment aux vendeurs de commander en ligne des produits indisponibles dans le magasin concerné, et à leurs sites internet d'indiquer les produits pouvant être retirés en magasin* » (§51). De plus, les parties ont indiqué avoir enrichi leur documentation en ligne concernant les jouets en vente. Par ailleurs, les modes et les délais de livraison des jouets vendus en ligne rendaient les produits quasi immédiatement disponibles, les grandes surfaces spécialisées dans la vente de jouets ayant développé des services de commande et de livraison de plus en plus rapides (retrait en magasin dans les heures qui suivent, livraison à domicile, en points de retrait ou en consigne le lendemain du jour de la commande). Enfin, l'Autorité a relevé que les parties notifiantes avaient mis en

³⁹ Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez (Décision Toys 'R' Us), §§49-53.

œuvre des politiques de remboursement spécifiques prenant en compte les ventes en ligne⁴⁰.

À l'inverse, l'Autorité a pu retenir que dans le domaine de la distribution des parfums et cosmétiques de luxe, le développement des ventes en ligne rencontrait encore des obstacles, dus notamment à l'absence d'accueil et de conseil ou au risque d'achat de contrefaçons en ligne⁴¹. De même, dans le secteur des produits de décoration et de bazar à bas prix, le test de marché a fait ressortir l'importance des achats d'impulsion et le rôle joué, dans ces achats, par la possibilité de toucher et de visualiser les produits en magasins. Une forte majorité des entreprises répondantes considérait d'ailleurs que les clients n'étaient pas indifférents au fait d'acheter leurs produits de décoration et bazar en ligne ou hors ligne⁴². Sur ce secteur, l'Autorité a aussi relevé que les produits de décoration et de bazar à bas prix étaient souvent vendus sans marque, et donc avec un doute sur leur qualité, pouvant être levé par la visualisation du produit en magasin⁴³. L'Autorité de la concurrence a également conclu

40 Les parties proposaient une garantie permettant aux clients d'obtenir un alignement immédiat en caisse sur le prix le plus bas si le client présente au moment du passage en caisse une offre d'un produit identique vendu moins cher par un concurrent que ce soit en magasin ou en ligne ou bien le remboursement de la différence sur tout article acheté en magasin dans les quatorze jours suivant l'achat. Voir § 53 de la décision.

41 Décision n° 14-DCC-71 du 4 juin 2014 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe Nocibé par Advent International Corporation, § 17.

42 Décision n° 17-DCC-216 du 18 décembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Lilnat, Vetura et Agora Distribution par la société Groupe Philippe Ginestet (Décision Ginestet) §66.

43 Décision n° 17-DCC-216 du 18 décembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Lilnat, Vetura et Agora Distribution par la société Groupe Philippe Ginestet (Décision Ginestet) §67.

à une segmentation des marchés en ligne et « en dur » dans le secteur du pari hippique, constatant une moins grande diversité de jeux et flexibilité d'utilisation (en matière d'accessibilité horaire notamment) dans le canal en dur mais aussi sa plus grande convivialité⁴⁴. Dans le secteur de la presse d'information sportive, la cour d'appel de Paris⁴⁵ comme l'Autorité de la concurrence ont conclu qu'en dépit de l'arbitrage effectué par les consommateurs entre les différents médias (presse, Internet, radio, télévision, applications mobiles), la presse écrite conservait des spécificités, notamment le confort et la souplesse de lecture ou la capacité d'analyse, de recul et de mise en perspective de l'information. Les médias numériques, qui tendaient à privilégier l'information instantanée, ont ainsi été considérés comme plus complémentaires que concurrents de la presse écrite. Enfin, dans son avis sur la publicité en ligne⁴⁶, l'Autorité a estimé qu'en dépit du développement de la publicité vidéo sur internet⁴⁷, la publicité en ligne et la publicité télévisée ne présentaient pas les mêmes atouts, les annonces télévisuelles permettant d'atteindre une audience plus large et de manière spontanée alors que les annonces en ligne permettaient de cibler plus efficacement l'audience en fonction

⁴⁴ Décision n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne, §§51-54.

⁴⁵ Cour d'appel de Paris, pôle 5 chambre 5-7, arrêt du 15 mai 2015, n° RG 2014/05554.

⁴⁶ Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet, §§ 173-174.

⁴⁷ Décision n° 14-DCC-50 du 2 avril 2014 relative à la prise de contrôle exclusif des sociétés Direct 8, Direct Star, Direct Productions, Direct Digital et Bollore Intermédia par Vivendi SA et Groupe Canal Plus, §106, ainsi que la contribution du CSA à la consultation de l'Autorité et l'Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur Internet, § 172.

de l'objectif commercial, sous une forme plus diverse et interactive, et offraient ainsi des outils de mesures de performance et de contrôle publicitaire qui ne pouvaient être utilisés dans le secteur de la publicité télévisuelle.

Enfin, il convient de relever que la question de l'importance de la concurrence entre les canaux de distribution en ligne et hors ligne peut être difficile à trancher et nécessite, partant, une approche au cas par cas. Dans sa décision relative à la vente événementielle en ligne⁴⁸, confirmée par la cour d'appel de Paris⁴⁹, l'Autorité a ainsi considéré, à rebours de ses services d'instruction, que les critères caractérisant ce mode de distribution (des prix attractifs, une relative confidentialité des ventes⁵⁰, une logique d'achat d'impulsion, un positionnement haut de gamme, un stock de produits important) soit devaient être relativisés, soit se retrouvaient dans les canaux de distribution physiques, notamment les magasins en période de soldes ou les magasins d'usine et de déstockage le reste de l'année. De fait, une analyse fondée uniquement sur différents critères de différenciation peut présenter, dans certains cas, des limites : d'une part, mesurer cette différenciation n'est pas toujours aisé ; d'autre part, identifier le seuil à partir duquel la différenciation des gammes ou des services est suffisante pour considérer que les canaux de distribution traditionnels et en ligne ne sont pas concurrents peut être délicate. Cette incertitude conduit alors fréquemment l'Autorité à recueillir d'autres indices,

⁴⁸ Décision du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne, §105

⁴⁹ Cour d'appel de Paris, arrêt du 12 mai 2016, n° RG 2015/00301

⁵⁰ Les ventes événementielles en ligne ne font généralement l'objet d'aucune publicité auprès du grand public et ne sont en général accessibles qu'à un club de membres.

servant à appuyer ou à relativiser l'importance de cette différenciation dans le processus concurrentiel.

Différentiels de prix entre les différents canaux de vente

En règle générale, si deux produits ou deux canaux de vente sont substituables, soit l'écart de prix entre les deux est relativement réduit, soit, à tout le moins, il demeure relativement constant. Dans le cas contraire, les ventes du canal le plus onéreux ou dont le prix relatif a augmenté doivent diminuer, les clients lui substituant le produit ou canal concurrent. Ainsi, des prix identiques sur les deux canaux de distribution ou, à tout le moins, des écarts de prix relativement limités et constants ou en diminution peuvent constituer un indice allant dans le sens d'une substituabilité entre ces canaux.

Lors de son examen de la concentration entre la Fnac et Darty, l'Autorité a ainsi relevé que les prix des produits commercialisés à la Fnac étaient majoritairement fixés en fonction des prix pratiqués par les acteurs spécialisés dans la vente en ligne. Les données au dossier permettaient également de constater l'ampleur des rapprochements tarifaires entre les prix de la Fnac en magasin et de la Fnac en ligne et des rapprochements tarifaires entre la Fnac ou Darty et deux des principaux acteurs spécialisés dans la vente en ligne présents sur les produits gris et bruns, à savoir Amazon et Cdiscount, à tout le moins sur certaines catégories de produits (appareils photo, caméscopes, téléviseurs, smartphones ou encore consoles de jeux, etc.), les années précédant l'opération. En outre, les concurrents des parties indiquaient avoir adopté une tarification unifiée en ligne et hors ligne, renforçant ainsi les observations réalisées dans les cas spécifiques des parties. L'Autorité en a conclu que « *le rapprochement tarifaire entre les prix de la Fnac et ceux des*

pure players est désormais observable et tend à se généraliser, même s'il n'existe pas encore d'alignement général des prix de l'ensemble des produits. Ce constat est également applicable aux principaux concurrents des parties »⁵¹.

De même, lors de son examen de la prise de contrôle de la société Luderix sur le secteur de la distribution au détail de jouets, l'Autorité a relevé que la majorité des grandes surfaces spécialisées (GSS) interrogées dans le cadre du test de marché confirmaient qu'elles appliquaient les mêmes prix en magasin et en ligne. L'analyse réalisée par l'Autorité à partir des données de relevés de prix communiqués par Toys'R'Us a confirmé la similarité des prix de vente en ligne et en magasins de cette enseigne. Par ailleurs, l'analyse a également montré que les écarts de prix entre Toys'R'Us et ceux proposés par ses concurrents spécialisés dans la vente en ligne étaient régulièrement inférieurs à 10 %. Au final, l'Autorité en a conclu que « *les parties notifiantes appliquent une politique tarifaire uniformisée entre leurs deux canaux de vente qui tient compte de relevés de prix effectués en ligne. Les analyses menées montrent en outre que les prix pratiqués par les enseignes telles que Toys'R'Us sont contraints par les prix des opérateurs spécialisés dans la vente en ligne, comme l'illustrent les faibles écarts de prix entre ces acteurs* »⁵². Par ailleurs, dans sa décision relative à la vente événementielle en ligne⁵³, l'Autorité a estimé que tant les sites de vente événementielle

⁵¹ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty), §133.

⁵² Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez, §60.

⁵³ Décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne.

que les magasins d'usine, les solderies ou les magasins dégriffés pratiquaient des décotes importantes, facilitant ainsi la mise en concurrence de ces différents canaux. De même, sur le secteur de la vente de pneumatiques, le test de marché a souligné la forte pression concurrentielle des sites internet sur les magasins physiques notamment du fait de l'existence de comparateurs de prix des pneumatiques⁵⁴.

À l'inverse, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques (décision Deezer⁵⁵) rendue le 9 novembre 2004, le Conseil de la concurrence a estimé que le téléchargement de titres musicaux sur Internet et l'achat de ces titres en magasin n'étaient pas substituables, en raison notamment des écarts de prix significatifs entre ces deux canaux, la musique achetée au travers des canaux traditionnels pouvant coûter jusqu'à cinq fois plus cher que celle téléchargée sur Internet pour un titre simple et jusqu'à deux fois plus cher pour un album. De même, dans sa décision relative à la presse d'information sportive⁵⁶, l'Autorité a considéré que les supports d'information sportive gratuits, et notamment les sites internet d'information sportive, ne concurrençaient pas la presse payante d'information sportive, car aucune diminution du prix de la presse sportive payante n'avait été

⁵⁴ Décision n° 15-DCC-76 du 30 juin 2015 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Allopneus par le groupe Michelin et la société Hevea, (Décision Michelin), § 27.

⁵⁵ Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, §29

⁵⁶ Décision n° 14-D-02 du 20 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la presse d'information sportive (Décision Amaury).

constatée malgré le développement des différents médias d'information sportive gratuits.

Mobilité des consommateurs entre la vente en ligne et la vente en magasins et distribution omnicanale

Le déploiement d'une stratégie omnicanale⁵⁷ par les opérateurs d'un secteur est également un indice de l'intensité de la concurrence pouvant exister entre vente en ligne et vente en magasins. En effet, de telles stratégies répondent à la mobilité des consommateurs et à l'utilité conjointe des deux canaux d'achat pour ces derniers, deux facteurs qui tendent alors à indiquer que les clients peuvent aisément passer d'un canal à l'autre et, si nécessaire, mettre en concurrence ces deux canaux.

Par exemple, dans sa décision relative au rachat de Toy'R'Us par PicWic⁵⁸, l'Autorité a constaté que tant les GSS (grandes surfaces spécialisées) que les GSA (grandes surfaces alimentaires) avaient développé des outils numériques permettant, entre autres, aux clients en magasin de consulter les produits et leur disponibilité en magasin ou en ligne, ce qui tend à indiquer une certaine porosité ou complémentarité

57 Une stratégie omnicanale consiste, pour les entreprises, à mobiliser l'ensemble des canaux de vente à leur disposition (physiques ou en ligne) et à éventuellement les croiser (click and collect, drive, bornes interactives en magasins) afin d'améliorer l'expérience du consommateur et multiplier ses occasions d'achat.

58 Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez.

entre les deux canaux⁵⁹. De même, les tests de marché réalisés lors de l'examen du rachat de Darty par la Fnac ont confirmé qu'une fraction importante des consommateurs comparaient les prix en ligne et en magasin et combinaient ces deux canaux lors de l'achat de produits électriques : ces consommateurs pouvaient notamment consulter les deux canaux de vente avant de réaliser leur achat sur l'un des deux et les pratiques de *ROPO* (« *research online, purchase offline* » : soit rechercher le produits en ligne et l'acheter en magasin)⁶⁰ ou, à l'inverse, de « *showrooming* » (se rendre en magasin pour examiner le produit et son tarif puis l'acheter en ligne) étaient fréquentes⁶¹. Des constats similaires ont été effectués dans le secteur de la distribution au détail de jouets : « *la totalité des concurrents interrogés dans le cadre du test de marché estiment que les consommateurs utilisent les deux canaux de vente quand ils réalisent un achat de jouet, et qu'ils comparent les prix en ligne et en magasin avant d'effectuer leurs achats...* »⁶².

En outre, dans la décision Fnac/Darty précitée, les tests de marché ont permis de souligner le succès du *click and collect*, c'est-à-dire le fait pour le client de commander en ligne et de

⁵⁹ Mise en place en magasin de bornes permettant de connaître la disponibilité d'un produit en ligne ou en magasin et de casiers permettant de retirer des produits achetés en ligne (Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez, §63).

⁶⁰ Parcours d'achat dans lequel le consommateur recherche son produit en ligne et l'achète dans une enseigne physique.

⁶¹ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la reprise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, § 144.

⁶² Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez, §64.

retirer la commande dans un magasin physique. En particulier, l'Autorité a retenu que ce parcours d'achat permettait de « *minimiser certains des inconvénients identifiés pour la vente en ligne, notamment les frais et les délais de livraison* »⁶³.

À l'inverse, dans le secteur de la distribution de détail d'articles de jardinage, de bricolage, d'animalerie et d'aménagement extérieur, l'Autorité a constaté que le déploiement d'une stratégie omnicanale par la cible demeurerait limité, en raison de la faible appétence des consommateurs pour les achats en ligne. Ainsi, moins de 5% des visites sur le site Internet de Jardiland avaient pour motif la réalisation d'un achat en ligne et la livraison à domicile n'était pas encore proposée au consommateur⁶⁴. De même, dans le secteur de la vente de produits de décoration et de bazar à bas et moyen prix, les frais de port importants et le coût élevé de la création d'un modèle d'opérateurs actifs à la fois dans la vente en magasins physiques et en ligne par rapport au panier moyen d'achat⁶⁵ étaient peu propices au développement d'une stratégie omnicanale.

Il peut par ailleurs être relevé que dans certains cas, la mobilité du consommateur entre le canal en ligne et le canal traditionnel découle de la nature même du produit acheté. Ainsi, dans une décision concernant le secteur des pneumatiques, l'Autorité a constaté que les commandes effectuées auprès des acteurs spécialisés dans la vente en ligne étaient livrées

⁶³ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac (Décision Fnac Darty), §136.

⁶⁴ Décision n° 18-DCC-148 du 24 août 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Jardiland par la société InVivo Retail, §53 et suivants.

⁶⁵ Décision n° 17-DCC-216 du 18 décembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Lilnat, Vetura et Agora Distribution par la société Groupe Philippe Ginestet (Décision Ginestet), §§64-65.

auprès d'un magasin physique partenaire où les acheteurs devaient se rendre pour y procéder à la monte. ce qui atténuait les spécificités de l'achat en ligne par rapport à l'achat en magasin⁶⁶. Pour autant, d'autres indices tendaient à indiquer une faible substituabilité entre les deux canaux et l'Autorité a alors laissé ouverte la délimitation exacte du marché.

L'adaptation de la grille d'analyse du droit de la concurrence à la prise en compte des ventes en ligne

Lorsque la pression concurrentielle exercée par la vente en ligne sur la vente hors ligne est suffisamment importante pour que ce canal soit intégré dans le même marché pertinent que les activités hors ligne, la grille d'analyse utilisée pour apprécier la situation de la concurrence doit être adaptée en conséquence. De manière générale, si le développement de la vente en ligne incite les opérateurs à harmoniser leurs politiques tarifaire et commerciale au niveau national, l'analyse concurrentielle devrait être effectuée à la même échelle. Néanmoins, les spécificités locales d'un secteur peuvent justifier que soit conduite une analyse à la fois à l'échelle locale et à l'échelle nationale. La prise en compte des activités en ligne conduit également à modifier le calcul des parts de marché et à prendre en considération dans l'analyse concurrentielle des composantes spécifiques aux activités en ligne ou plus présentes dans celles-ci, qui peuvent être facteurs soit d'intensification, soit d'atténuation de la concurrence.

⁶⁶ Décision n° 15-DCC-76 du 30 juin 2015 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Allopneus par le groupe Michelin et la société Hevea, (Décision Michelin) § 28.

PRISE EN COMPTE DES VENTES EN LIGNE ET CONCURRENCE LOCALE

Quelques aspects de la dimension géographique de la concurrence entre des points de vente physiques

La concurrence entre des points de vente physiques s'exerce fréquemment à un niveau *infra*-national, voire *infra*-régional, *infra*-départemental ou local, du fait, notamment, des coûts de transaction généralement associés aux achats effectués auprès d'un vendeur géographiquement éloigné de ses clients. En particulier, les coûts et le temps de transport vont limiter la distance que les consommateurs sont prêts à parcourir pour mettre en concurrence des magasins et ainsi l'étendue du marché géographique sur lequel ces magasins sont en concurrence⁶⁷.

Mais la dimension locale de la concurrence peut aussi découler d'autres facteurs. En particulier, dans certains cas, notamment lorsque les vendeurs peuvent différencier leurs prix en fonction des zones de chalandise, des préférences locales particulières peuvent modifier l'intensité de la concurrence entre des produits ou services, des produits jugés concurrents dans une zone donnée ne l'étant pas forcément dans une autre. Comme l'explique l'Autorité dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations, des considérations subjectives quant au comportement de la demande, telles que les préférences et les habitudes régionales ou nationales ou l'attachement aux marques peuvent faire que certains produits d'origine géographique différente

⁶⁷ Cf., par exemple, les Lignes directrices du contrôle des concentrations de l'Autorité de la concurrence.

ne soient pas, du point de vue de la demande, substituables aux produits locaux. L'élasticité croisée de la demande entre deux produits peut ainsi être différente d'une zone géographique à l'autre en raison d'habitudes locales.

Enfin, la dimension locale de la concurrence n'exclut pas que celle-ci soit également analysée au niveau national, lorsque c'est à ce niveau que se définissent les grands paramètres de nature à déterminer la compétitivité des opérateurs. Ainsi, lors de l'examen de la concentration Banque Populaire/Caisses d'Épargne⁶⁸, l'analyse concurrentielle des marchés de la banque de détail et de certains marchés de la banque commerciale, s'agissant des PME, s'est effectuée à la fois au niveau national et au niveau local. En effet, la position concurrentielle des établissements bancaires dépend, d'une part de la taille des groupes au niveau national (de nombreux services bancaires étant caractérisés par des économies d'échelle et de gamme favorisant les banques disposant d'une très large base de clientèle), et d'autre part, de leur proximité et de la qualité de leur relation avec les clients⁶⁹. De plus, contrairement à ce qui a été constaté par la Commission européenne sur d'autres marchés bancaires nationaux, ces marchés présentent, en France, un certain degré d'hétérogénéité géographique, tant en ce qui concerne l'implantation des différents groupes que les conditions tarifaires pratiquées au sein d'un même groupe⁷⁰.

68 Décision n° 09-DCC-16 du 22 juin 2009 relative à la fusion entre les groupes Caisse d'Épargne et Banque Populaire.

69 S'agissant des activités de banque de détail, voir §§ 137 et suivants de la décision, s'agissant des activités de banque commerciale, voir §§ 156 et suivants de la décision.

70 §§ 143 et suivants.

La prise en compte du commerce en ligne ne supprime pas la prise en compte de la distance dans la concurrence entre magasins physiques

La prise en compte des ventes en ligne est évidemment de nature à modifier l'analyse concurrentielle par rapport aux marchés traditionnels, et ce de plusieurs façons. Se pose ainsi la question d'une extension de la délimitation des marchés géographiques et de l'éventuelle disparition du caractère local des marchés. En effet, dès lors que les clients peuvent mettre en concurrence des magasins avec des opérateurs en ligne, des magasins qui tenteraient d'élever leurs prix dans une zone géographique locale pourraient voir leurs clients acheter leurs produits en ligne, rendant ainsi une telle hausse des prix non profitable. Il pourrait alors être considéré qu'un magasin, quand bien même il détiendrait une part de marché élevée sur son marché géographique local, ne pourrait disposer cependant d'aucun pouvoir de marché du fait de la concurrence qu'exercent sur lui les sites de vente en ligne dont les prix sont fréquemment définis de façon nationale⁷¹. Plus largement, si la concurrence entre les sites de vente en ligne est nationale, le pouvoir de marché des magasins ou des chaînes de magasins pourrait alors, lui aussi, devoir s'évaluer à l'échelle nationale.

Un tel raisonnement présente cependant des limites. En particulier, la concurrence qui s'exerce entre les opérateurs est naturellement une question de degré : certains opérateurs

⁷¹ Il n'est pas exclu qu'à terme, les sites de vente en ligne différencient plus fréquemment leurs prix selon la localisation géographique des acheteurs. Pour autant, il n'est pas certain que la dimension locale des marchés en soit renforcée, des sites internet peu présents dans une région pouvant parfois aisément y accroître leur présence si leurs prix sont inférieurs à ceux de leurs concurrents.

peuvent exercer une plus forte pression concurrentielle que d'autres sur une entreprise donnée. À l'inverse, l'appréhension de la concurrence par le prisme des marchés pertinents conduit à considérer qu'un opérateur est soit concurrent d'un autre opérateur, soit il ne l'est pas du tout, sans nécessairement rendre compte de l'intensité de cette concurrence. Si cette simplification du processus concurrentiel n'est pas dépourvue de fondement⁷², dans certains cas, la différenciation des produits au sein d'un même marché pertinent peut être telle qu'il est nécessaire d'intégrer à l'analyse les différences de degré d'intensité concurrentielle existant entre opérateurs ou entre canaux de vente. C'est particulièrement vrai lors de l'examen d'opérations de concentration : l'effet de telles opérations dépend en effet, non pas tant de la proportion de consommateurs qui se tourneront vers Internet si l'ensemble des magasins accroissent leurs prix, que de la proportion de consommateurs de l'une des entreprises parties à l'opération qui se reporteront vers l'autre entreprise partie à l'opération (le « ratio de diversion »). Le commerce en ligne peut alors diminuer cette proportion. Toutefois, même en présence d'un report des ventes vers Internet, le « ratio de diversion » entre les parties peut être suffisamment élevé pour que l'opération de concentration se traduise par une hausse des prix.

Ce raisonnement a ainsi trouvé à s'appliquer lors de l'examen du rachat de Darty par la Fnac⁷³. Comme pour la plu-

⁷² En effet, dès lors que le report des consommateurs vers Internet excède un certain seuil, les magasins physiques subiront la concurrence de ce canal et l'intégreront lors de la fixation de leurs prix de vente en magasins, quelle que soit par ailleurs l'intensité de cette pression concurrentielle.

⁷³ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la reprise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, §§ 156 et suivants, notamment les §§ 184-186.

part des commerces de détail, la concurrence entre les magasins s'exerce à l'échelle locale⁷⁴. La partie notifiante soutenait que la prise en compte de la concurrence exercée par les ventes en ligne sur les ventes en magasin devait conduire à délimiter un marché national, pour deux raisons : d'une part, parce que les sites de vente en ligne et les principaux concurrents traditionnels opéraient au niveau national ; d'autre part, parce que les conditions tarifaires et non tarifaires de vente au détail des produits bruns et gris étaient également déterminées à l'échelon national. La pression concurrentielle exercée par les sites de vente en ligne, notamment Amazon ou Cdiscount, aurait en effet été telle que les prix des différents concurrents auraient tous convergé vers ceux pratiqués par les acteurs du numérique.

Toutefois, l'Autorité a observé que les acheteurs des produits bruns et gris demeuraient attachés aux magasins physiques, ce que reflétaient notamment la poursuite des ouvertures de magasins physiques ou le taux de pénétration du commerce en ligne dans ce secteur, qui demeurait inférieur à 30 %. Elle a également constaté que les conditions tarifaires et non tarifaires de vente du secteur des produits bruns et gris n'avaient pas été complètement uniformisées sous la pression de la vente en ligne au niveau national, des marges de manœuvre continuant d'exister pour les magasins en fonction des environnements concurrentiels locaux.

La conjugaison de ces différents éléments justifiait donc que l'analyse concurrentielle soit effectuée à la fois à l'échelle nationale et locale. En ce sens, l'Autorité a indiqué que *« l'e-commerce constitue par nature une activité dématérialisée, qui*

⁷⁴ C. Armoet, S. Lecou, A. Rossion, *L'intégration des acteurs internet dans le marché : évolution ou révolution ?* Concurrences n° 4-2016, pp. 35-41.

permet à chaque consommateur d'en bénéficier, quel que soit l'endroit où il se trouve. La distribution sur internet n'est donc pas rattachable à un territoire particulier. Pour autant, appréhender l'offre en ligne n'implique pas d'occulter les différences de situations locales qui peuvent s'offrir au consommateur en fonction de la zone de chalandise dans laquelle il se trouve». En effet, sur une zone locale où la Fnac et Darty sont présents, les consommateurs, en cas de hausse des prix en magasin de la Fnac (ou de Darty), pourraient se reporter de façon prioritaire vers Darty (ou vers la Fnac), rendant ainsi profitable une hausse de prix de la Fnac (ou de Darty). L'Autorité a ainsi conclu que « *la prise en compte de la pression concurrentielle exercée par les sites de vente en ligne sur les points de vente physiques n'implique pas d'analyser exclusivement un marché national* »⁷⁵.

À l'occasion de l'examen de la concentration entre PicWic et Toys 'R' Us, l'Autorité a également mené des analyses concurrentielles aux niveaux national et local sur le secteur du commerce de détail des jouets⁷⁶. À la différence de l'opération Fnac/Darty, qui pouvait significativement réduire la concurrence sur certaines zones locales à Paris, l'opération ne présentait que très peu de risques d'effets horizontaux. En effet, au niveau national, les parts de marché cumulées des parties restaient très limitées (moins de 15%) avec la présence de nombreux concurrents sur le marché, y compris les acteurs spécialisés dans la vente en ligne comme Cdiscount ou Amazon. Localement, en s'appuyant sur les mêmes postulats que pour Fnac/Darty, l'analyse des parts de marché en

⁷⁵ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la reprise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, §185.

⁷⁶ Décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez

valeur a permis de vérifier l'absence d'effets horizontaux sur l'ensemble des zones locales où l'opération donnait lieu à des chevauchements entre les magasins physiques des parties⁷⁷. L'opération a donc été autorisée sans engagement, à l'issue d'une phase I.

Même des marchés principalement en ligne peuvent comprendre une dimension locale forte

L'examen de la concentration entre Fnac et Darty a permis à l'Autorité de rappeler que lorsqu'une fraction suffisamment importante de consommateurs conservait une certaine préférence pour l'achat en magasin, la prise en compte des achats en ligne ne permettait pas nécessairement d'écarter la dimension locale de la concurrence entre les magasins.

Cependant, les marchés sur lesquels les ventes en ligne constituent des alternatives plus évidentes à un achat en point de vente physique ne sont pas non plus nécessairement des marchés qui doivent être appréhendés sous un angle exclusivement national ou supranational. En effet, selon les produits ou services considérés, il peut demeurer une segmentation géographique significative des marchés en dépit du caractère fortement dématérialisé de l'utilisation de ces produits ou services. Il en va notamment ainsi des marchés sur lesquels les préférences des clients pour tel ou tel produit présentent de fortes spécificités locales : dans ce cas, selon la région considérée, la pression concurrentielle exercée par un produit concurrent sera plus ou moins forte, que le produit soit commercialisé en magasin ou en ligne.

⁷⁷ Le Havre (76), Livry-Gargan (93), Lomme (59), Maurepas (78), Orvault (44), Saint-Martin-Boulogne (62), Thillois (51), Vert-Saint-Denis (77) et Villeneuve d'Ascq (59).

Ainsi, lors de son examen du rachat de Logic-Immo par SeLogger⁷⁸, l'Autorité a jugé que pour le secteur des plateformes de petites annonces immobilières en ligne, l'analyse concurrentielle devait être effectuée à la fois au niveau national et au niveau local. En effet, l'utilisateur à la recherche d'un bien immobilier cible en général une zone géographique précise, tandis que le propriétaire d'un bien immobilier est conscient qu'en général, sa clientèle potentielle sera située à proximité de la zone géographique où sa propriété est implantée. Or, selon les régions, les parts de marché des portails immobiliers d'envergure nationale peuvent présenter des différences significatives, tant en nombre d'annonces (vis-à-vis des propriétaires immobiliers) qu'en audience (vis-à-vis des internautes à la recherche d'un bien immobilier), du fait notamment de la présence, dans certaines régions, de portails régionaux très importants. Au cas d'espèce, les politiques tarifaires des portails nationaux pouvaient d'ailleurs être ajustées en fonction des caractéristiques des marchés locaux, et plusieurs documents internes des parties et des déclarations de tiers confirmaient que les parties effectuaient des analyses concurrentielles par zone locale⁷⁹. De surcroît, en l'absence d'une notoriété suffisante en dehors de leurs principales régions d'activité, les plateformes d'annonces immobilières très implantées dans une région ne pouvaient aisément se déployer dans une région où elles n'étaient pas encore présentes. La conjugaison de ces caractéristiques a alors conduit l'Autorité à effectuer son analyse tant au niveau national que local.

78 Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLogger/Logic-Immo).

79 Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLogger/Logic-Immo), §§74-76.

Pour conclure, deux types de raisons ont donc pu conduire l'Autorité à considérer qu'en dépit d'une forte pression concurrentielle des ventes en ligne, la dimension locale de l'analyse devait rester primordiale : d'abord, une forte préférence des consommateurs pour les achats en magasin, ensuite, une forte variabilité des parts de marché des sites de vente en ligne au niveau régional, combinée à des ajustements tarifaires et à des barrières à l'entrée au niveau local.

L'APPRÉCIATION DES PARTS DE MARCHÉ EN PRÉSENCE DE VENTES EN LIGNE

Dans le secteur de la distribution de détail, les parts de marché sont fréquemment appréhendées en se référant aux surfaces de vente. Cette donnée présente en effet le double avantage d'être plus facilement accessible que des parts de marché en valeur, tout en y étant corrélée. L'intégration des ventes en ligne, qui ne sont associées à aucune surface de vente, nécessite alors de concilier des parts de marché en surface avec des parts de marché en valeur⁸⁰.

Ainsi, lors de l'examen du rachat de Darty par la Fnac, l'Autorité a adopté des méthodes de calcul différenciées en fonction du profil des acteurs sur le marché. S'agissant des acteurs possédant des points de vente, faute de chiffres d'affaires pour l'ensemble des concurrents des parties au niveau local, l'Autorité s'est appuyée sur des données de surfaces des magasins physiques multipliées par des chiffres d'affaires par mètre carré moyens de chaque enseigne pour chaque grande zone géographique, à savoir

⁸⁰ Des problématiques similaires peuvent se poser si l'on souhaitait étudier le poids des drives sur un marché composé de surfaces commerciales traditionnelles.

région parisienne, grandes villes de province et province hors grandes villes⁸¹. S'agissant des acteurs en ligne, les parts de marché au niveau local ont été estimées à l'aide d'un double postulat : pour chaque zone de chalandise, i) sur le segment de la vente en ligne, les parts de marché des acteurs sont supposées identiques à celles qu'ils détiennent au niveau national, ii) le poids en termes de valeur des ventes en ligne par rapport aux ventes en magasin est identique à celui observé au niveau national. En effet, sur ce marché de la vente au détail de produits gris et bruns, ni l'image de marque et l'attractivité des différents sites de vente en ligne, ni la disposition des consommateurs à recourir à l'achat sur Internet ne semblaient différentes d'une région à l'autre⁸².

Par ailleurs, certains marchés numériques sont similaires à des marchés de médias, dans le sens où ils cherchent d'une part à capter l'attention de la population, d'autre part à vendre des espaces publicitaires à des annonceurs, et l'évaluation des positions des opérateurs sur ces marchés peut alors s'effectuer selon plusieurs mesures (différentes mesures d'audience ou différentes mesures d'activités publicitaires), d'autant que les marchés numériques peuvent présenter une plus grande richesse de données et donc une plus grande variété d'indicateurs que des marchés de médias traditionnels.

⁸¹ Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la reprise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac, §§401-403. Voir aussi décision n° 19-DCC-65 du 17 avril 2019 relative à la prise de contrôle conjoint de la société Luderix International par la société Jellej Jouets et l'indivision résultant de la succession de M. Stéphane Mulliez, §§ 92-94.

⁸² Simple dans son principe, ce raisonnement n'est pas dépourvu de difficultés pratiques puisqu'il nécessite de disposer de ventes en chiffre d'affaires et non des surfaces commerciales habituellement utilisées pour l'analyse de ce type de concentrations (*cf. infra*).

Ainsi, dans son avis sur la publicité en ligne de 2018⁸³, l'Autorité de la concurrence a relevé que, pour l'appréciation des parts de marché des acteurs de la publicité en ligne, « plusieurs indicateurs en volume, qui varient selon le service, peuvent être pris en compte. Par exemple, le nombre de comptes, le nombre d'utilisateurs mensuels et quotidiens, le nombre de visites sur un site, le nombre d'utilisateurs logués, le nombre de vidéos mises en ligne par les utilisateurs, ou encore le nombre de vidéos vues sont fréquemment utilisés sur des marchés tels que ceux des réseaux sociaux ou des plateformes de partage de vidéos. Des indicateurs comme le nombre d'utilisateurs mensuels et journaliers peuvent néanmoins apparaître imparfaits dans la mesure où ils n'indiquent par exemple pas le temps effectivement passé à utiliser un service. Ils ne donnent pas non plus d'indications sur le volume de données des utilisateurs que la plateforme peut collecter et ensuite utiliser pour cibler des segments d'audience ».

De même, dans sa décision sur le rachat de Logic-Immo par SeLogger, l'Autorité a examiné la pertinence relative de différentes mesures de parts de marché basées sur l'audience, le nombre d'annonces immobilières ou le chiffre d'affaires. Il est notamment apparu que si des mesures basées sur les volumes (audience, nombre d'annonces) peuvent être indicatives de l'attractivité et donc du pouvoir de marché d'une plateforme immobilière, elles ne sont pas toujours suffisantes. D'une part, les mesures en volume dépendent de la stratégie tarifaire adoptée par la plateforme, une politique de gratuité ou de tarifs bas tendant à accroître les volumes. D'autre part, tous les types de fréquentations des portails ne se valent pas : certains portails immobiliers sont par

⁸³ Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet, (Avis publicité en ligne de 2018), §201.

exemple utilisés par des internautes dont l'intention d'achat est plus sûre que pour d'autres portails, type de fréquentation qui se reflète dans les tarifs que le portail peut pratiquer à l'égard des agences immobilières. L'Autorité de la concurrence a donc privilégié, à tout le moins lorsqu'il s'agissait d'évaluer le pouvoir de marché des portails vis-à-vis des agences immobilières, une mesure en chiffre d'affaires, lequel reflète à la fois la propension à payer des agences immobilières (qui dépend de l'importance et de la qualité de l'audience) et le nombre d'annonces immobilières publiées sur le portail⁸⁴.

Enfin, comme l'Autorité a fréquemment eu l'occasion de le souligner, les parts de marché ne peuvent être le seul critère d'appréciation du pouvoir de marché d'une entreprise sur un marché. Cela est particulièrement vrai sur les marchés numériques multifaces. D'une part, ces marchés, ou certaines « faces » de ces marchés, sont fréquemment caractérisés par du « multi-hébergement » ou « *multi-homing* ». Un client peut alors s'adresser plus ou moins simultanément à plusieurs opérateurs et une partie de la clientèle est donc commune à plusieurs opérateurs : des parts de marché intégrant ce multi-hébergement peuvent alors sous-estimer l'attractivité relative de la plateforme, notamment si ce multi-hébergement n'est constaté que sur une seule face du marché ou si ces parts de marché sont basées sur le nombre d'utilisateurs d'une plateforme plutôt que sur l'intensité

⁸⁴ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLogger/Logic-Immo), §231. Le chiffre d'affaires pris en compte exclut les revenus publicitaires, peu pertinents pour apprécier le pouvoir de marché des plateformes vis-à-vis des agences immobilières.

d'usage de chaque plateforme⁸⁵. D'autre part, sur certains marchés numériques, les parts de marché peuvent être très instables et évoluer rapidement, nécessitant alors, notamment dans le cadre des analyses prospectives propres au contrôle des concentrations, la prise en compte d'autres facteurs comme les tendances d'évolution des parts de marché ou les capacités d'investissement des plateformes⁸⁶.

LA PRISE EN COMPTE DES SPÉCIFICITÉS DES MARCHÉS NUMÉRIQUES DANS L'APPRÉCIATION DES PARTS DE MARCHÉ ET DE LA PUISSANCE DE MARCHÉ

Au-delà de l'économie des coûts de transport qu'elle peut entraîner pour les clients, l'économie numérique présente plusieurs autres caractéristiques, certaines parfois déjà présentes sur les marchés « traditionnels » (comme les externalités de réseau ou la gratuité de certains services, particularités présentes par exemple dans le secteur des médias), d'autres plus spécifiques au commerce et aux services en ligne (comme le rôle des données ou l'absence de surfaces de vente). L'importance croissante de l'économie numérique et le rôle de plus en plus marqué de ces

⁸⁵ Par exemple, deux plateformes qui seraient simultanément utilisées par l'ensemble des clients sur une face du marché pourraient ne présenter des parts de marché en nombre de vues ou en nombre d'annonces que de 50 % alors même que le fait qu'elles soient utilisées par l'ensemble des clients peut indiquer qu'elles disposent vis-à-vis des clients d'un certain pouvoir de marché, notamment si sur l'autre face, les clients sont en mono-hébergement (n'utilisent qu'une seule plateforme). Des parts de marché basées sur l'intensité d'utilisation d'une plateforme peuvent relativiser ces difficultés lorsque les plateformes sont relativement asymétriques.

⁸⁶ Isabelle de Silva, *Assessing online platform mergers: Taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the digital economy*, mai 2018 Revue Concurrences n° 2-2018 Art. n° 86701, § 46.

spécificités peuvent alors nécessiter une adaptation des outils de l'analyse concurrentielle et la prise en compte de nouvelles problématiques.

Les facteurs propres aux activités en ligne susceptibles de renforcer la concurrence

Certaines caractéristiques des marchés numériques peuvent renforcer la concurrence en diminuant le pouvoir de marché des opérateurs. Dans de tels environnements, le risque que des comportements d'entreprises particuliers (rachat d'un concurrent, exclusivités de distribution, etc.) puissent nuire à la concurrence est alors diminué.

- **La mobilité des clients entre opérateurs**

Le développement des ventes en ligne va fréquemment avoir pour effet d'intensifier la concurrence : affranchis de la contrainte de la distance, les consommateurs peuvent plus facilement changer de prestataire en ligne qu'ils ne pouvaient changer de point de vente physique et les comparaisons de prix et de produits entre différents sites peuvent être facilitées, y compris en utilisant des comparateurs de prix. De ce fait, le pouvoir de négociation des acheteurs peut être plus important face à des opérateurs numériques que face à des opérateurs traditionnels. Cependant, de nombreux autres facteurs peuvent limiter cette mobilité des consommateurs, notamment les autres facteurs de différenciation des opérateurs, qu'il s'agisse notamment de la richesse et de la qualité de l'offre proposée, lesquelles peuvent dépendre de l'importance de la base de clientèle sur laquelle ces opérateurs peuvent s'appuyer et/ou des données dont ils disposent, de la réputation des opérateurs, de programmes de fidélité ou d'effets d'expérience des consommateurs. Les consommateurs peuvent également faire preuve d'une inertie importante, particulièrement dans le cas de services gratuits.

Ainsi, la Commission européenne a constaté qu'une part importante des utilisateurs du moteur de recherche Google n'utiliserait pas les services de concurrents même si celui-ci dégradait la qualité de ses services⁸⁷.

- **Le multi-hébergement des clients**

Plus spécifiquement, sur certains marchés, les clients peuvent utiliser simultanément plusieurs portails ou plateformes. Cette caractéristique a alors des implications importantes sur la situation concurrentielle de ces marchés.

D'abord, dans le cadre d'une opération de concentration, ce type de multi-hébergement a des effets ambigus sur le risque de hausse de prix pouvant résulter de l'opération examinée. Par exemple, sur le marché des petites annonces immobilières en ligne, les agences recourent fréquemment aux services de plusieurs portails, et ce de façon simultanée. Ce multi-hébergement simultané peut diminuer le risque de hausse de prix si les clients d'une des deux parties à l'opération recourent simultanément aux services de l'autre partie : comme le relevait l'Autorité, « *les annonces diffusées simultanément sur SeLoger et sur Logic-Immo ne sont pas susceptibles de se reporter sur Logic-Immo puisqu'elles y sont déjà diffusées* »⁸⁸. Inversement, les agences immobilières qui utiliseraient simultanément SeLoger et Le Bon Coin auraient de plus fortes chances de se tourner vers Logic-Immo

⁸⁷ Commission européenne, Cas AT.39740, *Google Search (Shopping)*, §312.

⁸⁸ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLoger/Logic-Immo), §288. L'Autorité a également vérifié que les agences utilisant simultanément les deux portails des parties ne seraient pas tentées, en cas de hausse des prix de l'une des deux parties, d'augmenter leurs dépenses sur le portail de l'autre partie.

si SeLoger décidait d'augmenter son prix. Le risque de hausses des prix est alors accru. Apprécier laquelle de ces deux configurations est la plus représentative de la situation réelle du marché nécessite un examen empirique des comportements des agences.

Ensuite, le fait que des clients recourent simultanément à plusieurs portails ou plateformes peut indiquer que ces services ne sont pas parfaitement substituables. Tel est par exemple le cas lorsque chaque plateforme ou service donne accès à des contenus ou à un segment de clientèle spécifique. À l'occasion de l'examen de l'opération de concentration SeLoger/Logic-Immo précitée, l'Autorité a ainsi pu constater, au travers d'un sondage auprès des agences immobilières qu'elle a réalisé, qu'en cas de hausse du taux de commission de SeLoger, 92 % de répondants choisiraient néanmoins de continuer d'utiliser la plateforme SeLoger, en raison de l'importance de l'audience de cette clientèle⁸⁹, témoignant ainsi du pouvoir de marché potentiel de cet opérateur.

Enfin, le multi-hébergement des clients peut également être un indice de la facilité avec laquelle les clients vont pouvoir substituer un opérateur à un autre. Ainsi, un client qui utilise un opérateur pour 90 % de ses besoins et un autre opérateur pour les 10 % restants pourra facilement modifier cette répartition si l'un des deux venait à dégrader les conditions de son offre et si les utilisateurs des plateformes sur l'autre face du marché sont eux aussi en multi-hébergement. Plus largement, la possibilité d'un multi-hébergement peut

⁸⁹ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLoger/Logic-Immo), § 204, voir aussi Isabelle de Silva, *Assessing online platform mergers: taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the Digital Economy*, mai 2018, Revue, §79.

faciliter le développement de nouveaux concurrents, en permettant aux clients de recourir à leurs services sans pour autant abandonner totalement leur prestataire habituel⁹⁰.

- **Le dynamisme des marchés numériques**

Certains marchés numériques, du fait de la capacité des clients à changer de prestataires ou de la possibilité de nouvelles entrées, peuvent également s'avérer particulièrement instables, notamment pendant la phase d'émergence de ce marché. Il peut donc être important de prendre en compte les évolutions possibles du marché en cause pour savoir si les positions respectives des concurrents pourraient se modifier sensiblement et rapidement.

Ainsi, s'agissant du calcul des parts de marché, l'Autorité, tout en indiquant dans ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations qu'elle se réfère aux parts de marché les plus récentes disponibles, précise qu'elle peut éventuellement prendre en considération les parts de marché au cours des deux années précédentes, si elles ont fortement évolué et que ces parts de marché peuvent éventuellement être corrigées d'estimations d'évolution de marché, en particulier lorsque celui-ci est en développement rapide.

L'appréciation des évolutions possibles du marché doit aussi prendre en compte les possibilités d'entrée. En particulier, des distributeurs exclusivement en ligne peuvent voir leur pouvoir de marché limité par la présence des

⁹⁰ Pour une analyse des différentes configurations possibles de multi-hébergement/mono-hébergement, cf. la décision Just Eat/Hungryhouse de la Competition and Markets Authority britannique (2017) (<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a0d6521ed915d0ade60db7e/justeat-hungryhouse-final-report.pdf>), p.58.

opérateurs physiques et/ou par la possibilité que ces opérateurs déploient une stratégie omnicanale⁹¹ et se développent sur la vente en ligne.

De plus, les opérateurs en ligne peuvent subir la menace d'entrée et la concurrence potentielle des « super-plateformes »⁹² ou « GAFA » (Google, Apple, Facebook, Amazon)⁹³. En effet, grâce à leur réputation et audience, celles-ci pourraient rapidement surmonter les barrières à l'entrée sur un

91 « Si les agences de voyages traditionnelles et en ligne ont des structures de coûts différentes et connaissent chacune des contraintes spécifiques, il est aisé de passer de l'une à l'autre. En effet, les supports technologiques et les services d'accès à Internet utilisés sont à la portée de n'importe quel entrant potentiel... cette absence de barrières à l'entrée est illustrée en pratique par le fait que les agences de voyages optent de plus en plus pour une stratégie multicanal (...) en l'état actuel des choses, les services d'agence de voyages en ligne ne constituent pas un marché de produits distincts [des agences de voyages traditionnelles]. » Décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expédia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne, §108-109.

92 Isabelle de Silva, *Assessing online platform mergers: taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the Digital Economy*, mai 2018, Revue Concurrences n° 2-2018, §71.

93 La concurrence potentielle désigne la menace que représente, pour les opérateurs en place sur un marché, l'entrée possible de nouveaux acteurs. Ces entrées auraient pour effet d'augmenter le niveau effectif de concurrence et ainsi de réduire les profits individuels sur le marché. Plus cette menace est crédible, plus elle est susceptible d'avoir un effet disciplinant sur les opérateurs présents sur le marché qui anticipent qu'une hausse trop importante de leurs prix pourrait provoquer l'entrée de nouveaux concurrents. Sur des marchés dynamiques comme certains marchés en ligne, la prise en compte de cette concurrence potentielle est difficile compte tenu des incertitudes liées au coûts d'entrée et à la rapidité de développement des nouveaux acteurs sur ces marchés, lesquels peuvent dépendre de nombreux paramètres comme l'inertie ou la mobilité des consommateurs, la qualité des services proposés par les nouvelles plateformes ou l'importance des effets des réseaux directs ou indirects. Cf. Autorité de la concurrence, Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations.

marché donné, pour devenir des concurrents importants des acteurs en place⁹⁴. Cette menace d'entrée doit cependant être suffisamment probable pour être prise en compte dans l'analyse. Ainsi, lors de son examen du rachat de Logic-Immo par SeLoger, l'Autorité a écarté la possibilité d'une concurrence frontale et imminente des super-plateformes sur les acteurs du marché en question. En effet, au moment de l'opération, seul Facebook proposait un service d'annonces immobilières *via* sa fonction « *marketplace* » et il n'y avait pas d'éléments montrant une entrée suffisamment certaine et rapide d'autres grands acteurs comme Amazon ou Google sur le marché en question. De plus, Facebook ne proposait qu'un service entre particuliers, qui se distinguait des services de mise en relation des particuliers et professionnels (agences immobilières) proposés par les parties à l'opération. Par ailleurs, les acteurs sur le marché (portails et agences) ne considéraient pas les GAFAs comme des concurrents crédibles.

L'Autorité a reconnu cependant que les GAFAs pourraient constituer des sources de contrainte concurrentielle pour les acteurs des petites annonces en ligne⁹⁵ : « *en effet, leur capacité financière, associée à une notoriété et à une audience mondiale, ainsi que des possibilités de développement technologiques considérables, qui peuvent s'appuyer sur le succès d'autres services et l'accès à de grandes masses de données, leur permettent de se développer très rapidement dans un secteur.* » De plus, l'expérience américaine a montré que

⁹⁴ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLoger/Logic-Immo) §186.

⁹⁵ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLoger/Logic-Immo) §198.

Facebook a su se développer rapidement sur ce marché en concluant des partenariats favorisant la multidiffusion des annonces avec les principaux portails d'annonces immobilières. Ainsi, l'Autorité a invité à la prudence quant à leur impact à plus long terme « *tant leur percée dans le secteur des petites annonces immobilières en ligne pourrait être rapide* »⁹⁶.

Les facteurs propres aux activités en ligne susceptibles de diminuer la concurrence

Si les facteurs ci-dessus peuvent dans certains cas atténuer le risque d'effet anticoncurrentiel sur le marché, la pratique décisionnelle et consultative de l'Autorité a également identifié plusieurs spécificités des ventes ou des activités en ligne qui sont de nature à limiter, de façon plus ou moins significative selon les secteurs considérés, l'intensité de la concurrence.

Parmi ces caractéristiques peuvent notamment être mentionnés les effets de réseau, parfois accentués par les stratégies de verrouillage, l'accès aux données et la stratégie de diversification des produits des plateformes.

- **Les effets de réseau peuvent être plus importants sur les marchés en ligne que sur les marchés physiques et ainsi contribuer à accroître les barrières à l'entrée**

Les effets de réseau peuvent être une composante importante du fonctionnement concurrentiel des marchés en ligne. On parle d'effet de réseau lorsque la valeur d'un produit ou d'un service s'accroît avec le nombre de ses utilisateurs.

⁹⁶ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLoger/Logic-Immo), §201.

Des effets de réseau directs désignent l'accroissement de la valeur avec le nombre d'utilisateurs d'un même type⁹⁷ et des effets de réseau indirects (ou croisés) désignent l'accroissement de valeur avec le nombre d'utilisateurs d'un autre type⁹⁸.

Le rôle stratégique des effets de réseau est bien connu de la littérature économique et a notamment été souligné par l'Autorité pour les plateformes de réservations d'hôtels et les sites d'agences de voyage en ligne : « *plus un site propose un choix étendu d'hôtels et de nuitées, plus il attire de consommateurs, et plus un site a de succès auprès des consommateurs, plus il attire d'hôtels* ». Comme l'indiquait l'Autorité, « *dans certaines circonstances, ces marchés marqués par des effets de réseau importants peuvent aboutir à la création de positions fortes liées à un phénomène de concentration autour d'acteurs dominants, voire très dominants, appelé « effet boule de neige* » »⁹⁹. L'Autorité a conclu que « *ces effets de réseau, s'ils sont avérés, élèvent les barrières à l'entrée, puisque la taille d'un opérateur est en elle-même un paramètre fondamental de sa croissance. Ainsi, les acteurs de plus petite taille et les nouveaux entrants ne bénéficient pas des mêmes atouts qu'un acteur déjà installé et de grande taille* »¹⁰⁰. De même, dans son avis sur la publicité

⁹⁷ Les réseaux de télécommunication sont un exemple typique dans la mesure où ils sont d'autant plus utiles que le nombre d'utilisateurs est élevé.

⁹⁸ Par exemple, sur les réseaux sociaux de type Facebook, Instagram ou Twitter, les effets escomptés d'une campagne publicitaire augmentent, entre autres, avec le nombre d'utilisateurs que compte la plateforme. Cf. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations.

⁹⁹ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016, p. 15.

¹⁰⁰ Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B. V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, Décision booking.com, §112.

en ligne, l'Autorité a insisté sur l'importance des effets de réseau dans l'appréciation des barrières à l'entrée dans le secteur de la publicité en ligne : *« l'analyse des barrières à l'entrée tient compte également des spécificités des services proposés aux internautes, et en particulier des niveaux d'investissements nécessaires, de l'adhérence de ces services pour les internautes (effets de réseau notamment). Elle tient notamment compte pour les services publicitaires des effets de réseau liés à l'audience nécessaire pour attirer les annonceurs »*¹⁰¹. Enfin, le lien entre les effets de réseau et l'appréciation des barrières à l'entrée est également souligné dans la décision de l'Autorité « Google » en date de décembre 2019¹⁰².

Les effets de réseau ne sont pas en tant que tels une spécificité des marchés en ligne. Ils peuvent être présents sur une multitude de marchés physiques, notamment dans les secteurs de la distribution ou des médias. Ils peuvent cependant être plus importants ou plus fréquents sur les marchés en ligne. D'une part, un opérateur en ligne est fréquemment moins contraint par un espace de vente ou de stockage. Il peut donc proposer à la vente une plus grande variété de produits et pour être compétitifs, ses concurrents devront également proposer une grande variété, sans forcément que leur position sur le marché leur permette de le faire. Ce faisant, les barrières à l'entrée sur un tel marché peuvent alors être accrues. D'autre part, sur des marchés de vente physique, un opérateur qui disposerait d'une offre moins riche qu'un concurrent peut toutefois s'en différencier au travers d'autres avantages, comme, par exemple, sa localisation

101 Avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet, (Avis publicité en ligne de 2018), p. 101.

102 Décision n° 19-D-26 du 19 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches, §§319-320.

géographique. La disparition de la localisation comme facteur de différenciation des opérateurs conduit à ce que l'ampleur du référencement devienne un critère primordial.

Les effets de réseau peuvent cependant avoir des effets contrastés sur la concurrence. D'abord, en présence d'effets de réseaux, chaque opérateur peut être incité à accroître sa base de clientèle et ainsi à proposer des conditions de vente très attractives. Inversement, chaque opérateur peut être réticent à élever ses prix car la diminution de ses volumes peut entraîner une diminution des effets de réseau et donc une moindre attractivité. Enfin, si de nouveaux entrants peuvent surmonter le désavantage lié à leur taille par d'autres facteurs (une fonctionnalité innovante par exemple), leurs ventes pourront croître plus rapidement grâce aux effets de réseau ¹⁰³.

Ensuite, l'importance des effets de réseau peut être très variable selon les secteurs considérés. Dans sa décision sur le rachat de Logic-Immo par SeLoger ¹⁰⁴, l'Autorité a évalué dans quelle mesure les effets de réseaux croisés des parties à l'opération pouvaient entraîner un risque de marginalisation des concurrents. Tout en constatant une corrélation positive entre l'audience des portails et le nombre d'annonces publiées sur ces derniers (§ 386), l'Autorité a conclu à des effets de réseaux croisés limités. En effet, du côté des annonceurs, certaines plateformes d'annonces immobilières en ligne ont réussi, malgré une audience relativement

¹⁰³ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016, p. 32.

¹⁰⁴ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLoger/Logic-Immo).

limitée, à capter un volume significatif d'annonceurs grâce à des commissions très attractives et à la fréquence des comportements de multidiffusion par les annonceurs (§388). De même, du côté des internautes, la diminution de 32 % du nombre de petites annonces immobilières publiées sur le portail Bien'ici entre septembre et décembre 2016 à la suite du passage du modèle gratuit au modèle payant n'a entraîné qu'une réduction de 5 % de l'audience sur la même période (§392). L'Autorité a souligné que ces effets de réseau croisés limités réduisent le risque que la nouvelle entité, en accroissant le nombre de ses annonces et/ou son audience grâce à l'opération, bénéficie en retour d'une plus grande attractivité sur l'autre face du marché et, *in fine*, marginalise ses concurrents.

- **L'accès aux données peut également être une barrière à l'entrée et renforcer ainsi le pouvoir de marché des opérateurs en place**

Comme le souligne l'Autorité dans son étude conjointe avec le BundesKartellamt (autorité de concurrence allemande) sur le big data (ou données en masse), « *lorsque l'accès à un large volume ou à une importante variété de données est un facteur de compétitivité sur le marché (ce qui est spécifique au marché en question), leur collecte peut constituer une barrière à l'entrée si de nouveaux entrants ne sont pas en mesure de collecter ou d'acheter le même type de données, en termes de volume et/ou de variété, que les entreprises déjà en place* »¹⁰⁵. De plus, la collecte des données « *peut renforcer les effets de réseau lorsque l'accroissement du nombre d'utilisateurs d'une entreprise lui permet de collecter davantage de données que*

¹⁰⁵ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016, p. 13.

ses concurrents, ce qui lui permet ensuite d'accroître la qualité de ses produits ou services et au final d'accroître ses parts de marché »¹⁰⁶.

Comme les effets de réseau, le rôle des données n'est pas spécifique à la vente en ligne et l'Autorité a déjà eu à traiter de problématiques liées aux données sur des marchés non-numériques¹⁰⁷. Cependant, la variété et l'ampleur des données qui peuvent être collectées en ligne par rapport à celles pouvant l'être dans l'univers physique font que leur rôle peut être plus marqué dans l'univers des ventes en ligne.

Le rôle des données dans le processus concurrentiel a notamment été évalué par l'Autorité lors de l'examen de l'opération SeLogger/Logic-Immo précitée¹⁰⁸, au cours duquel l'Autorité a examiné si la combinaison des données détenues par les parties provenant des utilisateurs et des agences immobilières était susceptible de créer un effet anticoncurrentiel. En particulier, certains concurrents considéraient l'acquisition des données détenues par Logic-Immo comme « *le plus grand danger* » et « *le plus grand intérêt* » de l'opération (§470).

¹⁰⁶ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016, p. 32.

¹⁰⁷ Cf. Décision n° 12-DCC-20 du 7 février 2012 relative à la prise de contrôle exclusif d'Enerest par Electricité de Strasbourg ; Décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque ; Décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité ; Décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales.

¹⁰⁸ Décision n° 18-DCC-18 du 1^{er} février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer (Décision SeLogger/Logic-Immo), §§470-477

Par ailleurs, SeLoger considérait effectivement les données comme « *priorité stratégique* » et « *l'élément de différenciation du demain* » (§472). La plupart des annonceurs ayant participé au test de marché ont également confirmé l'avantage de SeLoger en la matière (§473). L'Autorité a cependant considéré que les portails concurrents, comme Bien'ici ou Le Bon Coin, pourraient accéder à la même quantité de données que les parties grâce à la composition de leur actionnariat¹⁰⁹ ou à l'importance de leur audience. Le multi-hébergement, tant du côté des agences que du côté des internautes, limitait également le risque que l'entité issue de l'opération soit en mesure de s'approprier de façon exclusive un volume important de données. Finalement, le risque d'un effet anticoncurrentiel du fait de l'acquisition et du partage des données n'était donc pas suffisamment sensible (§476). S'agissant des effets attendus de la combinaison de bases de données de concurrents au sein d'une entité unique, la Commission a eu recours, par exemple dans sa décision Apple/Shazam¹¹⁰, au test des « quatre V ». La Commission compare ainsi la base de données dont disposera la nouvelle entité aux bases de données des concurrents en utilisant quatre indicateurs : la variété des données composant la base de données, la vitesse à laquelle les données sont collectées, le volume de la base de données et la valeur économique de ces données.

109 L'actionnariat de Bien'ici, l'un des concurrents de la partie notifiante, est en effet constitué d'un grand nombre de professionnels de l'immobilier, y compris des réseaux d'agences immobilières, tels que Guy Hoquet, Orpi, Century 21, Laforêt, Era, l'Adresse, Solvimmo, Foncia, Belvia immobilier, Citya immobilier et Square Habitat, si bien que ce concurrent peut s'appuyer sur les données de ces différents réseaux.

110 Commission européenne, Cas M.8788, Apple/Shazam.

De même, lors de l'examen du rachat de la société Aufeminin par TF1, plus d'un tiers des répondants au test de marché a mis en avant un risque d'effet horizontal sur le marché de la vente d'espaces publicitaires en ligne lié aux données : en acquérant des données collectées par Aufeminin, TF1 pourrait renforcer l'attractivité de ses espaces publicitaires en ligne. Néanmoins, compte tenu de la part de marché limitée de la nouvelle entité (inférieure à 10 % avec un incrément inférieur à 5 %), de la présence de concurrents puissants détenant des données nombreuses et diversifiées et du fait que le lectorat des parties est ciblé (principalement féminin) et donc limité par rapport aux sites généralistes comme Google ou Facebook, l'Autorité a exclu le risque d'effets horizontaux créé par l'opération sur ce marché¹¹¹.

Conclusion

Le développement des ventes en ligne conduit de plus en plus fréquemment l'Autorité à délimiter des marchés pertinents comprenant à la fois les ventes physiques et en ligne lorsqu'elle analyse la situation de la concurrence entre des points de vente physiques. Cette prise en compte des activités en ligne l'a amenée à adapter sa grille d'analyse des marchés de plusieurs manières, qu'il s'agisse du calcul des parts de marché ou de la prise en compte de nouvelles caractéristiques des marchés. Sur ce dernier point, alors que les activités en ligne sont longtemps apparues comme un facteur d'intensification de la concurrence, certaines de leurs caractéristiques, propres à limiter la concurrence, comme les effets de réseau ou le rôle croissant des données, sont

¹¹¹ Décision n° 18-DCC-63 du 23 avril 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Aufeminin par TF1, §§46-50

de plus en plus fréquemment soulignées. La consolidation des activités en ligne avec les activités hors ligne transpose alors les problématiques propres aux activités en ligne, soulignées ci-dessus, à ces marchés consolidés.

**2/ LES
COMPORTEMENTS
DES OPÉRATEURS
FACE AU
DÉVELOPPEMENT
DU COMMERCE
EN LIGNE**

Le développement de la concurrence en ligne peut conduire à l'élaboration de stratégies commerciales visant à atténuer la concurrence entre les canaux en ligne et hors ligne ou à l'intérieur de ceux-ci. Les opérateurs principalement présents hors ligne peuvent ainsi tenter de limiter le développement de la vente en ligne. Le cadre réglementaire peut aussi dans certains secteurs constituer un obstacle à la croissance des ventes en ligne. Enfin, dans certains secteurs, des opérateurs en ligne peuvent aussi chercher à atténuer la concurrence exercée à la fois par les acteurs en ligne et traditionnels.

Les comportements susceptibles de réduire la pression concurrentielle exercée par le commerce en ligne

Sont d'abord abordées les pratiques tarifaires mises en place par certains fournisseurs pour limiter la concurrence des ventes en ligne puis les pratiques fondées sur d'autres paramètres que les prix.

COMPORTEMENTS TARIFAIRES : PRIX DE REVENTE IMPOSÉS ET DISCRIMINATION

Lorsqu'ils sont relatifs à des tarifs, les comportements visant à atténuer la concurrence des ventes en ligne peuvent principalement prendre deux formes. D'une part, des fournisseurs peuvent directement imposer le prix de revente du distributeur ; d'autre part, ils peuvent fixer des prix de gros différenciés selon le canal de revente (en ligne ou hors ligne) ou le type de revendeurs (acteurs spécialisés dans la vente en ligne, spécialisés dans la vente en commerce physique ou actifs à la fois dans la vente en magasins physiques et en ligne) afin de rendre les ventes en ligne moins compétitives.

Les comportements visant à imposer des prix de revente

Selon l'enquête sectorielle de la Commission européenne sur le commerce électronique, les restrictions et recommandations tarifaires sont de loin les comportements les plus fréquemment mis en œuvre par les fournisseurs vis-à-vis des distributeurs en ligne. En effet, 42 % des distributeurs en ligne interrogés disent être soumis à de telles restrictions ou recommandations¹¹². Si les recommandations de prix sont licites, certains distributeurs ont signalé avoir reçu des consignes contraignantes de la part de leur fournisseur, telles que la limitation de la marge de réduction de prix (8 % des distributeurs interrogés), l'application d'un prix unique en ligne et hors ligne (7 % des distributeurs interrogés), d'un prix minimum (5 %) ou de prix affichés imposés (3 %)¹¹³.

Toujours selon l'enquête de la Commission, les motivations des fournisseurs pouvant les conduire à souhaiter imposer les prix de revente de leurs distributeurs sont de plusieurs types¹¹⁴. En particulier, le prix de revente peut être une composante de l'image de marque d'un produit, particulièrement pour les produits haut de gamme ou de luxe. De plus, la fixation des prix de revente en ligne permettrait d'éviter que, compte tenu de ses coûts de commercialisation fréquemment inférieurs, elle prenne le pas sur la vente en magasins, les distributeurs « en dur » étant au contraire dissuadés d'investir dans la présentation des produits. Enfin, ces restrictions tarifaires peuvent également permettre à

¹¹² Enquête sectorielle de la Commission européenne, Staff Working Paper, §334.

¹¹³ §557 de l'enquête sectorielle précitée.

¹¹⁴ §560 et suivants de l'enquête sectorielle précitée.

un fournisseur d'éviter de devoir diminuer ses prix de gros si le niveau de marge des commerces physiques se révèle insuffisant.

Les autorités de concurrence européennes considèrent cependant le prix de vente imposé comme une restriction de concurrence par objet contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. À ce titre, il ne peut bénéficier de l'exemption automatique catégorielle prévue par l'article 4 (a) du règlement d'exemption catégorielle du 20 avril 2010 de la Commission européenne¹¹⁵ et seule une exemption individuelle peut être octroyée s'il est démontré par l'entreprise mise en cause que le prix de revente imposé génère des gains d'efficience à même de contrebalancer les effets anticoncurrentiels¹¹⁶. Le développement de la vente en ligne et particulièrement des acteurs spécialisés dans la vente en ligne peut être particulièrement propice à la mise en œuvre de pratiques de prix de revente imposés : d'une part, ces distributeurs se caractérisent par une structure de coûts et une stratégie commerciale distinctes de celles de détaillants mieux établis, qui peuvent les conduire à pratiquer des prix inférieurs à ceux constatés en magasin ou chez des opérateurs actifs à la fois dans la vente en magasins physiques et en ligne ; d'autre part, la vente sur Internet se prête plus aisément que la vente en magasin à une surveillance des prix pratiqués par les distributeurs. Mais l'imposition d'un prix de revente ou d'un prix minimum peut être particulièrement pénalisante pour le commerce en ligne dans la mesure où le prix peut

115 Règlement n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101 paragraphe 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

116 Lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, §225.

constituer l'un de ses principaux avantages concurrentiels. De ce fait, priver les opérateurs en ligne de la possibilité de fixer le prix à un niveau inférieur à celui pratiqué en magasin pourrait restreindre de façon significative leur capacité à animer le jeu concurrentiel. Cette pratique peut aussi être particulièrement pénalisante pour les consommateurs qui ne profitent donc pas des opportunités de prix bas et d'animation de la concurrence que pourrait générer la vente en ligne.

Plusieurs décisions, de la Commission européenne comme de l'Autorité de la concurrence, illustrent la mise en œuvre de cette grille d'analyse. Récemment, la Commission a ainsi sanctionné quatre fabricants de produits électroniques grand public à hauteur de 111 millions d'euros pour avoir empêché, en usant de menaces ou de sanctions (comme des ruptures d'approvisionnements), leurs distributeurs en ligne de pratiquer un prix inférieur au prix de vente recommandé sur des produits électroniques de grande consommation tels que sèche-cheveux, ordinateurs portables, casques audios, etc.¹¹⁷. La décision souligne par ailleurs que le recours par les détaillants à des algorithmes de fixation des prix prenant en compte les prix des concurrents a pu accroître l'effet des pratiques : selon la Commission, « *de nombreux détaillants en ligne, y compris les plus grands, recourent à des algorithmes de fixation des prix qui adaptent automatiquement les prix de détail aux prix demandés par les concurrents. De cette façon, les restrictions sur les prix imposées aux détaillants en ligne appliquant des prix peu élevés avaient, de manière générale, un plus large impact sur le niveau général des prix en ligne des produits d'électronique grand public concernés* »¹¹⁸.

¹¹⁷ Commission européenne, 24 juillet 2018, Asus, Denon & Marantz, Philips, Pioneer, les affaires AT. 40465, 40469, 40181 et 40182.

¹¹⁸ Commission européenne, Communiqué de Presse du 24 juillet 2018.

De son côté, l'Autorité de la concurrence a rendu plusieurs décisions sanctionnant des prix de revente imposés en ligne, concernant notamment le secteur des arts de la table et de la cuisine¹¹⁹, celui des boules de pétanque de compétition¹²⁰ ou encore celui des fertilisants liquides¹²¹. Dans la première de ces affaires, la mise en œuvre de la pratique s'est appuyée sur un barème de prix de détail biannuel transmis par le fabricant à ses revendeurs et sur une Charte Internet visant à ce que « *les distributeurs Internet ne cassent pas le prix* » et invitant « *le distributeur Internet à respecter et appliquer au mieux si possible les prix de vente conseillés* » afin de rassurer les distributeurs physiques¹²². Le non-respect de cette Charte entraînait une rupture des relations commerciales.

Dans la deuxième de ces affaires, l'entreprise Obut a été sanctionnée, non pour entente mais abus de sa position dominante sur le marché des boules de pétanques de compétition, pour avoir contraint ses revendeurs, notamment les acteurs spécialisés dans la vente en ligne, à appliquer ses prix conseillés. L'entreprise mise en cause avait notamment mis en place un système de surveillance des prix, un employé de la société étant en particulier chargé de contrôler les prix pratiqués par les différents revendeurs sur les

119 Décision n° 17-D-01 du 26 janvier 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des arts de la table et de la cuisine.

120 Décision n° 17-D-02 du 10 février 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des boules de pétanque de compétition.

121 Décision n° 18-D-26 du 20 décembre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique ; Décision n° 19-D-17 du 30 juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique.

122 Décision n° 17-D-01 précitée, §29.

sites internet commerciaux, et une série de sanctions, telles que des retards ou des blocages de livraison, pour les détaillants récalcitrants ¹²³.

Enfin, dans deux décisions récentes ¹²⁴, l'Autorité de la concurrence a sanctionné des ententes verticales portant sur les prix de revente en ligne dans le secteur de la commercialisation des fertilisants liquides pour la production hors-sol dédiés à la culture domestique. Dans ce secteur, les producteurs et les grossistes mis en cause ont participé à la diffusion de prix de revente en gros et au détail, aux grossistes et aux détaillants, la diffusion des prix de détail par les grossistes pouvant notamment s'effectuer par application par les grossistes des prix de détail « conseillés » sur leurs sites de vente sur Internet ¹²⁵. Le respect de ces prix de revente a été surveillé à la fois par les producteurs et les grossistes et des mesures de coercition ou de rétorsion (par exemple sous forme de pressions ou de ruptures d'approvisionnement) ont été mises en place à l'encontre des grossistes ou des détaillants ne respectant pas les prix imposés. Comme le relève une de ces décisions, la surveillance des prix a été facilitée par Internet, qui permet de vérifier plus aisément qu'en magasin que les prix des détaillants, et notamment ceux qui vendent sur Internet, correspondent aux prix « de référence » communiqués ¹²⁶.

¹²³ Décision n° 17-D-02 précitée, §53.

¹²⁴ Décisions n° 18-D-26 et n° 19-D-17 précitées.

¹²⁵ Décision n° 18-D-26 précitée, §79 ainsi que cour d'appel de Paris, Arrêt du 16 janvier 2020, n° 19/03410.

¹²⁶ Décision n° 18-D-26 précitée, §85 ainsi que cour d'appel de Paris, Arrêt du 16 janvier 2020, n° 19/03410.

Différenciation tarifaire entre les canaux de distribution

Les fournisseurs peuvent également différencier leurs prix de vente de gros selon les distributeurs ou selon le canal de vente (en ligne ou en point de vente physique), un tel différentiel de prix pouvant ensuite être répercuté sur les prix de vente de détail des distributeurs. Une telle différenciation tarifaire peut répondre à plusieurs objectifs : il peut s'agir, dans certains cas, d'encourager un canal de distribution particulièrement important pour le fabricant en lui octroyant des conditions commerciales préférentielles, à même de compenser, par exemple, des coûts d'exploitation plus élevés. Ainsi, lorsque les coûts d'exploitation des magasins sont plus élevés que ceux d'un site internet, un fabricant pourrait souhaiter accorder des conditions tarifaires préférentielles aux exploitants de magasin, afin de compenser les surcoûts associés à la vente des produits en magasin. Mais il peut aussi s'agir de défavoriser un canal de vente dont les caractéristiques ne correspondent pas aux attentes du fabricant mais dont, pour autant, il ne peut se passer. Ainsi, un fabricant pourrait estimer que la vente sur internet ne correspond pas à l'image de marque qu'il souhaite associer à ses produits ou regretter que les sites internet exercent une concurrence trop importante à l'égard d'autres canaux, tout en étant obligé de recourir à ce canal, soit pour des raisons purement juridiques (l'interdiction de la vente en ligne étant prohibée – cf. *infra*), soit en raison du potentiel de vente de ce canal.

Dans son enquête sectorielle sur le commerce en ligne, la Commission a distingué deux types de discriminations tarifaires dans le contexte du commerce en ligne : d'une part, celle consistant pour un fournisseur à pratiquer des prix de gros différenciés par type de distributeurs (acteurs

spécialisés dans la vente en magasins physiques, opérateurs actifs à la fois dans la vente en magasins physiques et en ligne, acteurs spécialisés dans la vente en ligne, par exemple); d'autre part, celle consistant à fixer un prix différencié en fonction du canal de revente (magasin physique ou en ligne, par exemple) (pratique de prix dual ou de double prix – « *dual pricing* » en anglais). Comme l'a indiqué la Commission, la différenciation tarifaire selon les types de distributeurs est généralement considérée comme une composante normale du processus concurrentiel; à l'inverse, le prix dual est une restriction caractérisée¹²⁷.

- **Discrimination tarifaire entre les acteurs traditionnels et les acteurs spécialisés de la vente en ligne**

Dans son avis sur le commerce en ligne de 2012¹²⁸, l'Autorité a constaté l'existence de conditions tarifaires différenciées au niveau de l'approvisionnement entre les acteurs spécialisés dans la vente en ligne et les autres distributeurs. En effet, « *en règle générale, les opérateurs click&mortar bénéficient de conditions tarifaires plus avantageuses que celles accordées aux pure players. Pour certains produits, l'écart entre le seuil de revente à perte d'un click&mortar et celui d'un pure player peut atteindre 10 %* »¹²⁹. Cette différenciation tarifaire peut notamment s'appuyer sur des conditions générales de

¹²⁷ Enquête sectorielle de la Commission européenne sur le commerce électronique 2018, Staff working paper §597 : « *Charging different (wholesale) prices to different retailers is generally considered a normal part of the competitive process. Dual pricing for one and the same (hybrid) retailer is generally considered as a hardcore restriction under the VBER* ».

¹²⁸ Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, §216 et suivants.

¹²⁹ Avis n° 12-A-20 précité, §219.

vente différenciées, prévoyant par exemple une remise sur le prix d'achat des produits conditionnée à la possession d'un ou plusieurs points de vente physique ou sur des services de coopération commerciale principalement offerts en magasin plutôt qu'en ligne. Elle peut aussi découler du plus grand pouvoir de négociation des distributeurs actifs à la fois dans la vente en magasins physiques et en ligne, dont les volumes et le pouvoir de négociation peuvent excéder celui des acteurs spécialisés dans la vente en ligne.

L'Autorité a néanmoins relevé que le désavantage tarifaire subi par les acteurs spécialisés dans la vente en ligne lors de l'achat en gros des produits ne les empêchait généralement pas de pratiquer des prix de détail inférieurs à ceux des opérateurs actifs à la fois dans la vente en magasins physiques et en ligne, du fait de coûts d'exploitation inférieurs, d'une part, et de moindres marges d'autre part¹³⁰. Au terme de ses analyses, l'Autorité a clarifié sa position sur la différenciation tarifaire au niveau de l'approvisionnement entre les acteurs spécialisés dans la vente en ligne et les autres types d'acteurs. Elle a estimé que « *cette différenciation tarifaire n'est en principe susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle que dans la mesure où elle émane d'une entreprise en position dominante ou d'un accord de volontés entre opérateurs économiques* »¹³¹ et à condition que :

– l'ampleur du différentiel de prix puisse avoir des effets anticoncurrentiels, en limitant la pression concurrentielle que les acteurs spécialisés dans la vente en ligne sont censés pouvoir exercer sur le commerce traditionnel,

130 Avis n° 12-A-20 précité, §220.

131 Avis n° 12-A-20 précité, §255.

– que ce différentiel tarifaire ne s'appuie sur aucune justification objective, liée par exemple à des volumes d'achats ou à des services rendus par chaque canal de distribution¹³² qui pourrait motiver une exemption individuelle de cette pratique.

- **Différenciation tarifaire visant les activités de vente en magasin et de vente en ligne d'un même distributeur (double prix)**

Selon les lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales, en incitant le distributeur à privilégier un canal de vente plutôt qu'un autre, une pratique de double prix est susceptible de constituer une restriction de vente passive du distributeur, et donc une restriction de concurrence par objet. Celle-ci est cependant susceptible de bénéficier d'une exemption individuelle¹³³. En particulier, les lignes directrices de la Commission prévoient la possibilité de justifier la pratique, par exemple lorsque « *les ventes à réaliser en ligne entraînent pour [le fabricant] des coûts sensiblement plus importants que les autres formes de vente, par exemple lorsque les ventes hors ligne incluent une installation à domicile par le distributeur, contrairement aux ventes en ligne, ces dernières peuvent occasionner davantage de plaintes et de demandes d'intervention en garantie des clients auprès du fabricant* »¹³⁴. Dans un tel cas, la Commission examinerait

¹³² L'Autorité appréciera alors, notamment, si 1) les contreparties des remises accordées aux distributeurs traditionnels et les services rendus par ces derniers sont effectifs ; 2) les remises et rémunérations afférentes sont proportionnées aux services rendus et 3) le système de remise est bénéfique aux consommateurs (Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012, §255 et suivants).

¹³³ Lignes directrices sur les restrictions verticales du 10 mai 2010, SEC (2010) 411 final, §52, d).

¹³⁴ Lignes directrices sur les restrictions verticales, §64.

ensuite si la restriction est susceptible de limiter les ventes par Internet et d'empêcher le distributeur d'atteindre des clients différents et plus nombreux. Elle examinerait également si la restriction est nécessaire et proportionnée, étant relevé que selon les lignes directrices de la Commission, « *le fournisseur, sans limiter les ventes en ligne du distributeur, peut exiger de l'acheteur qu'il vende au moins une certaine quantité absolue (en valeur ou en volume) des produits hors ligne, pour assurer le bon fonctionnement de son point de vente physique (...). Cette quantité absolue de ventes hors ligne peut être la même pour tous les acheteurs, ou être arrêtée individuellement pour chacun d'entre eux, en fonction de critères objectifs, tels que la taille de l'acheteur dans le réseau ou sa situation géographique* »¹³⁵.

L'Autorité française n'a pas, à ce jour, eu connaissance de pratiques de double prix, à l'inverse de l'Autorité de concurrence allemande¹³⁶.

COMPORTEMENTS NON-TARIFAIRES : CONDITIONS D'INCLUSION DES SITES DE VENTE EN LIGNE DANS LE RÉSEAU DE DISTRIBUTION

Les prix d'achat ou de revente des détaillants ne sont pas les seuls paramètres au travers desquels les fournisseurs peuvent influencer la revente en ligne de leurs produits. Différentes restrictions de nature non-tarifaire peuvent ainsi être imposées ou négociées avec les distributeurs pour

¹³⁵ Lignes directrices sur les restrictions verticales, §52, point c).

¹³⁶ Voir la contribution de l'Allemagne à la table ronde de l'OCDE de 2018, §20 et suivants, et les communiqués de presse du Bundeskartellamt du 23 décembre 2013 (relatif à des comportements mis en œuvre par Bosch Siemens), du 28 novembre 2013 (relatif à des comportements mis en œuvre par Gardena) et du 13 Décembre 2011 (relatif à des comportements mis en œuvre par Dornbracht).

l'organisation de la vente en ligne. Des fournisseurs peuvent ainsi souhaiter obliger leurs distributeurs à recourir exclusivement à la vente hors ligne. Ils peuvent aussi souhaiter interdire la revente des produits sur une plateforme tierce (« marketplace » ou place de marché) ou imposer à leurs distributeurs d'autres restrictions comme l'interdiction de référencement sur un outil de comparaison tarifaire (c). Selon l'enquête sectorielle précitée de la Commission européenne, 18 % des distributeurs ayant répondu à l'enquête de la Commission européenne ont été visés par des restrictions à la vente sur des places de marché, 9 % par des restrictions à l'utilisation d'outils de comparaison en ligne et 11 % par des restrictions à la revente sur leur propre site Internet ¹³⁷.

L'interdiction de vente en ligne constitue une restriction caractérisée à la libre concurrence

Selon les lignes directrices relatives aux restrictions verticales ¹³⁸, l'utilisation par un distributeur d'un site Internet pour vendre des produits constitue une vente passive, protégée par le règlement n° 330/2010 ¹³⁹ et la prohibition de vendre par Internet constitue une « restriction caractérisée » ¹⁴⁰. La Cour de Justice, saisie d'une question préjudicielle par la cour d'appel de Paris dans le cadre de l'affaire « Pierre Fabre » (cf. *infra*), a également jugé « que l'article 101, paragraphe 1, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une

¹³⁷ Commission européenne, 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Commission Staff Working Document, SWD (2016)312 final, Figure B.36 §306.

¹³⁸ Lignes directrices sur les restrictions verticales, 2010/C 130/01, § 52.

¹³⁹ Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010 de la Commission européenne précité.

¹⁴⁰ Avis 12-A-20 précité, §§ 324-325.

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 au sens de cette disposition si, à la suite d'un examen individuel et concret de la teneur et de l'objectif de cette clause contractuelle et du contexte juridique et économique dans lequel elle s'inscrit, il apparaît que, eu égard aux propriétés des produits en cause, cette clause n'est pas objectivement justifiée»¹⁴¹.

Comme le montrent nombre de ses décisions en la matière¹⁴², dont certaines déjà anciennes, l'Autorité veille à appliquer rigoureusement ce principe et s'attache à détecter et réprimer ce genre de pratiques. Ainsi, dans sa décision n° 08-D-25¹⁴³, le Conseil de la concurrence a infligé à la Société Pierre Fabre Dermo-Cosmétique une amende de 17 000 euros et lui a enjoint de modifier ses contrats pour autoriser ses distributeurs à vendre en ligne ses produits. Le Conseil a en effet estimé qu'«*en imposant à ses distributeurs agréés une interdiction de vente des produits sur Internet, [le fournisseur] limite d'emblée la liberté commerciale de ses distributeurs en excluant un moyen de commercialisation de ses produits cosmétiques et d'hygiène corporelle. De ce fait, [il] restreint le choix des consommateurs désireux d'acheter par Internet et empêche les ventes aux acheteurs finaux qui ne sont pas localisés dans la zone de*

¹⁴¹ Arrêt CJUE C-439/09 du 13 octobre 2011, Pierre Fabre, point 47.

¹⁴² Cf. par exemple Décision n° 18-D-23 du 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture.

¹⁴³ Décision n° 08-D-25 du 29 octobre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques.

chalandise "physique" du distributeur agréé» (§57). Le Conseil en a conclu que la clause d'un accord interdisant aux distributeurs d'une société de produits cosmétiques de vendre ses produits par Internet constituait une restriction de concurrence par objet. Cette analyse a été confirmée par la Cour de Justice de l'Union ¹⁴⁴, saisie d'une question préjudicielle sur ce point par la cour d'appel de Paris, puis par cette dernière ¹⁴⁵.

Néanmoins, des accords verticaux comportant une telle restriction caractérisée, s'ils ne peuvent bénéficier de l'exemption catégorielle du règlement n° 330/2010, sont susceptibles de bénéficier d'une exemption individuelle au titre de l'article 101, paragraphe 3, du traité CE. Néanmoins, à ce jour, ni l'Autorité, ni la cour d'appel n'ont accordé d'exemption concernant ce type de pratique. Ainsi, dans son arrêt du 31 janvier 2013, la cour d'appel de Paris a jugé que les gains d'efficacité allégués par la société Pierre Fabre (la garantie de conseil, la prévention des contrefaçons et la prévention des phénomènes de parasitisme) n'étaient pas établis. Ainsi, Pierre Fabre n'établissait pas qu'une interdiction totale de la vente sur Internet était nécessaire pour que le consommateur bénéficie du meilleur conseil possible, ni que l'absence de cette interdiction réduirait substantiellement la qualité du conseil offert au client. En particulier, la cour a souligné qu'un site Internet pouvait être aménagé pour que le client dispose d'une information adaptée, le cas échéant avec une « hotline » permettant au consommateur de poser des questions à un diplômé en pharmacie. De même, aucun élément ne permettait d'établir que l'interdiction des ventes sur Internet était de nature à empêcher un développement de la contrefaçon des produits en cause, étant donné notamment le caractère sélectif du réseau de distribution en

¹⁴⁴ Arrêt CJUE C-439/09 du 13 octobre 2011, Pierre Fabre.

¹⁴⁵ Cour d'appel de Paris, Arrêt du 31 janvier 2013, n° 2008/23812.

cause, qui permet au fabricant de contrôler la qualité des sites des distributeurs revendant ses produits; il n'était d'ailleurs pas démontré que grâce aux restrictions, les produits Pierre Fabre étaient moins contrefaits que leurs concurrents vendus en ligne, certains concurrents indiquant au contraire que la présence en ligne des produits via des sites contrôlés pouvait être le moyen adéquat de lutter contre la contrefaçon. Enfin, le risque de parasitisme allégué était limité, la décision ne permettant la vente en ligne que par des détaillants membres du réseau de distribution sélective respectant les conditions d'agrément à ce réseau, dont le fait de disposer de points de ventes physiques dans lesquels un pharmacien était présent; le risque de parasitisme n'était pas non plus étayé de façon concrète, de façon à apprécier si les différentiels de prix entre les ventes en ligne et en boutique étaient effectivement de nature à inciter le consommateur à privilégier l'achat en ligne malgré les délais de livraisons associés ¹⁴⁶.

Dans le droit fil de cette jurisprudence, l'Autorité a sanctionné à plusieurs reprises des fournisseurs ayant interdit la vente en ligne de leurs produits à leurs distributeurs. Ainsi, en 2012, l'Autorité a sanctionné la société Bang & Olufsen pour avoir interdit à ses distributeurs agréés, membres de son réseau de distribution sélective, de vendre des produits Hi-fi et Home cinéma par correspondance, interdiction qui s'étendait à la vente sur Internet ¹⁴⁷. Dans son arrêt confirmant la décision ¹⁴⁸, la cour d'appel de Paris a également

¹⁴⁶ Cour d'appel de Paris, Arrêt du 31 janvier 2013, n° 2008/23812, p. 18 et suivantes.

¹⁴⁷ Décision n° 12-D-23 du 12 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma.

¹⁴⁸ Cour d'appel de Paris, Arrêt du 13 mars 2014, n° 2013/00714.

relevé que Bang & Olufsen ne démontrait pas que le risque de parasitisme qu'elle alléguait pour justifier ses pratiques pouvait être évité par des alternatives moins restrictives de concurrence qu'une interdiction totale des ventes sur Internet, particulièrement pour les produits peu élaborés au sein de la gamme de produits Bang & Olufsen ne nécessitant pas de démonstration en magasin. De plus, selon la cour d'appel, aucun élément n'établissait qu'Internet ne permettrait pas une présentation des produits dans le respect de l'image de marque de Bang & Olufsen. En revanche, la cour d'appel a estimé qu'à l'époque des pratiques (remontant au moins à 2001), le droit et la jurisprudence applicables en matière d'interdiction des ventes sur Internet n'étaient pas clairement fixés, la décision n° 08-D-25 précitée n'étant intervenue qu'en 2008 et n'ayant donné lieu à un arrêt de la Cour de Justice qu'en 2011 ; elle a pour ce motif atténué la gravité des pratiques et réduit le montant de la sanction pécuniaire de 900 000 à 10 000 euros ¹⁴⁹.

De même, l'Autorité a sanctionné une entreprise du secteur de la distribution de matériel de motoculture pour avoir, dans le cadre de son système de distribution sélective, mis en œuvre une entente illicite consistant à interdire *de facto* la vente des produits à partir des sites Internet des distributeurs ¹⁵⁰.

149 Cette incertitude quant au droit et à la jurisprudence applicables sera également prise en compte par l'Autorité pour la fixation des niveaux des sanctions pécuniaires dans les décisions 18-D-23 (§§300-302) et 19-D-14 (§§181-182) sanctionnant également des interdictions de vente sur Internet. *Cf infra*.

150 Décision n° 18-D-23 du 24 octobre 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture.

Dans cette décision, confirmée par la cour d'appel de Paris ¹⁵¹, l'Autorité a estimé que si le recours par un fabricant à un système de distribution sélective était justifié par la dangerosité des objets vendus (tronçonneuse, débroussailleuses, etc.) et par la nécessité d'une assistance et de conseils afin de préserver la qualité des produits, d'en assurer le bon usage et de garantir la sécurité des utilisateurs, le fait d'imposer, dans ses contrats signés avec ses partenaires commerciaux, que toute commande, même passée sur Internet, soit remise en main propre au client par le personnel de l'entreprise auprès de laquelle la commande avait été passée (soit dans les points de vente physiques, soit lors de la livraison au domicile sans passer par un prestataire tiers) revenait à interdire *de facto* la vente de ses produits à partir des sites Internet de ses distributeurs. Un tel encadrement des ventes à distance qui allait au-delà de ce qui était nécessaire pour préserver la sécurité des usagers tant professionnels que profanes, constituait ainsi une restriction de concurrence par objet. La société mise en cause ne pouvait par ailleurs bénéficier d'une exemption par catégorie, dans la mesure où l'interdiction en cause empêchait les revendeurs d'utiliser Internet pour satisfaire les demandes des acheteurs situés dans une autre zone de chalandise, et devait donc être qualifiée d'interdiction des ventes passives, soit une restriction « caractérisée » au sens du règlement n° 330/2010. Enfin, la restriction en cause ne pouvait pas davantage bénéficier d'une exemption individuelle, car elle n'était ni exigée

151 Cour d'appel de Paris, Arrêt du 17 octobre 2019, qui a cependant diminué la sanction de 7 à 6 millions d'euros, la cour estimant que la bonne foi de Stihl pouvait être retenue, au vu notamment d'un courriel du BKartA relatif à la conformité de son réseau aux règles de concurrence, ce qui atténuait la gravité de l'infraction. Un pourvoi contre cet arrêt a été déposé par la mise en cause auprès de la Cour de Cassation.

par la réglementation relative à la commercialisation des produits concernés, ni appliquée par les concurrents de l'entreprise ou par de nombreuses grandes surfaces de bricolage. De fait, les caractéristiques des produits en cause et des conseils de prise en main, le cas échéant par le biais de vidéos, pouvaient figurer en ligne et aucun élément au dossier ne tendait à indiquer que les utilisateurs n'ayant pas eu de contact direct avec les revendeurs étaient plus sujets à des accidents.

De manière analogue, dans une décision du 1^{er} juillet 2019¹⁵², l'Autorité a sanctionné plusieurs sociétés actives dans le secteur des cycles haut de gamme pour avoir interdit à leurs distributeurs agréés la vente de cycles à partir d'Internet. En effet, ceux-ci avaient l'obligation de livrer les produits commandés dans les points de vente physiques. L'Autorité a estimé que cette pratique, d'une part, constituait *de facto* une interdiction de vente en ligne, d'autre part, allait au-delà de ce qui était nécessaire pour préserver la sécurité des consommateurs au regard des dispositions réglementaires encadrant la commercialisation de cycles et, enfin, n'était pas nécessaire pour garantir la fourniture de conseils pour le choix ou l'utilisation du cycle, ces conseils pouvant notamment être dispensés en ligne, via un service de renseignement de type « *hotline* » ou un « *chat* ».

Dans certaines circonstances, l'Autorité a, plutôt que d'entrer en voie contentieuse, accepté les engagements proposés par les entreprises afin que soit intégrée dans leurs contrats de distribution la faculté de vendre en ligne pour les

¹⁵² Décision n° 19-D-14 du 1^{er} juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des cycles haut de gamme.

distributeurs, soit sans condition particulière ¹⁵³, soit plus spécifiquement, en l'encadrant pour tenir compte de certaines circonstances spécifiques. Ainsi, sur ce dernier point, dans sa décision concernant le secteur de la distribution de matériels hi-fi et home cinema ¹⁵⁴, le Conseil de la concurrence a jugé que l'interdiction totale de la vente en ligne ou les conditions mises à la vente en ligne des produits Bose, Focal JM Lab et Triangle imposées aux distributeurs agréés de ces marques étaient excessives, notamment au regard des objectifs visés (préservation de l'image de marque et nécessité de dispenser des conseils aux clients du fait de la haute technicité des produits) et des restrictions s'appliquant aux points de vente physiques des distributeurs agréés. Le Conseil a toutefois estimé que les engagements proposés par ces sociétés, consistant à autoriser la vente en ligne, le cas échéant sous réserve de respecter différentes conditions, comme des normes et codes graphiques, la présence d'un service d'informations gratuit et d'un service après-vente, ou encore, pour les produits très haut de gamme, une attestation de la part des clients reconnaissant avoir pu procéder à une écoute préalable de ces produits et recevoir des conseils personnalisés auprès d'un distributeur agréé en magasin, mettaient un terme aux préoccupations de concurrence relevées. Le fournisseur peut en effet édicter des règles spécifiques à la vente par Internet de ses produits, dès lors qu'elles sont justifiées et non disproportionnées et n'équivalent pas, en réalité, à une interdiction absolue ¹⁵⁵.

153 Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

154 Décision n° 06-D-28 du 5 octobre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma.

155 Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007.

Enfin, il convient de rappeler que le fait que les entreprises ne puissent interdire à leurs distributeurs de vendre leurs produits sur Internet, sauf circonstances susceptibles de justifier une exemption individuelle au titre de l'article 101(3), ne les empêche pas d'encadrer le recours à ce mode de distribution, notamment au travers de la distribution sélective. En particulier, un opérateur peut refuser d'agréer dans son réseau de distribution sélective les entreprises qui distribuent exclusivement leurs produits sur internet dès lors qu'existent des justifications objectives au choix de ce mode de distribution et aux clauses qui l'encadrent et que les éventuelles restrictions qui en découlent sont proportionnées à l'objectif poursuivi¹⁵⁶. Signalons ainsi que la cour d'appel de Paris a écarté les arguments de la société Showroomprivé tendant à remettre en cause l'exigence de distribution par des magasins en dur imposée par la société Coty à ses distributeurs sélectifs¹⁵⁷.

Les interdictions de référencement sur des places de marché

Les places de marché, comme celles opérées par Amazon, Cdiscount ou encore 1001pharmacies s'agissant d'une place de marché spécialisée, sont des intermédiaires facilitant les transactions entre les fournisseurs ou distributeurs d'un produit ou service et leurs acheteurs, notamment en permettant une comparaison plus aisée des produits et des prix. Selon l'enquête sectorielle de la Commission

¹⁵⁶ Cf. les arrêts « Metro » et « Coty » de la cour de justice de l'Union européenne, respectivement C-26/76 et C-230/16, et pour une synthèse de la jurisprudence, Camous-Léonard E. et Combe E., « La distribution sélective après l'arrêt Coty : éclaircissements et zones d'ombre », *Concurrences*, n° 4-2018.

¹⁵⁷ Cour d'appel de Paris, 28 février 2018, arrêt Showroomprivé.com, n°16/02263.

européenne précitée, 35 % des distributeurs européens interrogés utilisent ces places de marché (30 % s'agissant des distributeurs français)¹⁵⁸.

Si l'interdiction absolue de la vente en ligne par un distributeur constitue généralement une restriction par objet, la jurisprudence et la pratique décisionnelle européennes sont plus nuancées sur la question des interdictions de référencement des produits sur les places de marché. Ainsi, dans son arrêt *Coty*¹⁵⁹, la Cour de justice de l'UE a jugé qu'un fournisseur de produits de luxe recourant à la distribution sélective pouvait interdire à ses distributeurs agréés de vendre les produits sur une plateforme Internet tierce si cette restriction s'opérait sur la base de critères objectifs, appliqués de façon uniforme à l'ensemble des revendeurs et qu'elle n'allait pas au-delà de ce qui était nécessaire pour assurer le respect des objectifs de la distribution sélective mise en place par le fabricant, elle-même considérée comme appropriée aux produits en cause. Au cas d'espèce, la Cour a constaté que, d'une part, l'interdiction visée permettait de s'assurer que les produits seraient commercialisés par des distributeurs agréés, dans un environnement contrôlé par ceux-ci et permettant de préserver leur image de luxe, d'autre part, que l'interdiction ne s'appliquait qu'aux plateformes et non à l'ensemble des ventes en ligne, lesquelles étaient principalement effectuées via les boutiques en ligne propres des distributeurs, non touchées par l'interdiction. Il a alors été considéré que le réseau de

158 Commission européenne, 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Commission Staff Working Document, SWD (2016)312 final, Figures B.55 §414 et B.60 §419.

159 Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse n° 132/17, Affaire C-230/16.

distribution et ses clauses, dont l'interdiction de référencement sur des places de marché, étaient conformes au droit de la concurrence.

Comme le montrent les récents arrêts « Caudalie » de la cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation¹⁶⁰ et la décision n° 18-D-23 précitée relative à la distribution de matériel de motoculture¹⁶¹, le même raisonnement peut s'appliquer à d'autres catégories de produits, dès lors que l'interdiction du référencement sur les places de marché n'équivaut pas à une interdiction de vente sur Internet et qu'elle est nécessaire pour préserver l'une des caractéristiques importantes des produits considérés.

Par ailleurs, la Cour de justice ayant jugé qu'une telle interdiction des ventes sur les places de marché n'étant pas une restriction « caractérisée », son éventuelle absence de nécessité ou de proportionnalité par rapport aux objectifs de la distribution sélective ou son utilisation en l'absence de distribution sélective ne la rend pas pour autant par elle-même contraire aux règles de concurrence, dès lors qu'elle peut faire l'objet d'une exemption sur le fondement du

160 Cour d'appel de Paris, 2 février 2016, arrêt eNova santé / Caudalie. Cour de Cassation, chambre commerciale, arrêt du 13 septembre 2017, n° 16-15.067. Cour d'appel de Paris, 13 juillet 2018, arrêt eNova santé / Caudalie.

161 Dans cette décision, l'Autorité de la concurrence a considéré que l'interdiction de référencement sur des places de marché édictée par Stihl à l'égard de ses distributeurs était licite car i) l'interdiction garantissait que les produits étaient bien revendus par des distributeurs agréés, limitant ainsi le risque de contrefaçon et d'une absence de conseils suffisants, ii) selon l'enquête sectorielle sur le commerce électronique de la Commission européenne, les places de marché ne sont utilisées que par 31 % des détaillants interrogés et il ne ressort pas des éléments du dossier que ces places de marchés seraient plus nécessaires pour la revente en ligne de produits de motoculture que pour les autres produits (§§278-289).

règlement d'exemption n° 330/2010¹⁶². Comme l'a indiqué l'Autorité dans sa contribution du 6 juin 2018 à une table ronde de l'OCDE, « *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. 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* »¹⁶³.

Pour autant, de telles clauses ne sont pas nécessairement licites. Ainsi, en 2015, l'Autorité a ouvert une enquête portant sur l'interdiction de référencement sur les places de marché opposée par la société Adidas à ses détaillants Internet. Pendant la procédure d'instruction, Adidas a décidé d'autoriser l'utilisation de places de marché en ligne, à la condition qu'elles respectent certains critères qualitatifs qui leur permettraient alors d'être agréées par le fabricant. En conséquence, l'Autorité a clos l'enquête ouverte à l'encontre de la société Adidas France, tout en indiquant s'assurer que les distributeurs agréés bénéficieraient d'un accès effectif aux places de marché en ligne¹⁶⁴.

162 Cour de justice de l'Union européenne, Communiqué de presse n° 132/17, Affaire C-230/16.

163 Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur l'implication du e-commerce dans la politique de la concurrence, 2018, §§ 65, 68, 69. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)58/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)58/fr/pdf)

164 Autorité de la concurrence, communiqué de presse du 8 novembre 2015 portant sur la vente en ligne.

L'interdiction de référencement sur les sites de comparaison de prix

Les sites de comparaison de prix référencent des offres de produits et de services de sites marchands et permettent aux utilisateurs, grâce à un moteur de recherche et de comparaison propre au comparateur concerné, de rechercher et de comparer ces offres et, le cas échéant, d'accéder directement à l'offre de leur choix sur un site marchand référencé. Ces sites peuvent aussi apporter des informations supplémentaires sur les produits, comme les avis d'autres utilisateurs. Selon l'enquête de la Commission précitée, 36 % des détaillants en Europe recourent à des sites de comparaison de prix – 67 % dans le cas de la France.

Comme le relève la Commission dans cette enquête¹⁶⁵, ces sites peuvent être bénéfiques aux fournisseurs et/ou aux distributeurs, en améliorant la visibilité de leurs marques et en enrichissant les informations fournies aux consommateurs. Cependant, certains producteurs ou distributeurs peuvent craindre que ces outils mettent en avant de manière excessive la dimension tarifaire des biens et services proposés, au détriment d'autres critères, comme l'image de luxe, la qualité, le style ou d'autres caractéristiques des produits et interdire, par conséquent, le référencement de leurs produits sur des outils de comparaison tarifaire. 10 % des détaillants interrogés dans le cadre de l'enquête sur le commerce électronique de la Commission européenne ont indiqué que leurs contrats avec leurs fournisseurs incluaient des clauses restreignant l'utilisation des comparateurs.

¹⁶⁵ Commission européenne, Document de travail accompagnant le rapport final de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, p166, voir également Rapport CMA sur les outils de comparaison en ligne, §1.14.

Comme l'indique la Commission dans cette enquête, les comparateurs, tout en permettant aux consommateurs de comparer plus aisément les offres et aux distributeurs d'être connus par un plus grand nombre d'internautes, ne sont pas un canal de distribution distinct des sites des distributeurs, puisque, dans la majorité des cas, ils redirigent les internautes vers le site du détaillant choisi : de ce fait, une interdiction absolue de l'utilisation des comparateurs pourrait être moins justifiée que celle des places de marché et constituer une restriction caractérisée de concurrence en restreignant l'utilisation d'Internet comme canal de vente. Pour autant, les fabricants peuvent conditionner la communication des détaillants sur leurs produits à un standard de qualité, tant en ligne qu'hors ligne et le règlement d'exemption les autorise donc à définir des critères qualitatifs que doivent respecter les comparateurs pour être utilisés par des détaillants¹⁶⁶.

À ce jour, les décisions des autorités de concurrence européennes concernant des interdictions de référencement sur des outils de comparaison en ligne sont peu nombreuses. Dans l'affaire Asics¹⁶⁷, le Bundeskartellamt avait estimé que le système de distribution sélective mis en place par Asics à la fin de l'année 2012, qui restreignait notamment la possibilité pour les revendeurs de coopérer avec des comparateurs de prix, constituait une restriction de concurrence par objet contraire à l'article 101, paragraphe 1, du TFUE. En 2017, la Cour fédérale allemande a confirmé la décision du Bundeskartellamt et a jugé que toute prohibition absolue

¹⁶⁶ Cf. Commission européenne, *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*, §500 et suivants.

¹⁶⁷ Bundeskartellamt, Case Summary, *Unlawful restrictions of online sales of Asics running shoes*, Decision B2-98/11, published 25 January 2016.

d'utilisation des outils de comparaison en ligne, qui ne serait pas liée à des exigences de qualité, était illégale ¹⁶⁸.

Des cadres réglementaires parfois dissuasifs pour la vente en ligne

Les comportements d'entreprises ne sont pas les seuls à parfois contraindre ou freiner le développement de la vente en ligne. Dans certains secteurs, des réglementations étatiques peuvent également limiter le recours des entreprises à ce canal de vente, réduisant ainsi les possibilités de choix des consommateurs, la concurrence entre les opérateurs et leurs opportunités de développement. Il est donc important d'apprécier à la fois le bien-fondé et la proportionnalité des restrictions aux ventes sur Internet instaurées par ces réglementations. Par ailleurs, certaines formes de vente en ligne ont pu entraîner l'apparition de nouveaux acteurs et stimuler la concurrence sur des marchés traditionnels. Mais placés dans des conditions différentes, ces nouveaux acteurs ont parfois bénéficié de conditions plus avantageuses, en termes de réglementation. Donc, dans certains cas, le développement de la vente en ligne, qui peut entraîner une concurrence entre des prestations réglementées et des prestations non-réglementées, peut aussi rendre nécessaire une adaptation de la réglementation. Ces différents enjeux peuvent être appréhendés au travers de l'exemple de deux secteurs, celui du transport particulier de personnes, où le développement de la vente en ligne apparaît très important, et celui de la distribution au détail de médicaments, où la

¹⁶⁸ Bunderskartellamt, Communiqué de presse, *ASICS dealers allowed to use price comparison engines – Federal Court of Justice confirms Bundeskartellamt's decision*, publié le 25 janvier 2017.

vente en ligne demeure aujourd'hui très marginale, notamment du fait des contraintes réglementaires.

L'EXEMPLE DU TRANSPORT PARTICULIER DE PERSONNES

Dans le secteur du transport public particulier de personnes, le cadre réglementaire a dû s'adapter au développement rapide du secteur des voitures de transport avec chauffeur (VTC), dont l'offre est essentiellement déployée par l'intermédiaire d'applications en ligne. Cette adaptation a poursuivi un double objectif : d'une part, encadrer la concurrence entre les opérateurs « traditionnels », les taxis, et les VTC sur le marché de la réservation préalable, d'autre part, réaffirmer le monopole légal des taxis sur le marché de la maraude¹⁶⁹.

Ainsi, le gouvernement a confirmé le monopole légal des taxis sur le marché de la maraude, le décret n° 2013-690 du 30 juillet 2013 rendant obligatoire la réservation préalable des services des VTC. De même, la loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeurs a notamment interdit la pratique de la maraude électronique, i. e., le fait pour un chauffeur de VTC d'informer un client avant la réservation, de la localisation et de la disponibilité d'un véhicule quand celui-ci est situé sur la voie ouverte à la circulation publique. En revanche, l'Autorité a à plusieurs reprises préconisé d'exclure les dispositions excédant l'objectif de protection légitime du marché de la maraude, celles-ci ayant pour conséquence fréquente de dégrader artificiellement la qualité des prestations des VTC et des applications en ligne les commercialisant. Ainsi, le décret n° 2013-1251 du 27 décembre

¹⁶⁹ C'est-à-dire le marché correspondant à la prise en charge de clients sur la voie ouverte à la circulation publique, sans réservation préalable.

2013, qui établissait un délai minimal de 15 minutes entre la réservation et la prise en charge d'un client par un VTC, a fait l'objet d'un avis négatif de l'Autorité de la concurrence. Celle-ci a estimé que la mesure en question n'était pas justifiée par la protection du monopole des taxis sur le marché de la maraude et était même contraire à l'objectif d'ordre public de fluidité de la circulation. Si cet avis n'a pas été suivi par le gouvernement, la mesure en question a été suspendue par le juge des référés¹⁷⁰. Par la suite, cette disposition a été annulée par le Conseil d'Etat qui, statuant au contentieux, a estimé que « *le Gouvernement n'était pas autorisé à rajouter au régime des VTC des conditions nouvelles qui restreignent leur activité* »¹⁷¹. De même, la loi n° 2014-1104 du 1^{er} octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeurs déjà citée a également établi l'obligation pour les chauffeurs de VTC de retourner à leur base ou dans un lieu hors de la chaussée après l'achèvement d'une prestation. Cette obligation a suscité les réserves de l'Autorité quant à son efficacité par rapport à l'objectif de lutte contre la maraude illégale, celle-ci soulignant à la fois la contrainte lourde qu'elle impose aux VTC et aux applications en ligne commercialisant leurs services et la complexité de contrôler sa bonne mise en application.

Parallèlement, le gouvernement s'est efforcé d'instaurer un environnement réglementaire permettant d'assurer une concurrence loyale entre les taxis et les VTC sur le marché de la réservation préalable. L'Autorité a salué les modifications réglementaires permettant d'égaliser les conditions de concurrence entre taxis et VTC, Ainsi, s'agissant de la mise en place d'un examen professionnel pour les chauffeurs de VTC, l'avis n° 14-A-17 du 9 décembre 2014 de l'Autorité de la concurrence

¹⁷⁰ Ordonnance en date du 5 février 2014.

¹⁷¹ Conseil d'Etat, Communiqué de presse en date du 17 décembre 2014 portant sur le décret VTC.

concernant un projet de décret relatif au transport public particulier de personnes a salué la suppression de l'obligation de formation préalable de 250 h pour les chauffeurs de VTC (article D.231-7 du code du tourisme), exigence à laquelle les chauffeurs de taxis n'étaient pas soumis, et le remplacement de l'examen initial par un examen similaire à celui que doivent passer les chauffeurs de taxis¹⁷². Le gouvernement a également autorisé les taxis à avoir recours à des tarifs et des moyens de réservation comparables à ceux utilisés par les VTC. L'avis n° 15-A-07 du 8 juin 2015 de l'Autorité a ainsi accueilli favorablement l'initiative du gouvernement de forfaitiser les tarifs des taxis pour les trajets entre les aéroports parisiens et Paris ainsi que ceux des courses d'approche, dans un contexte de concurrence avec les VTC. Par ailleurs, dans son avis n° 15-A-20 du 22 décembre 2015, l'Autorité a émis un avis favorable à la mise en place par les pouvoirs publics d'une plateforme « Le.taxi » centralisant les offres des taxis sur le marché de la maraude.

L'EXEMPLE DE LA VENTE AU DÉTAIL DE MÉDICAMENTS

Dans le secteur de la vente au détail de médicaments, l'Autorité a préconisé à plusieurs reprises un assouplissement des conditions de la vente en ligne des médicaments à prescription médicale facultative¹⁷³. En effet, il résulte tant de l'arrêt

172 Cet argument a été repris par l'Autorité dans son avis n° 17-A-04 du 20 mars 2017 dans lequel elle a recommandé au gouvernement d'harmoniser les examens d'accès aux professions comparables de VTC, moto-pro, LOTI légers.

173 Avis n° 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; avis n° 16-A-09 du 26 avril 2016 relatif à deux projets d'arrêtés concernant le commerce électronique de médicaments; avis n° 19-A-08 du 4 avril 2019 relatif aux secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale privée.

de la Cour de justice « Doc Morris » du 11 décembre 2003¹⁷⁴ que de la directive 2011/62/UE du 8 juin 2011 que les Etats membres de l'UE doivent autoriser la vente en ligne par les officines de ce type de médicaments. Or, si cette directive a été transposée en France en 2012¹⁷⁵, plusieurs dispositions réglementaires issues des arrêtés pris par la suite¹⁷⁶ apparaissent non justifiées par des considérations de santé publique et continuent de freiner le développement de la vente en ligne par les pharmaciens français. En particulier, l'Ordre national des pharmaciens indique fréquemment craindre que la vente en ligne n'encourage la surconsommation ou le mésusage des médicaments faute de conseils adéquats, le risque de contrefaçons et n'entraîne de possibles pertes de chiffre d'affaires¹⁷⁷.

174 CJCE arrêt du 11 décembre 2003, *Deutscher Apothekerverband C-322/01*, Rec. 2003 p. I-14887.

175 Ordonnance n° 2012-1427 du 19 décembre 2012 relative au renforcement de la sécurité de la chaîne d'approvisionnement des médicaments, à l'encadrement de la vente de médicaments sur internet et à la lutte contre la falsification de médicaments.

176 Arrêté du 20 juin 2013 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments par voie électronique (annulé), puis les arrêtés du 28 novembre 2016 relatif aux bonnes pratiques de dispensation des médicaments dans les pharmacies d'officine et relatif aux règles techniques applicables aux sites internet de commerce électronique de médicaments.

177 Voir la contribution de l'Ordre national des pharmaciens à l'enquête sectorielle de l'Autorité de la concurrence sur le fonctionnement de la concurrence dans les secteurs de la distribution du médicament en ville et de la biologie médicale (source : <http://www.ordre.pharmacien.fr>).

Dans ses avis n^{os} 13-A-12¹⁷⁸ et 16-A-09¹⁷⁹, l'Autorité a estimé que les « *bonnes pratiques* » en matière de commercialisation de médicaments en ligne définies par les projets d'arrêtés étaient fréquemment si restrictives qu'elles privaient d'intérêt la commercialisation de médicaments en ligne, au détriment tant du patient consommateur que des pharmaciens, et ce sans être justifiées par des considérations de santé publique. Si certaines des préconisations de l'Autorité ont été prises en compte, il demeure néanmoins que le cadre réglementaire de la vente en ligne des médicaments sur Internet est très contraignant¹⁸⁰.

Ainsi, au-delà de la restriction de la vente en ligne aux médicaments à prescription facultative¹⁸¹ et de l'obligation d'adosser le site de vente en ligne à une officine physique¹⁸², jugées conformes au droit européen par le Conseil d'Etat¹⁸³, le régime actuel impose une série d'interdictions et d'obligations susceptibles de décourager la vente en ligne de médicaments à prescription facultative par des pharmacies, à savoir, notamment, l'interdiction de recourir à des locaux de stockage éloignés des officines¹⁸⁴, l'interdiction de référé-

178 Avis n^o 13-A-12, précité. L'arrêté final a pris en compte certaines des recommandations de l'Autorité mais a été annulé par le Conseil d'Etat le 16 mars 2015 en raison de l'excès du champ de l'habilitation conférée par la loi et du défaut de notification à la Commission européenne. Cf. CE 16 mars 2015 requêtes n^{os} 370073, 370721, 370820, M A, société Gatpharm SELAREL Tant D'M.

179 Avis n^o 16-A-09, précité.

180 Cf. l'avis n^o 19-A-08 précité.

181 Article L. 5125-34 du code de la santé publique.

182 Articles L. 5125-33, 35, 37 et 38 du code de la santé publique.

183 Décisions n^{os} 370072, 370721 et 370820 du 16 mars 2015 du Conseil d'Etat.

184 En particulier, une telle disposition oblige les pharmacies implantées en centre de ville à disposer de locaux de stockage importants en centre de ville, ce qui est quasiment impossible (article R. 5125-8 du code de la santé publique).

rencement payant du site internet sur des comparateurs de prix ou des moteurs de recherche, l'interdiction de regrouper les officines au sein d'un site internet commun, l'obligation de désigner un pharmacien adjoint pour chaque nouvelle tranche de 1,3 million d'euros de chiffre d'affaires, quelle que soit la nature des produits vendus (et y compris donc s'il s'agit de produits de cosmétique d'hygiène ou de parapharmacie), la limitation du contenu des lettres d'informations pouvant être adressées par les sites de vente en ligne aux seules informations émanant des autorités sanitaires, ou encore l'interdiction de liens hypertextes menant vers des sites de pharmacie (y compris vers des sites appartenant à l'officine détentrice du site internet utilisé).

Plusieurs constats viennent étayer l'ampleur de l'impact de ces obstacles sur le développement de la vente en ligne de médicaments en France¹⁸⁵. Bien qu'en croissance, la part des pharmacies disposant d'un site de vente en ligne ainsi que la part des ventes de médicaments à prescription facultative via ce canal dans le total des ventes de ces médicaments restent très faibles (respectivement 1,6% et 1%). Ce faible développement des ventes en ligne contraste avec le développement de cette activité dans d'autres pays européens, dotés d'opérateurs en ligne plus développés et dont certains sont d'ailleurs actifs sur le marché français. La part de la France dans la vente en ligne de produits sans prescription au sein de l'Union européenne n'est ainsi que de 3%, contre 34% pour l'Allemagne (où 6% des pharmacies ont une activité de vente en ligne et où les ventes en ligne représentent 12% du marché de la vente de médicaments à prescription facultative) et 45% pour le Royaume-Uni.

¹⁸⁵ Cf. l'avis 19-A-08 précité.

Par ailleurs, les risques mis en avant pour justifier une réglementation très restrictive de la vente en ligne de médicaments n'apparaissent pas étayés. Ainsi, les chiffres avancés par l'Ordre national des pharmaciens sur le risque accru de pénétration de médicaments contrefaits portent en réalité sur des médicaments achetés sur des sites illégaux. En outre, des conditions de vente en ligne trop strictes limitant le développement de ce canal de distribution peuvent paradoxalement faciliter le développement de sites non autorisés, davantage susceptibles de commercialiser des médicaments contrefaits.

Pour remédier à cette situation, l'Autorité a formulé plusieurs recommandations comme, par exemple :

- Assouplir la réglementation relative à la communication et à la publicité portant sur la vente en ligne : autoriser les sites de vente en ligne à utiliser le référencement et les comparateurs de prix payants, élargir le champ des informations susceptibles d'être relayées dans les lettres d'information adressées aux clients, permettre le renvoi du site d'une officine vers celui d'une autre officine, assouplir l'interdiction d'« *artifices de mise en valeur* » (caractères gras et grandes polices de caractères, clignotants, etc.).
- Rationaliser le modèle économique des cyber-pharmacies françaises : permettre aux officines de regrouper leur offre via un site commun, prévoir explicitement la possibilité pour les sites de pharmacie d'utiliser des plateformes de mise en relation pour la vente en ligne de médicaments, autoriser les pharmaciens à recourir à des locaux de stockage éloignés de leur officine, retenir un critère plus pertinent que le chiffre d'affaires global de l'officine pour fixer le nombre de pharmaciens à recruter, notamment pour tenir compte des ventes d'articles de parapharmacie ne nécessitant pas le même degré de conseil.

– Enfin, clarifier le régime applicable aux opérateurs étrangers, dans un contexte où les exigences de communication et de bonnes pratiques ont été définies vis-à-vis des opérateurs nationaux alors que leur applicabilité aux opérateurs étrangers reste imprécise. En effet, comme le note l’avis de l’Autorité, mis à part un article du code de la santé publique¹⁸⁶, la législation et la réglementation française ne précisent pas le régime applicable aux opérateurs établis dans d’autres États membres de l’UE et vendant des médicaments en France¹⁸⁷. Une telle insécurité juridique pourrait

186 D’après l’avis n° 19-A-08 de l’Autorité, l’article L. 51 25-40 du CSP se contente de préciser « *qu’une personne légalement habilitée à vendre des médicaments au public dans l’État membre de l’UE dans lequel elle est installée ne peut vendre en ligne, à destination d’une personne établie en France, que des médicaments à prescription médicale facultative et doit respecter la législation applicable aux médicaments commercialisés en France* ».

187 Sur ce point, une question préjudicielle avait été transmise à la Cour de Justice par la cour d’appel de Paris (CA Paris, 28 septembre 2018, n° 17/17803) afin de déterminer si un État membre peut imposer aux pharmaciens ressortissants d’un autre État de l’Union des règles spécifiques concernant la publicité applicable aux cyberpharmacies. L’avocat général, dans ses conclusions le 27 février dernier (CJUE, concl., 27 février 2020, aff. C-649/18, A c/ Daniel B, UD, AFP, B et L.), a estimé, concernant les restrictions liées à la publicité physique, que l’article 34 TFUE ne s’oppose pas à une réglementation d’un État membre interdisant la publicité pour les services de vente en ligne de médicaments fournis par une pharmacie établie dans un autre État membre « *pour autant qu’une telle réglementation soit nécessaire et proportionnée à la réalisation de l’objectif de protection de la dignité de la profession de pharmacien, ce qu’il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* ». Concernant les restrictions liées à la publicité digitale (interdiction d’afficher des promotions sur les sites du prestataire, du référencement payant, obligation de remplissage préalable d’un questionnaire), il a estimé que l’article 3 de la directive européenne 2000/31/CE imposait que l’État membre de destination ait notifié à l’État membre où est établi le prestataire et à la Commission européenne « *son intention d’appliquer la réglementation en cause au même prestataire, ce qu’il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier* » et que cette application soit « *apte et nécessaire à la protection de la santé publique, ce qu’il appartiendrait à la juridiction de renvoi de vérifier* ».

avoir pour effet de dissuader certains acteurs étrangers de se lancer sur le marché français de la distribution en ligne des médicaments à prescription facultative ou, à l'inverse, avantager ces acteurs par rapport aux opérateurs français.

Les comportements susceptibles de fausser la concurrence entre opérateurs de vente en ligne

Les comportements visant à réduire la pression concurrentielle exercée par le commerce en ligne sur les activités commerciales hors ligne ne sont pas les seuls capables de susciter des préoccupations de concurrence. Certaines pratiques peuvent aussi viser à limiter la concurrence entre opérateurs en ligne, soit en diminuant leurs incitations à se concurrencer les uns les autres, soit en évinçant ou en empêchant le développement d'opérateurs en ligne concurrents. Au vu des décisions prises par l'Autorité de la concurrence, de telles stratégies ont, à ce jour, été plus rares que celles visant à limiter la concurrence des ventes en ligne : elles peuvent en effet être difficiles à mettre en place, car les opérateurs en ligne font fréquemment figure de nouveaux entrants et ont donc plutôt pour objectif de se développer que de figer des positions déjà acquises. La concurrence avec le commerce hors ligne peut également réduire les incitations d'un opérateur en ligne à évincer ses concurrents : quand bien même la concurrence en ligne serait réduite, la concurrence hors ligne continuerait de maintenir une pression concurrentielle forte sur le commerce en ligne. Il peut cependant arriver que le niveau de développement des opérateurs en ligne, y compris sur des marchés purement numériques, soit suffisamment important pour que ceux-ci trouvent un intérêt à limiter la concurrence entre eux ou à évincer leurs concurrents. Il en va ainsi des plateformes de réservation hôtelière et des

clauses de parité tarifaire « étendue » qu'elles ont employées. Par ailleurs, l'éviction d'opérateurs en ligne peut permettre à des opérateurs surtout présents hors ligne de réduire la pression concurrentielle du commerce en ligne sur leurs activités hors ligne tout en se réservant la plus grosse part du canal de vente en ligne. Ainsi, plusieurs opérateurs historiques ont pu tenter, par le passé, de faire bénéficier leurs services en ligne de leur position particulière sur un secteur connexe hors ligne. Enfin, au fur et à mesure que les activités en ligne s'abstraient de la concurrence des activités hors ligne, les opérateurs numériques seront de plus en plus incités à diminuer la concurrence entre eux et à même de le faire, avec, dans certains cas, des comportements anticoncurrentiels peu analysés dans l'univers hors ligne.

LE CAS DES CLAUSES DE PARITÉ DANS LE SECTEUR DES PLATEFORMES DE RÉSERVATION HÔTELIÈRE

Le développement de la vente en ligne s'est accompagné de l'essor de différents types d'intermédiaires entre les offreurs de produits et services et leurs clients. Dans le secteur de la réservation hôtelière, où les ventes en ligne ont rapidement pris le pas sur les ventes en agence, les plateformes de réservation hôtelière facilitent ainsi la rencontre entre une demande et une offre hôtelière particulières, en permettant aux consommateurs de choisir l'hôtel qui leur convient le mieux et aux offreurs d'hébergements de se faire connaître plus facilement des consommateurs. La plateforme de réservation hôtelière se rémunère ensuite grâce à une commission, le plus souvent prélevée auprès des offreurs d'hébergements, quand une transaction est conclue entre un client et un hôtel adhérent à la plateforme.

En 2015, saisie par les principaux syndicats hôteliers français et le groupe Accor, l'Autorité a été amenée à examiner la

licéité des clauses de parité tarifaire imposées par Booking.com aux hôteliers référencés sur sa plateforme de réservation des nuitées d'hôtel en ligne¹⁸⁸. Ces clauses de parité, dites « étendues », interdisent aux hôteliers de pratiquer, sur leur propre canal de vente ou sur une plateforme autre que celle de Booking.com, un prix de nuitées plus avantageux que celui offert sur Booking.com, ou de proposer plus de nuitées sur leur propre canal de vente ou sur les plateformes concurrentes de Booking.com que sur Booking.com.

De telles clauses de parité peuvent produire plusieurs effets anticoncurrentiels. En premier lieu, elles dissuadent les plateformes de réservation de baisser leur commission, puisqu'une telle baisse ne permettra pas nécessairement aux hôteliers de baisser leur prix de détail sur la plateforme baissant sa commission, les hôteliers étant contraints par les clauses de parité les liant aux autres plateformes. Inversement, si une plateforme considérée comme incontournable par les hôteliers décide d'augmenter sa commission, elle n'aura pas à craindre un report massif de sa clientèle sur une plateforme concurrente si les contrats la liant aux hôteliers prévoient une clause de parité tarifaire, puisque les hôteliers ne pourront pas nécessairement augmenter

188 Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B. V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne. Une plainte avait également été déposée en 2013 à l'encontre d'Expédia et HRS, plateformes de réservation hôtelière concurrente de Booking.com mais aux parts de marché en France nettement moindres. Cependant, l'entrée en vigueur de la loi dite « Macron » en 2015 interdisant l'utilisation de toute clause de parité tarifaire et le traitement de ces clauses par d'autres autorités de concurrence européennes a entraîné le rejet de ces saisines par l'Autorité (décision n° 19-D-23 du 10 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne).

les prix des nuitées commercialisées sur cette plateforme. De même, les hôteliers ne peuvent ouvrir à la réservation un nombre de nuitées plus élevé sur la plateforme leur proposant le taux de commission le plus bas, ce qui à nouveau dissuade les plateformes de diminuer leurs taux. En second lieu, ces clauses de parité vont empêcher de nouvelles plateformes de se faire connaître en pratiquant des taux de commission bas, puisque de tels taux bas ne peuvent se traduire par des prix de chambres plus bas que sur les plateformes établies ¹⁸⁹.

Mais les clauses de parité tarifaires peuvent éventuellement répondre à des objectifs pro-concurrentiels. Elles pourraient d'une part réduire le « risque de parasitisme » de certaines plateformes par des plateformes concurrentes ou par les hôteliers eux-mêmes. En effet, les études empiriques montrent une forte sensibilité au prix des consommateurs dans ce secteur ¹⁹⁰. Un hôtelier pourrait alors fixer un prix inférieur sur son propre site par rapport à la plateforme de réservation afin d'attirer le client et d'éviter ainsi le versement d'une commission à la plateforme, alors que celle-ci a permis au consommateur d'identifier cet hôtel grâce à différentes fonctionnalités plus ou moins élaborées. À terme, ce « parasitisme » pourrait dissuader les plateformes d'effectuer les investissements nécessaires pour informer correctement les consommateurs sur les caractéristiques des hôtels présentés. Les clauses de parité tarifaire pourraient d'autre part réduire le coût de prospection du consommateur et intensifier ainsi la concurrence entre hôtels (plutôt qu'entre plate-

¹⁸⁹ Contribution France à la table ronde de l'OCDE sur l'implication du e-commerce pour le commerce en ligne, juin 2018, §§75-77.

¹⁹⁰ Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur les clauses de parité tarifaire, 12 octobre 2015, § 49.

formes) : en uniformisant les prix en ligne et hors ligne, ces clauses offrent au consommateur une meilleure visibilité sur le prix et la disponibilité des chambres chez les hôteliers, ce qui facilite la mise en concurrence des différents hôtels.

Selon les secteurs, ces gains d'efficience peuvent être plus ou moins marqués. Par exemple, les coûts de prospection pourraient être relativement faibles dans le secteur de l'hôtellerie, sans que des clauses de parité ne soient particulièrement nécessaires pour les réduire encore en instaurant une uniformisation des prix des nuitées entre les plateformes¹⁹¹. Ainsi, selon la Commission, les clauses paritaires devraient plutôt être examinées au cas par cas¹⁹².

Dans le cas des plateformes de réservation hôtelière, à l'issue de l'enquête menée en coopération avec les autorités italienne et suédoise, l'Autorité française a accepté l'engagement de Booking.com de substituer aux clauses de parité « étendue » des clauses de parité « restreinte », ne visant que les prix pratiqués sur le canal internet des hôteliers hors programmes de fidélisation. En vertu de ces engagements, les hôteliers peuvent donc proposer des tarifs inférieurs à ceux affichés sur le site de Booking.com sur les plateformes concurrentes de Booking.com. En outre, il leur est possible d'afficher des prix inférieurs sur leur canal hors ligne et de les proposer à des clients bénéficiant du programme de fidélité. Enfin, les hôtels sont libres d'allouer à Booking.com un nombre de nuitées inférieur à celui proposé aux autres plateformes et/ou sur leurs propres canaux. De telles mesures devaient permettre

¹⁹¹ Contribution de la France à la table ronde de l'OCDE sur les clauses de parité tarifaire, 2015, §§59-60.

¹⁹² Commission européenne, Rapport final sur l'enquête sectorielle relative au commerce électronique, Document de travail, 2017, §623.

de limiter les réticences des plateformes à proposer des conditions améliorées aux hôteliers, via, par exemple, une réduction du montant des commissions.

Dans son bilan de l'efficacité des engagements publié le 9 février 2017¹⁹³, l'Autorité fait état des difficultés méthodologiques rencontrées pour évaluer leur effet, en particulier la prise en compte du contexte touristique parisien de 2016 lié aux attentats terroristes et la concomitance entre l'entrée en vigueur des engagements et celle de la loi Macron, qui a proscrit les clauses de parité aussi bien étendue que restreinte. Elle relève toutefois une certaine différenciation entre les tarifs proposés par de mêmes hébergements sur les différentes plateformes de réservation en ligne, un constat qui pourrait attester de l'effet des engagements sur les comportements des hôteliers. Cependant, cette différenciation accrue, à la supposer avérée et en lien avec la prise des engagements, n'a pas entraîné de modifications substantielles des parts de marché des plateformes de réservation, de la qualité de leur offre ou de leurs niveaux de taux de commissions. De même, selon le rapport du Réseau européen de la concurrence (REC) sur le même thème¹⁹⁴, la conversion de la parité étendue en une parité restreinte a permis de différencier les prix des nuitées pratiquées par les hôtels dans huit Etats membres participants sur dix, sans pour autant que cela entraîne une diminution des taux de commission.

¹⁹³ https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/bilan_engagements_booking_final_9fev17.pdf

¹⁹⁴ ECN, *Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016*, 6 Avril 2017, http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html, §§11 à 14.

LES PRATIQUES D'ÉVICTION MISES EN ŒUVRE PAR DES OPÉRATEURS DOMINANTS POUR SE DÉVELOPPER EN LIGNE

L'article 102 du TFUE prohibe les pratiques d'éviction anti-concurrentielle de la part des entreprises dominantes, c'est-à-dire le fait d'entraver ou de supprimer « *un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés* »¹⁹⁵. Sur ce fondement, les autorités européennes de concurrence ont vocation à détecter, corriger, sanctionner et/ou dissuader les tentatives des entreprises dominantes d'évincer les concurrents existants ou d'empêcher l'entrée des concurrents potentiels sur un marché.

L'attention ainsi portée aux risques d'éviction peut être particulièrement nécessaire dans le contexte de l'économie numérique. Sur ces marchés, des effets de réseau peuvent fréquemment entraver le développement de nouveaux entrants, qui, du fait de leur faible part de marché, ne disposent pas des intrants (nombre d'offreurs, nombre de clients, richesse des données, etc.) nécessaires pour être attractifs. Ces mêmes effets de réseau peuvent également conduire à des situations de dominance, un opérateur très légèrement plus performant que ses concurrents pouvant acquérir grâce à ces effets de réseau un avantage très significatif sur ses concurrents (phénomène dit de « *winner takes all* »).

Mais les abus de position dominante peuvent résulter d'autres facteurs que les effets de réseau. À cet égard, plusieurs décisions ou avis de l'Autorité rappellent que des

¹⁹⁵ Commission européenne, Lignes directrices sur l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, § 19.

monopoles historiques ou d'anciens monopoles historiques, pouvant s'appuyer sur leur position et leurs avantages hors ligne pour se développer rapidement en ligne, au détriment des autres opérateurs en ligne, sont susceptibles de commettre un abus de position dominante.

Ainsi, dans son avis relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne¹⁹⁶, l'Autorité a identifié plusieurs moyens par lesquels un monopole historique (comme la Française des Jeux s'agissant des loteries et des jeux de pronostics sportifs en points de vente physiques ou le PMU s'agissant des paris hippiques en points de vente physique) peut abuser de sa position sur le marché hors ligne pour conquérir le marché en ligne : utilisation de sa notoriété et de sa réputation liées à son activité historique pour se développer sur le marché en ligne, subventions croisées entre les activités exercées en monopole et les activités ouvertes à la concurrence (par exemple si les points de vente physiques font la promotion de l'activité en ligne du monopole historique ou si des campagnes de publicité visent indistinctement les activités en ligne et hors ligne), mutualisation des masses de paris effectués hors ligne et en ligne¹⁹⁷. Pour répondre à ces préoccupations de concurrence, l'Autorité a formulé une série de recommandations visant à organiser une séparation effective des activités en ligne et hors ligne, notamment :

¹⁹⁶ Avis n° 11-A-02 du 20 janvier 2011 relatif au secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, § 178.

¹⁹⁷ En permettant d'affecter une partie de la masse de paris effectués hors ligne à l'activité en ligne, cette mutualisation permet à l'entreprise la mettant en œuvre de mieux récompenser les gagnants à des paris/jeux en ligne que ses concurrents uniquement présents hors ligne.

- la constitution de bases de données distinctes pour les activités en ligne et hors ligne et une séparation commerciale des structures de l'opérateur dédiées à ces deux activités;
- l'utilisation d'enseignes et de marques distinctes pour ces deux activités, comme l'avait fait la FDJ en lançant ses marques de paris en ligne, Parionsweb, et de paris sportifs en ligne, Parionssport;
- plus généralement, une séparation des deux types d'activité, cette séparation devant être « *à la fois juridique, matérielle, comptable, financière et commerciale* »¹⁹⁸, de façon, par exemple, à permettre d'identifier les transferts financiers internes entre les activités en ligne et hors ligne;
- s'agissant des paris hippiques, des conditions d'accès aux informations hippiques nécessaires à l'organisation des paris (comme les programmes des courses, les chevaux et jockeys partants, les résultats officiels) transparentes et non discriminatoires pour les concurrents.

Par la suite, l'Autorité a également accepté des engagements proposés par le PMU visant à séparer ses masses d'enjeux enregistrées en ligne de celles enregistrées en points de vente physiques¹⁹⁹. En 2020, l'Autorité a toutefois sanctionné le non respect d'une partie de ces engagements, notamment s'agissant de la « *séparation de ses masses d'enjeux « en dur » et en ligne pour les courses étrangères faisant l'objet d'un partenariat de masse commune entre le PMU et plusieurs opérateurs étrangers* »²⁰⁰.

¹⁹⁸ Avis n° 11-A-02 précité, §175.

¹⁹⁹ Décision n° 14-D-04 du 25 février 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des paris hippiques en ligne.

²⁰⁰ Autorité de la concurrence, communiqué de presse du 7 avril 2020.

De même, dans le secteur du transport ferroviaire, une agence de voyage s'était plainte auprès de l'Autorité de ce que la SNCF proposait des conditions commerciales avantageuses à sa propre agence de voyages et filiale Voyages-SNCF.com²⁰¹ Plus précisément, dans le cadre de la coopération entre les agences de voyages et la SNCF, les premières ont accès, via l'interface Ravel et WDI, à la base de données Résarail, qui est aussi le principal système informatisé de réservation de la SNCF, en échange du paiement d'un droit d'accès. Elles perçoivent ensuite une commission pour le service de vente de billets. Dans ce cadre, l'Autorité a considéré que plusieurs pratiques de la SNCF étaient susceptibles de poser des risques concurrentiels. Ainsi :

- la rémunération appliquée à Voyages-SNCF.com et aux agences de voyage concurrentes était différenciée, notamment au travers d'un mécanisme de mandat et de rémunération très complexe, au détriment des agences de voyage concurrentes ;
- la stratégie commerciale et technique des agences de voyages pouvait potentiellement être connue de voyages-sncf.com, compte tenu de l'absence de séparation claire avec la filiale de la SNCF chargée de recueillir les demandes d'accès à Résarail ;
- l'information tarifaire fournie par le site SNCF.com ne contenait pas l'horaire et renvoyait systématiquement les clients au site Voyages-SNCF.com, procurant indûment du trafic à ce site.

201 Décision n° 14-D-11 du 2 octobre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de billets de train. Cf., également, la décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expédia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne.

La SNCF a proposé des engagements pour pallier les effets anticoncurrentiels susceptibles d'être engendrés par ces pratiques. Premièrement, les agences de voyages concurrentes se verraient appliquer des conditions de rémunération similaires à celles appliquées à Voyages-SNCF.com et auraient accès à l'ensemble de l'offre de transport de la SNCF, y compris Idtgv ou Ouigo. Deuxièmement, la SNCF se réorganiserait afin de séparer effectivement Voyages-SNCF.com de la filiale en charge de l'accès des agences de voyage au système de distribution de billets. Enfin, le site de la SNCF séparerait désormais la fonction d'information sur les horaires et celle de réservation afin de remédier à la question du renvoi automatique des clients vers son propre site commercial. L'Autorité a estimé que ces engagements suffisaient à répondre aux préoccupations concurrentielles soulevées dans le dossier et a clos la procédure contentieuse.

LA DIVERSITÉ DES PRATIQUES POUVANT ÊTRE MISES EN ŒUVRE PAR LES OPÉRATEURS ACTIFS EN LIGNE

Comme indiqué *supra*, il est probable qu'au fur et à mesure que le secteur des ventes et services en ligne se structure, certaines entreprises disposeront de la capacité et des incitations à y réduire la concurrence et/ou à en évincer certains de leurs concurrents. Les clauses de parité tarifaire auxquelles les autorités de concurrence ont mis fin à compter de 2015 ne sont ainsi susceptibles de produire un effet anticoncurrentiel sensible que dès lors que les plateformes de réservation hôtelières possèdent un pouvoir de marché suffisant auprès des hôteliers (sans quoi les hôteliers refuseraient ces clauses), ce qui suppose que les agences de voyage plus traditionnelles ou le canal de vente directe des hôteliers ne soient plus ou que peu en mesure de les concurrencer. Dans sa décision d'engagements, l'Autorité a ainsi pris soin de souligner la spécificité des services offerts par

les plateformes de réservation aux hôteliers, et notamment l'incapacité des hôteliers à se rendre visibles sur Internet, soit par eux-mêmes, soit au travers d'un autre canal (moteurs de recherche, méta-moteurs de recherche)²⁰². De même, les exclusivités exigées par la société Vente-privee.com de ses fournisseurs dans le secteur de la vente événementielle en ligne ne sont susceptibles de léser les fournisseurs et/ou les consommateurs que si la structuration du secteur est telle que ceux-ci ne disposent pas d'autres canaux par lesquels accéder à des ventes de produits de gamme comparable à bas prix. Pour ce secteur, au contraire de qu'elle a constaté sur celui de la réservation hôtelière en ligne, l'Autorité a jugé que les canaux de vente hors ligne, au travers des soldes et des magasins d'usines notamment, concurrençaient suffisamment les canaux de vente en ligne, si bien que les comportements mis en œuvre par la société Vente-privee.com étaient insusceptibles de générer un effet anticoncurrentiel²⁰³.

Les nombreux rapports récents s'inquiétant du poids pris par certains opérateurs numériques²⁰⁴ montrent que, de façon croissante, certains services en ligne présentent des spécificités telles qu'il serait désormais illusoire de considérer qu'ils sont concurrencés par des opérateurs hors ligne. Le poids des économies d'échelle et d'expérience, les externalités de réseau directes et indirectes, la masse des données acquises

202 Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B. V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne, §§100-101.

203 Décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne, §§113-115.

204 Voir par exemple le rapport « Furman », *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, Mars 2019 ou *Competition Policy for the Digital Era, report for the European Commission*, 2019.

par ces opérateurs au travers de leurs différentes activités peuvent conduire certains de ces opérateurs de service en ligne à pouvoir, dans certaines hypothèses, adopter des comportements sans subir les contraintes de la concurrence en ligne. Ces opérateurs pourraient donc, de façon croissante, adopter des comportements susceptibles de nuire à la concurrence.

À cet égard, les décisions prises par les autorités de concurrence à l'égard des opérateurs en ligne montrent qu'il existe un large éventail de pratiques qui peuvent être déployées pour restreindre la concurrence dans le domaine de la vente en ligne. En particulier, les opérateurs en ligne peuvent avoir recours à des pratiques d'abus d'éviction, en s'appuyant par exemple sur les effets de réseau pour empêcher l'émergence de concurrents, et des pratiques d'abus d'exploitation. S'agissant des abus d'éviction, il peut s'agir de pratiques d'exclusivités mises en œuvre par un opérateur dominant, s'appuyant le cas échéant sur des dispositifs contractuels similaires à ceux utilisés hors ligne. Il peut s'agir, aussi, de mécanismes de type « ventes liées » (dont on pourrait rapprocher par exemple les pratiques reprochées à Google dans le cas « Android »²⁰⁵), comportement fréquemment examiné au regard des pratiques abusives des opérateurs dominants, dans l'environnement hors ligne. D'autres mécanismes ont pu exister hors ligne mais ont surtout été mis en œuvre dans le secteur des ventes en ligne²⁰⁶. Il en va par exemple

²⁰⁵ Commission européenne, Cas AT.40099, *Google Android*.

²⁰⁶ Voir par exemple Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B. V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne ou Commission européenne, Cas AT.40153, *E-book MFNs and related matters (Amazon)*.

ainsi des clauses de parité tarifaire employées par les plateformes de réservation hôtelière, qui ont pu être mises en place notamment en raison de la très grande concurrence en prix existant sur Internet, en particulier dans ce secteur. Dans une certaine mesure, il en va de même de certaines des règles encadrant le référencement des sites sur le service de publicité liée aux recherches de Google (*Google Ads*), dont le caractère opaque et l'application discriminatoire ont récemment été dénoncés à deux reprises par l'Autorité de la concurrence²⁰⁷.

Si des pratiques de référencement similaires ont pu également être mises en œuvre hors ligne dans d'autres contextes²⁰⁸, l'importance prise par les services de publicité liée aux recherches, et plus généralement par certaines plateformes de mises en relation de fournisseurs et de clients, pour certaines activités, doivent conduire les opérateurs gérant ces plateformes à être particulièrement vigilants, afin que ces règles de référencement ne faussent pas la concurrence existant entre leurs entreprises clientes.

Il convient aussi de signaler la problématique de dépendance économique des entreprises affiliées aux places de marché, qui peuvent, dans certains cas, difficilement trouver

207 Décision n° 19-D-26 du 19 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches et décision n° 19-MC-01 du 31 janvier 2019 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus. Cf. également les décisions n° 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx et n° 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet.

208 Cf. par exemple l'Arrêt de la Cour du 21 mars 1974, *Belgische Radio en Televisie et société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs (« BRT ») / SV SABAM*, C-127/73 ou l'Arrêt de la Cour du 16 juillet 2015, *Huawei Technologies*, C-170/13.

une alternative à leur référencement auprès de celles-ci. L'imposition, par ces plateformes, de conditions commerciales inévitables ou déséquilibrées aux entreprises affiliées, pour l'heure, souvent traitée sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence et, notamment, de déséquilibre significatif²⁰⁹, pourraient bien l'être aussi sous la qualification d'abus de dépendance économique prévue par le deuxième alinéa de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Les opérateurs en ligne peuvent aussi fausser la concurrence sur Internet en mettant en œuvre des comportements plus spécifiques à cet environnement concurrentiel, notamment en s'appuyant sur des outils qui lui sont propres, comme les algorithmes ou les données en masse (« *big data* »). Les algorithmes de classement constituent ainsi un vecteur par lequel l'opérateur qui le met au point et l'utilise peut favoriser ses propres services ou défavoriser ceux de tel ou tel concurrent.

Ainsi, dans le cas « *Google Shopping* »²¹⁰, la Commission a estimé que Google s'était appuyé sur sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche pour promouvoir son service de comparaison de prix au détriment des services de comparaison concurrents. La démonstration de cette pratique a nécessité le recours à des moyens d'enquête classiques, tels que l'analyse de documents de Google et d'autres acteurs du marché, mais également plus spécifiques, liés au fait que l'activité de Google s'exerce en ligne. La Commission a par exemple dû analyser « *des volumes très importants de données réelles, dont 5,2 téraoctets de résultats de recherche effective provenant de Google* ».

²⁰⁹ Tribunal de commerce de Paris, 2 septembre 2019, Amazon, n° 2017050625.

²¹⁰ Commission européenne, Cas AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

Enfin, plusieurs rapports ont récemment mis en avant le rôle des algorithmes de tarification dans la concurrence en ligne²¹¹. Si la plupart des comportements illicites mettant en œuvre des algorithmes de prix détectés à ce jour ont pu être appréhendés de manière classique, soit au travers de réunions entre les cadres de l'entreprise, soit au travers de clauses contractuelles que les algorithmes devaient respecter ou dont ils étaient chargés de surveiller la mise en œuvre²¹², soit encore par l'utilisation commune de logiciels de prix au sein d'un réseau dans certaines conditions²¹³, ces algorithmes pourraient également, dans certaines situations de marché, entraîner des ententes tacites, comme le montre une partie des recherches récentes en économie expérimentale²¹⁴. Ces algorithmes aboutiraient ainsi à la fixation de prix *supra*-concurrentiels, sans nécessiter de contact entre ces concurrents. Identifier ce type d'effets des algorithmes de tarification exige des compétences techniques spécifiques afin, par exemple, d'identifier le mode de fonctionnement de l'algorithme.

211 Cf. Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, *Algorithmes et concurrence*, novembre 2019 ; CMA, *Pricing algorithms: Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing*, octobre 2018 ; Autoridade da Concorrência, *Digital ecosystems, big data and algorithms*, juillet 2019 ; OCDE, *Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age*, juin 2017.

212 Voir par exemple CMA, Décision du 12 août 2016, Affaire 50223, Commission européenne, Cas AT.40099, *Google Android* ou Commission européenne, Cas AT.39740, *Google Search (Shopping)*.

213 Selon l'arrêt de la Cour de justice, du 21 janvier 2016 (Eturas (C-74/14)), l'utilisation, par un réseau d'agences de voyage en ligne, d'un logiciel commun plafonnant le taux de remise octroyé aux clients peut constituer une pratique concertée, dès lors que, connaissant ce plafonnement automatique résultant du logiciel, les agences ne s'en sont pas distancées.

214 Autorité de la concurrence et Bundeskartellamt, *Algorithmes et concurrence*, novembre 2019. Voir notamment la section III. B.3. b).

Conclusion

À ce jour, les pratiques susceptibles de diminuer la concurrence exercée par la vente en ligne ont, le plus souvent, concerné des fabricants souhaitant limiter le développement de la vente en ligne de leurs produits en favorisant la distribution hors ligne et/ou en limitant l'attractivité de la distribution en ligne. Les pratiques susceptibles de soulever des préoccupations de concurrence peuvent également concerner des opérateurs dominants hors ligne qui cherchent à profiter de leurs avantages sur ce canal pour se développer en ligne, au détriment de leurs concurrents spécialisés dans la vente sur Internet. Comme le montrent plusieurs décisions de l'Autorité de la concurrence touchant à des secteurs non concernés par le développement des ventes en ligne, une telle logique n'est pas nouvelle et se retrouve fréquemment lorsqu'au côté d'un secteur régulé apparaissent des opportunités de développement sur un secteur non régulé. Enfin, dans certains secteurs, l'attractivité des ventes en ligne est tellement forte qu'essayer de les restreindre est illusoire. Sur ces marchés, les ventes en ligne ont rapidement pris le pas sur les activités hors ligne. Comme le montre l'exemple des plateformes de réservation hôtelière, ont alors pu apparaître des comportements visant à réduire l'intensité de la concurrence entre opérateurs exclusivement en ligne. Il n'est pas exclu que progressivement, au fur et à mesure de la croissance des achats en ligne, une telle logique se substitue à celle visant à empêcher le développement du canal Internet. À cet égard, les spécificités technologiques de l'Internet peuvent entraîner des comportements relativement atypiques par rapport à ceux constatés hors ligne : si la grille d'analyse que propose le droit de la concurrence est suffisamment souple pour continuer d'être appliquée à ces comportements, leur examen nécessitera

fréquemment d'adjoindre des compétences techniques à celles, juridiques et/ou économiques, habituellement mobilisées dans les autorités de concurrence. La création, dans plusieurs autorités de concurrence, notamment en Europe, et plus particulièrement en France, de services numériques visant à conjuguer ces différentes compétences est donc à la fois nécessaire et bienvenue.

CONCLUSION GÉNÉRALE

En permettant à de nouveaux opérateurs de venir concurrencer ceux déjà présents sur un marché, Internet constitue un vecteur d'intensification de la concurrence. Dans cette mesure, l'existence et le développement du commerce en ligne a un effet pro-concurrentiel, et vient atténuer les risques concurrentiels que pourraient sinon poser certains comportements d'entreprises, qu'il s'agisse de fusions-acquisitions, d'ententes verticales ou d'abus de position dominante. Mais, comme l'Autorité a pu le constater à plusieurs reprises, la pression concurrentielle issue des ventes en ligne n'est pas de la même importance – qu'il s'agisse de son ampleur ou des facteurs sur lesquels elle joue (par exemple, la nature des produits, le prix, la concurrence sur les services associés à l'acte d'achat ou le service après-vente) – dans les différents secteurs. Il importe donc, ainsi que l'a montré cette étude, d'analyser au cas par cas chaque secteur concerné pour déterminer si les caractéristiques des produits et des clients sont de nature à atténuer ou renforcer cette pression concurrentielle. Par ailleurs, la prise en compte de cette pression concurrentielle amène également l'Autorité à modifier ou à enrichir sa grille d'analyse, notamment l'évaluation des parts de marché ou la prise en compte de nouveaux facteurs et risques concurrentiels liés, par exemple, aux effets de réseau ou aux données en masse.

La pression concurrentielle exercée par les ventes en ligne sur les ventes en magasin pourrait, dans les années à venir, continuer à se renforcer. Plusieurs facteurs jouent en effet dans le sens d'un renforcement du poids des ventes en ligne : le développement des réseaux de livraison, tant

externes qu'internes à certains distributeurs²¹⁵, l'accès de plus en plus immédiat aux achats en ligne (via les smartphones et tablettes, ou d'autres terminaux comme les enceintes connectées qui peuvent constituer un nouveau relais de développement²¹⁶), la progression dans la maîtrise des techniques et usages numériques dans l'ensemble de la population, l'amélioration des techniques de marketing des sites de vente à ligne, qui peuvent à présent cibler de façon de plus en plus fine leur clientèle potentielle et présenter leurs produits de façon de plus en plus attractive en ligne (par exemple, avec de nouveaux outils comme l'essayage virtuel en 3D ou l'individualisation des produits).

Pour autant, les analyses concurrentielles fondées sur un marché unique combinant ventes en magasins et ventes en ligne, qui plus est à une échelle nationale, et non plus locale, n'ont pas nécessairement vocation à se généraliser. D'abord, la part du commerce en ligne restera vraisemblablement variable selon les secteurs, certains produits pouvant continuer à être peu adaptés à l'achat en ligne. D'autre part, les mutations entreprises par les points de vente physique peuvent également renforcer l'attractivité de ce canal. La multiplication des « corners » au sein de magasins témoigne des efforts réalisés par les points de vente pour enrichir leur offre. Le développement des « pop up stores » ou magasins temporaires dédiés à une marque ou un produit, mais aussi le rachat, par des enseignes essentiellement présentes en

215 Cf. par exemple <https://www.lesechos.fr/2018/04/la-poste-adapte-son-outil-de-distribution-a-lessor-du-colis-988592> ou <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/la-majorite-des-colis-amazon-sont-desormais-livres-par-amazon-1158271>.

216 Cf. l'étude HADOPI/CSA, Assistants vocaux et enceintes numériques connectées, mai 2019.

ligne, de réseaux de magasins physiques existants, soulignent également la nécessité des points de vente physique pour créer du lien entre les marques et leurs clients²¹⁷. Enfin, le commerce physique peut également profiter du monde numérique pour enrichir ses services : les « magasins connectés » visent ainsi, grâce aux technologies numériques tels que les QR code²¹⁸ ou les bornes interactives, à faire bénéficier le consommateur et le magasin des services disponibles sur Internet. La généralisation du « click and collect », ou « commande en ligne, retrait en magasin », nécessite, pour être efficace, de disposer d'un réseau de points de vente suffisamment dense. Par ailleurs, toute une palette d'outils numériques se développent aujourd'hui pour rendre la visite en magasin encore plus attractive : mise à disposition de tablettes, accès à un réseau wi-fi en magasin pour permettre au consommateur d'interagir pendant ses achats avec le monde numérique (comparateurs de prix, réseaux sociaux, etc.), alertes géolocalisées sur smartphones pour attirer à l'intérieur des magasins physiques les consommateurs à proximité, matériel de vente connecté (cintres, miroirs en cabine) pour recueillir et diffuser de l'information sur le monde numérique. Selon les secteurs, ces techniques de vente seront plus ou moins développées, plus ou moins

217 Cf. par exemple le rachat de la chaîne de magasins physiques alimentaires Whole Foods par Amazon (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-23/amazon-s-whole-foods-deal-wins-fast-track-u-s-antitrust-nod>) ou le rachat de la chaîne de magasins physiques de chaussures André par Spartoo (Autorité de la concurrence, décision de concentration n° 18-DCC-53 du 20 avril 2018).

218 Le QR code est un type de code barre pouvant être lu et décodé à l'aide d'un smartphone ou d'une tablette et permettant de déclencher des actions telles que renvoyer vers une page internet, indiquer une localisation géographique sur une carte, afficher une vidéo ou un texte, etc.

attractives et pourront influencer sur l'ampleur de la pression concurrentielle des ventes en ligne et ainsi sur la délimitation des marchés.

Comme l'a également montré cette étude, pour que les ventes en ligne puissent jouer leur rôle de vecteur d'intensification de la concurrence, elles doivent faire l'objet d'une protection vigilante de la part des autorités de concurrence. Les fabricants comme les distributeurs peuvent en effet tenter de restreindre son développement, soit en vue de préserver des rentes acquises, soit parce qu'un développement sans restriction des ventes en ligne pourrait remettre en cause certains services ou des aspects des produits également désirés des consommateurs. Il revient alors aux autorités de concurrence de distinguer les restrictions licites des restrictions illicites. Les lignes directrices de la Commission européenne sur les restrictions verticales et la pratique décisionnelle des autorités et des juridictions de contrôle forment désormais une grille d'analyse claire et cohérente, qui sera encore renforcée par la révision actuellement en cours du règlement d'exemption sur les restrictions verticales et des lignes directrices afférentes. Il est possible par ailleurs qu'au fur et à mesure que les ventes en ligne se développent et sont appréciées des consommateurs, les distributeurs comme les fabricants trouvent de moins en moins efficace d'essayer d'entraver leur développement. De plus, le perfectionnement des techniques numériques devrait rendre les ventes en ligne de plus en plus compatibles avec les exigences de conseil et d'image de marque des fabricants. Pour autant, les comportements visant à limiter les gains associés aux ventes en ligne, comme le fait d'imposer des prix de revente, continueront d'exiger une grande attention des autorités de concurrence, d'autant plus que, dans le monde numérique, la surveillance du respect des règles de prix minimums est plus aisée.

Enfin, on constate, au terme de ce bilan, que les autorités de concurrence appréhendent le commerce en ligne, non seulement en intervenant sur les comportements des fabricants ou des distributeurs mais aussi sur ceux des intermédiaires ou plateformes, dont le rôle est toujours plus important. L'une des spécificités de l'Internet est en effet la richesse de l'offre disponible. Ceci a nécessité et permis l'émergence et la montée en puissance d'acteurs à même d'organiser la transparence du marché en ligne nécessaire à son bon fonctionnement. Le développement des ventes en ligne s'est appuyé sur une variété d'intermédiaires (moteurs de recherche, comparateurs de prix, places de marché, etc.) qui permettent, notamment, de mieux mettre en relation offreurs et acheteurs en ligne.

Au fur et à mesure que les ventes en ligne se développent, ces intermédiaires ont pu bénéficier d'économies d'expérience et d'externalités de réseau qui conduisent aujourd'hui certains d'entre eux à disposer non seulement d'un pouvoir de marché important mais aussi, grâce à leurs actifs financiers et technologiques, de capacités de développement très significatives, au sein des secteurs où ils sont déjà présents comme vers d'autres secteurs. Les craintes que ces opérateurs puissent alors empêcher l'arrivée de nouveaux concurrents, limiter la concurrence entre les opérateurs existants ou, de par leur position dominante sur un marché, fausser la concurrence sur d'autres marchés ont ainsi fait l'objet, tout récemment, de nombreux débats et rapports²¹⁹. À cet égard, ces dernières années, les nombreux contentieux initiés par les autorités de concurrence montrent que le droit de la concurrence est à même de détecter, d'analyser, de sanc-

²¹⁹ Cf. par exemple IGF, La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE, avril 2019.

tionner et de contraindre les comportements de ces intermédiaires qui pourraient réduire la concurrence. Comme l'a indiqué la contribution de l'Autorité aux débats sur la politique de concurrence et les enjeux numériques²²⁰, les outils actuels du droit de la concurrence, grâce à leur adaptabilité aux spécificités de chaque secteur, constituent un moyen efficace de régulation et d'intervention sur les marchés numériques. Pour autant, ces outils peuvent encore être affutés et enrichis, afin d'accroître l'efficacité des interventions des autorités de concurrence sur les marchés numériques. À cet égard, en plus du développement des capacités d'analyse numérique des autorités en matière d'algorithmes et de données en masse, le développement du recours aux mesures conservatoires, déjà favorisé par l'adoption de la directive ECN+, l'amélioration de la contrôlabilité des rachats d'entreprises par les plateformes numériques et l'introduction d'obligations ou d'interdictions propres aux plateformes structurantes sont des voies possibles de renforcement des actions des autorités de concurrence.

²²⁰ Autorité de la concurrence, Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, février 2020.

LES
ESSENTIELS

COMPETITION AND
E-COMMERCE

This study was conducted by John Moore, Etienne Pfister and Hengrui Wan, with the participation of Elodie Camous-Léonard, Céline Devienne, Denis Maguain, Cédric Nouel de la Buzonnière and Caroline Teyssié, under the direction of Isabelle de Silva, President of the Autorité de la concurrence.

CONTENTS

INTRODUCTION.....	133
1/ ASSESSMENT OF THE COMPETITIVE PRESSURE EXERTED BY ONLINE ACTIVITIES ON OFFLINE ACTIVITIES	141
Taking e-commerce into account in analysing the competitive situation of offline activities.....	143
Analysis of inter-channel demand shifts.....	145
Indirect indicators of competitive pressure from online sales on offline sales	147
Adapting the competition law analysis framework to take on board online sales	166
Taking online sales and local competition into account	167
Assessing market share in the presence of online sales.....	175
Taking the specificities of digital markets into account in assessing market shares and market power.....	179
Conclusion.....	192
2/ THE CONDUCTS OF OPERATORS FACED WITH THE DEVELOPMENT OF E-COMMERCE	193
The conducts likely to reduce the competitive pressure exerted by e-commerce	195
Pricing conducts: imposed resale prices and discrimination.....	195
Non-pricing conducts: conditions for inclusion of online sales websites into the distribution network.....	205

Regulatory frameworks that are sometimes dissuasive for online selling	219
The example of individual passenger transport	220
The example of retail sales of medicinal products	223
Conducts likely to distort competition between online sales operators	228
The case of parity clauses in the hotel booking platform sector	230
Exclusionary practices employed by dominant operators to develop online	234
The diversity of the practices that can be implemented by operators who are active online.....	238
Conclusion	243
GENERAL CONCLUSION	245

INTRODUCTION

Increasing numbers of French people are shopping online: in 2018, nearly 60% of people in France aged twelve and over had made at least one online purchase over the preceding 12 months, against 40% in 2008¹, whether it be for tangible or intangible goods. Such online purchases, made on online sales websites or “webshops” (or on smartphone or tablet applications), currently account for a turnover of nearly 100 billion euros, i.e. a little less than 10% of all retail sales² in France, with rapid growth of about 14% per year from 2014 to 2018³. The explanations for this growth in e-commerce⁴ are well known: access to the Internet has become increasingly generalised, there has been an expansion in the offerings of goods and services proposed online, it is increasingly easy to purchase online through various features and services (search engines, price comparison tools or “price comparators”, online marketplaces, etc.), delivery times have shortened and modes of delivery have become more diverse, online payments have been made more secure, etc.

¹ ARCEP (French Telecommunications and Posts Regulator), Baromètre du numérique 2018, 18^e édition (Digital Market Barometer 2018, 18th Edition).

² FEVAD (Fédération du e-commerce et de la vente à distance, French Federation of e-commerce and Distance Selling), Les Chiffres Clés 2019 (2019 Key Figures).

³ FEVAD, 2019, 2018, 2017 and 2016 Key Figures.

⁴ The study uses the terms “e-commerce” or “electronic commerce” to mean online sales of goods and services through websites or through telephone or tablet applications.

On the supply side, most in-store or in-branch retail players, i.e. “offline” or “brick-and-mortar” retailers, have taken steps to satisfy the growing desire of consumers to shop online. They have developed and/or acquired websites and/or applications for selling their goods and services online, thereby becoming operators in selling both at physical points of sale and also online and being dubbed “click-and-mortar”, “bricks-and-clicks” or “phygital” retailers⁵. In its e-commerce sector inquiry of 2016, the European Commission observed that in Europe, the share of manufacturers’ sales made through “hybrid” distributors who sell both offline and online grew from 20% in 2005 to 35% in 2015. Over the same period, the share of manufacturers’ sales made through distributors selling exclusively offline fell from 60% to 35%⁶. At the same time, new “pure online players”, who sell almost exclusively over the Internet, developed their presence significantly. While their significance in terms of the percentage of sales they represent is still modest on average, it is nevertheless growing and several of them, like Amazon or Cdiscount, are among the most visited e-commerce websites in France⁷. It should also be noted that the online share of sales has

⁵ cf. contribution from France to the OECD roundtable on the Implications of E-commerce for Competition Policy, §10 (available here: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)58/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)58/en/pdf)).

⁶ European Commission, 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Commission Staff Working Document, SWD (2016)312 final, Figure B.23 §158.

⁷ In the third quarter of 2019, of the 15 e-commerce sites that were most visited according to data from FEVAD and Médiamétrie (a French audience measurement company), 9 were pure online sales players. Source : Fevad/ Médiamétrie, Baromètre trimestriel de l’audience du e-commerce en France (Quarterly barometer of e-commerce audience in France), 21 November 2019.

distinctive national traits, with major differences from one country to another⁸.

The impact of the Internet on the conducts of businesses and of consumers is not limited to making it possible to sell the same products via a different sales channel. In some cases, the Internet has also made it possible to sell goods or services that could not be proposed through the traditional channels, either for technical reasons or for reasons of profitability. The Internet has thus made it possible to develop online advertising, services proposing diversified audio-visual content (catch-up TV, video on demand (VOD) or subscription VOD), large-scale music or VOD streaming platforms, etc. By making it possible to reduce the sales costs (be it for storing the goods, for transporting them, or for putting them on the shelves), and by offering the possibility of reaching a vast number of consumers, the Internet has also made it possible to propose products that are in little demand because they meet very specific needs or tastes. The development of online sales through transfer from brick-and-mortar distribution to online distribution has also been accompanied by the emergence of new types of commercial activities, such as price comparison tools, aggregators of online sales websites, or, above all, online marketplaces, which not only put private individuals and businesses who supply goods and provide services into contact with one

⁸ Thus, in 2017, the proportion of online shoppers in the population exceeded or came close to 80% in the United Kingdom, Sweden, and Denmark, but was considerably smaller in certain Southern European countries such as Greece, Italy, and Portugal (about 30%), and these differences persisted when the focus was shifted to the proportion of Internet users (rather than inhabitants) who shop online. *cf.* OECD, *Implications of E-commerce for Competition Policy*, 2018, point 9, and European Commission, 2016, *Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry*, Commission Staff Working Document, SWD(2016)312 final, point 8.

another (“Platform-to-Business” or “P2B”) but also put private individuals into contact with one another (“Peer-to-Peer” or “P2P”) or businesses into contact with one another (“Business-to-Business” or “B2B”). Such marketplaces or platforms currently account for more than half the turnover from e-commerce globally⁹ and they play a particularly significant part in certain sectors such as property (real estate) or tourism.

Finally, depending on the appetite of customers for online shopping, the Internet can also change the competitive workings of markets by reducing the transaction costs in the broadest sense of the term, be they transport costs or costs related to searching for information about the various different competing offerings, in particular through various market intermediaries (online marketplaces, price comparison tools, search engines, etc.). From the consumers’ perspective, the Internet increases, in particular, their capacity to put vendors who are geographically remote from one another in competition, and enables them to use new vendors, who may be resellers present exclusively online or resellers present on the Internet through online marketplaces. Similarly, from the perspective of businesses, the Internet makes it possible, depending on the sectors and on the products in question, to reduce the distribution costs, sometimes by enabling a manufacturer to distribute its products itself without going through wholesalers or retailers, to improve the offering of services proposed and to develop sales beyond the catchment areas of brick-and-mortar shops, thereby leading to higher competition.

⁹ Internet Retailer, 2019, Top 100 Online Marketplaces. As regards France, online marketplaces accounted for about 30% of the total turnover from e-commerce in 2019, according to the figures given by FEVAD in its 2019 Key Figures (Les Chiffres Clés 2019).

In this context of the rise of e-commerce, which is lastingly transforming the way the market operates and the strategies pursued by businesses, the Autorité de la concurrence wanted to present how it is approaching the effects of this on the markets and what conducts it has to examine.

In many cases, in order to assess the market power of operators, the Autorité de la concurrence firstly needs to evaluate to what extent online sales compete with in-store or in-branch sales. Indeed, even today, the competitive pressure exerted by the online distribution channel on traditional retailing can be more or less high depending on the sector, witness, for example, the highly variable significance of online sales depending on the sector¹⁰. Although, on certain markets, in the consumers' eyes, there is considerable substitutability between shopping online and at physical points of sale, on others, however, online sales are not attractive enough or are too different from brick-and-mortar sales for the two channels to be genuinely in competition with each other. For example, absence of attractiveness of online sales may be due to the immediateness of the need to be satisfied, to the importance for the consumer of being in contact with the product (so as to see it or touch it, for example) or to the large weights or volumes of the articles compared to their values, making the use of delivery disadvantageous¹¹. Furthermore, when online sales represent a significant

¹⁰ *cf.* below, Table 1 p. 149.

¹¹ For example, in its Decision 18-DCC-148 of 24 August 2018 regarding the acquisition of sole control of Jardiland by In Vivo Retail, the Autorité was able to observe the lowness of the market penetration (2.5% in 2016) of online sales in the sector of gardening supplies. That lowness could, in particular, be due to the excessive weights of certain gardening accessories (e.g. shovels or rakes, and flowerpots) compared with their values.

component of the competitive mechanisms at work in any given sector, the Autorité has to adapt certain market power assessment tools, such as calculating market shares. It also needs to take into account certain specific parameters, such as indirect network effects¹², in order to assess the effects of competitive behaviour, be it a merger operation, or unilateral conducts, or concerted practices, such as exclusivities, for example. These various aspects of the analysis by the Autorité on markets involving online sales are presented in section I below.

The second section of this study then considers the various online-selling-related conducts employed by businesses that the Autorité has had to examine. For businesses, online sales represent both an opportunity and a threat. The Internet can help distributors and manufacturers to increase their sales, but it can also be a destabilisation factor, by allowing new competitors (such as “pure online players”) to enter the market, or by leading to tougher competition between existing operators: this can, for example, result from the existence of price comparison tools, or merely from catchment areas being extended, the Internet making it easier for consumers to find out about and contact remote vendors.

Although this intensification of competition brings opportunities both for manufacturers and for distributors, it can also have negative consequences for them. Certain distributors, whose performance is lower, thus see their sales fall. If they are powerful enough, such distributors can then put pressure on their suppliers to avoid development of competition that is too strong from the Internet, e.g. by encouraging

¹² cf. below p. 185.

them to agree to imposed resale prices or to restrictions on online sales.

Manufacturers may themselves also consider the Internet with distrust. In some cases, online vendors might not wish to or might not be able to propose the same type of service or of selling environment as stores do. And yet such services can be necessary for the consumer to appreciate properly the value of the manufacturer's products. In such sectors, by undermining the brand image of the manufacturer or by no longer enabling the manufacturer to inform consumers sufficiently about the quality of the product or about how to use it, unbridled development of online sales to the detriment of in-store sales could ultimately harm manufacturers and dissuade them from investing in improving the quality of their products. Consumers can also suffer from being less well informed about the products and, ultimately, from a reduction in the quality of the products. Concern among manufacturers to make sure that online sales comply with rules common to traditional distribution channels is fuelling, in particular, the boom in selective distribution¹³ and/or the more or less constraining number and nature of clauses governing online sales by retailers.

But more worryingly from the point of view of competition, manufacturers can also wish to limit the development of online sales because the stronger competition such sales generate at the retail stage can have repercussions upstream and intensify competition between manufacturers. There too, restrictions can also be used to constrain online sales, but with an aim that is then clearly contrary to the interests

¹³ See Autorité de la concurrence, Opinion 12-A-20 of 18 September 2012 on the competitive functioning of e-commerce.

of consumers. In the same way, in certain sectors in which online sales are already relatively concentrated between a few operators, those operators might seek to limit competition between them, e.g. through price parity clauses.

In such cases, authorities in charge of applying competition law have to weigh up the positive and negative effects of the various restrictions. The second section of this study shows how the Autorité de la concurrence bases its analysis of these various practices on the analysis framework formed by European guidelines and case law. The second section also highlights the future challenges with which competition regulators will be faced on digital markets.

**1/ ASSESSMENT OF
THE COMPETITIVE
PRESSURE EXERTED
BY ONLINE
ACTIVITIES ON
OFFLINE ACTIVITIES**

The first question raised by the development of online activities for application of competition law relates to the extent to which that development changes the competitive situation of offline activities. Firstly, the various factors that can lead to online activities being incorporated into assessment of the competitive situation of offline activities are presented. Such incorporation then requires the reasonings and the tools of competition law to be adapted.

Taking e-commerce into account in analysing the competitive situation of offline activities

The way in which online sales change the competitive situation of offline activities is frequently approached through the prism of the “relevant market”¹⁴. The relevant market can be defined as “the meeting place of supply and demand for a specific product or service. In theory, on a relevant market, the units supplied are perfectly substitutable for the consumers who can thus choose between the suppliers when there is more than one, which implies that each supplier is subjected to price competition from the others. Conversely, a supplier on a relevant market is not constrained directly by the price strategies of the suppliers on different markets, because those suppliers sell products or services that do not meet

14 When the competitive pressure induced by online sales on offline sales does not make it possible to achieve a delimitation of a relevant market covering both of the activities, or when the qualitative and quantitative information collected does not make it possible to define a market with sufficient certainty (e.g. because the information concerns above all a business that is party to a merger or that is implementing a particular practice, rather than all of the operators), the competitive pressure can nevertheless be taken into account at the stage of the competitive analysis of the effects of a practice or of a merger.

the same demand and that, for the consumers, are not therefore substitutable products. Perfect substitutability between products or services is rarely seen; the Conseil regards as substitutable and on the same market products or services for which it could reasonably be said that those on the demand side view them as alternatives to choose between in order to meet the same demand”¹⁵. Thus, online sales will be considered as being in competition with in-store sales when the capacity of the customers to put the two channels in competition with each other is such that the two types of supply channels can be considered to be substitutable and thus as being part of the same relevant product and service market¹⁶.

Substitutability between two products or two distribution channels (e.g. online and offline) may be assessed through a quantitative evaluation (e.g. by studying whether and to what extent a rise in the price of one of the two products

15 This definition is a translation from the French of a passage in the Annual Reports of the Conseil de la Concurrence, in particular for the year 2001. *cf.* also the merger control guidelines of the Autorité. See also European Commission – Commission Notice 97/C 372/03 on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, and European Commission – Communication from the Commission 2018/C 159/01 Guidelines on market analysis and the assessment of significant market power under the EU regulatory framework for electronic communications networks and services.

16 In addition to the analysis of the substitutability of the demand, an analysis of the substitutability of the supply may be performed that consists in assessing whether the online sales websites can develop new stores to compete with the existing stores. Most often, however, setting up new stores comes up against several obstacles that can be regulatory (authorisations for setting up the stores) or economic (costs and lead times for setting them up, in particular) so that online sales websites cannot easily develop offline sales channels. *cf.* Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §296 et seq.

leads demand to switch or shift to the other product) or a qualitative evaluation (by studying the similarities and the differences between the two products). Thus, a first analysis of substitutability between two sales channels consists in analysing directly whether a price rise, generally lying in the range 5% to 10% in the most widely used methodology, in one of the sales channels leads a sufficient proportion of demand to shift to the other channel. Another, more indirect, method consists in gathering various essentially qualitative indicators so as to assess whether the behaviour of the operators and of the consumers reflects significant competitive pressure from the online sales on the offline sales.

ANALYSIS OF INTER-CHANNEL DEMAND SHIFTS

As indicated above, online retail can be considered as competing with brick-and-mortar retail if, when faced with a uniform price rise in stores, generally of from 5 to 10%, a large enough proportion of customers choose to buy online rather than in a store, so that the in-store price rise reduces rather than increases the profits of the stores. Thus, if enough customers turn to shopping online, the in-store sales channel cannot raise its prices due to the competition from online sales. The in-store sales channel cannot then be considered to be a relevant market independent from the online sales channel and must therefore include it.

In practice, this assessment of the reaction of consumers to an in-store price rise can be based on market tests and/or econometric work, the accuracy of the assessment depending on the available data. It can also be conducted either at the scale of all of the competing stores, or, for example in the case of a merger operation, at the scale of only the parties to the operation in order to assess whether they are sufficiently

subjected to the competitive pressure from online sales to be dissuaded from putting the prices up after the operation.

Thus, when Darty was taken over by Fnac in 2016, the market tests and surveys conducted with competitors and customers to assess the competitive proximity between the parties and the pure online players showed: i) that the competitors considered Amazon to be the 3rd-biggest competitor of Fnac, behind Darty¹⁷ but ahead of other brands having networks of brick-and-mortar outlets; and ii) that in the event of the prices of brown or grey products (communications, multimedia, television, and audio products) being put up by from 5 to 10% by the new entity resulting from the merger operation, for its offline and online sales, the consumers would switch mainly to the brands Boulanger, Amazon, or Cdiscount. More precisely, on this last point, the survey taken by IFOP in collaboration with the investigation services of the Autorité showed that in the event of a 10% rise in the prices of the products sold by Fnac or Darty, the percentage of purchases shifting to pure online players would lie in the range 21.1% to 46% depending on the categories of product¹⁸, i.e. a level deemed sufficiently high for the Autorité¹⁹ to consider, while also taking into account other criteria, that online sales exerted a competitive pressure on in-store sales that was

17 Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §145.

18 Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §147.

19 The Autorité specifies in §149 that the fact that the survey was taken online might have biased the result somewhat in favour of high substitutability between the in-store sales and the sales by pure online sales players. Nevertheless, it considered that the analysis would remain unchanged if that bias were corrected in view of the significant diversion ratios for diversion from the parties to the pure online sales players.

sufficient to delimit a single relevant market covering both brick-and-mortar and online sales.

However, such assessment exercises are not conducted systematically. Firstly, they can be relatively lengthy and/or costly, in particular when they require surveys to be conducted on a large number of customers, without them always being indispensable for the analysis. Secondly, their results are not always usable, either due to insufficient data, or due to possible uncertainties related to the quality of the responses to a survey. Generally, they thus constitute only one piece of a body of evidence helping the Autorité to draw conclusions as to the existence of competitive pressure from the online sales channel on the brick-and-mortar sales channel. Finally, indicators that are easier to gather can frequently help the Autorité without it being necessary to make a more accurate assessment of the consumer “shift rate” or “switch rate”.

INDIRECT INDICATORS OF COMPETITIVE PRESSURE FROM ONLINE SALES ON OFFLINE SALES

Various other indicators may be used, in addition to or instead of consumer shift rates, in order to assess the extent of competitive pressure from online sales on offline sales. It is then not a question of assessing directly whether consumers make online sales compete with physical sales outlets in the event such outlets raise their prices, but rather of assessing indirectly, by means of various indicators, whether it is sufficiently easy to make them compete or whether their being made to compete is reflected in the current behaviours of the businesses, in particular in terms of price. The market penetration of online sales in the sector being studied, the in-house documents of the parties, the price changes and the similarity of the ranges of products and services proposed

over the online and offline channels, and, finally, the capacity of consumers to switch from one channel to the other are thus elements that are frequently taken into account in the analysis. The following paragraphs present in more detail how these various indicators are interpreted.

Market penetration of e-commerce

Development of online sales does not necessarily and immediately have consequences on the competition to which traditional distribution channels are subjected. It is possible that the proportion of customers tempted to shop online is too limited to bring the traditional distribution channels to react to the new competition.

The significance of online sales, which is a factor that can give an indication as to the propensity of customers to turn to online sales, thus differs widely depending on the sector. According to the Fevad (Fédération du e-commerce et de la vente à distance, French Federation of e-commerce and Distance Selling) and to various market research institutes²⁰, in France in 2018, in value terms, online sales accounted for 48% of retail sales of cultural products, 26% of retail sales of high-tech products, and 20% of retail sales of household electrical appliances, but only 7% of sales of Fast-Moving Consumer Goods (FMCG). The competitive pressure that online sales might exert on offline sales is thus very heterogeneous depending on the sectors, and should be assessed on a case-by-case basis, and according to the situation at the date of the operation (*cf.* Table 1).

²⁰ See Fevad, 2019 Key Figures, p. 133.

**Table 1 – Market share and turnover of e-commerce
in France per sector in 2018**

Sector	Market share 2018	Turnover 2018 (in billions of euros)
Tourism	44%	19.8
Cultural products (physical and dematerialised)	48%	4.1
...including new physical cultural products *	19%	1.0
Household high-tech	26%	3.2
Household electrical	20%	1.7
Clothing	14%	3.9
Furniture	14%	1.3
FMCG	7.1%	6.7
...including drive-thru pickup	5.7%	5.4

* These products may, for example, be CDs, video games, or DVDs and Blu-ray discs.

Source: Fevad 2019 Key Figures.

Thus, in the predominantly food retail sector, the share of online sales, which was 3.2% of the market²¹ in 2012, led the Autorité to consider, when the takeover of Monoprix by Casino in 2013 was referred to it, that the online channels were not in competition with the physical outlets²². Similarly, in the retail sector for gardening, DIY, pet, and landscaping supplies, the proportion of online sales for all of the supplies concerned by

²¹ Market excluding traditional shops, markets and other specialist channels.

²² Decision 13-DCC-90 of 11 July 2013 regarding the acquisition of sole control of Monoprix by Casino Guichard-Perrachon (Casino Monoprix Decision), §93.

the operation was 4.6% in 2016. Thus, the Autorité was able to conclude, when a merger operation in this sector in 2018 was referred to it, that “online sales of gardening, DIY, pet, and landscaping supplies are currently too low to constitute a credible alternative for consumers”²³.

In certain cases, the Autorité has been able to assess the existence of competitive pressure exerted by online sales on offline sales by basing its approach on the share of online sales in the turnover of the businesses against whom litigation is being taken or who are parties to a merger. When such parties have both physical outlets and online sales websites, the share represented by the online sales in the turnover of the parties can constitute an indication or evidence of the significance of online sales in the market as a whole. For example, in the sector of low- and medium-price homeware and general merchandise products²⁴, online sales accounted for only a small proportion of the turnover of the acquirer and of the target (less than 5%), bringing the Autorité to consider, in 2017, that the two distribution channels constituted distinct markets in that case.

Conversely, a relatively large share of online sales in the cumulative turnover of brick-and-mortar and online outlets has, several times, been considered as one of the elements making it possible to establish the existence of a single relevant market. For instance, in the case of the takeover of Darty by Fnac, the online sales of the products concerned

²³ Decision 18-DCC-148 of 24 August 2018 regarding the acquisition of sole control of Jardiland by In Vivo Retail (Jardiland Decision), §52.

²⁴ Decision 17-DCC-216 of 18 December 2017 regarding the acquisition of sole control of the assets of Lilnat, Vetura and Agora Distribution by the Philippe Ginestet Group (Ginestet Decision), §61.

by the operation had high market penetration, even though it varied depending on the family of products. While differing depending on the sources, the estimates converged to establish that online sales of electronic products represented at least from 20% to 30% of the total sales of those products²⁵, and that share was going to increase further in the years to come according to the market tests. Similarly, in its decision regarding a merger in the toys retail sector, the Autorité, observing that online sales had accounted for 28.3% of the total sales of toys in France in 2017 (including 20% for pure online players), i.e. nearly twice as much as in 2012 (14.2%) and that the same consumer frequently alternated between online shopping and in-store shopping, concluded that “the market penetration of online sales as a percentage of the total sales of the market is high and persistent”²⁶. Finally, in its decision regarding the takeover of Nature & Découvertes by the Fnac Darty Group, the Autorité considered that the high and increasing significance of online sales on markets for retailing new printed books (21% in 2018²⁷) justified incorporating the online sales channel into the same relevant market as the in-store sales channel²⁸.

25 Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §84.

26 Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 regarding the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez (Toys ‘R’ Us Decision), §41.

27 Excluding textbooks and encyclopaedia in instalments, and excluding second-hand books. Source: Study by the Service de l’Observatoire de l’économie du livre (Book Economy Observatory Service) of March 2019, and Kantar TNS Sofres.

28 Decision 19-DCC-132 of 16 July 2019 regarding the acquisition of sole control of Nature & Découvertes by the Fnac Darty Group, §27.

However, it is rare for the market share of online sales to be the only criterion taken into account. Indeed, firstly, it can be difficult to assess from what market share threshold online sales should be considered to exert sufficient competitive pressure. Secondly, it cannot be excluded that the customers who continue to do their shopping in stores might have a strong preference for that channel and therefore are little disposed to shop online. Thus, what is important for defining markets is not so much the significance of the online purchases as the share of the purchases that could be transferred to online purchase if the in-store prices were to rise. In this respect, the extent to which consumers are disposed to switch from one sales channel to another when they are faced with a difference in price or in quality reinforces the probability that the channels do indeed constitute substitutable shopping modes.

Attitude of the businesses with regard to online sales

The in-house documents of the parties concerned by proceedings opened before the Autorité can also constitute an element of the analysis framework. Such documents can, in particular, make it possible to assess whether, and possibly to what extent, operators present on the in-store sales channel take into account the conducts of online sales players in developing their commercial and price strategies.

Thus, in the retail sector for grey and brown products, the Autorité has observed that *“both the in-house documents of the parties and also their strategic choices reflect that they adopted a strategy reversal that was to a large extent developed in response to a market environment in which the positioning of an electronic products distributor could not dispense with*

*taking online sales into account*²⁹. Indeed, Fnac and Darty had reorganised their commercial management in favour of unified management of the online and offline channels. Analysis of the in-house documents of Fnac also made it possible to establish that online sales, in particular by Amazon, were taken into account in developing its commercial and price strategy. Similarly, while examining the acquisition of control of Luderix in the toys retail sector, the Autorité noted that the notifying parties took readings of the prices of pure online players³⁰.

Conversely, during examination of a merger project in the retail sector for gardening, DIY, pet, and landscaping supplies³¹, the notifying party submitted in-house documents containing price readings taken by the InVivo Group. Those readings only irregularly included the prices charged by online sales websites. In addition, only a limited fraction of the product references identified on the gardening segment were present on the websites of the online competitors who were analysed. In addition, the price readings taken by the points of sale only exceptionally included online sales. As regards the target, several of its in-house documents confirmed that customer awareness of and the prices charged by the online sales sites were not taken into consideration at all or only to a small extent. Those elements reinforced the conclusion of the Autorité who considered that, for the prod-

29 Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §94.

30 Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 regarding the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez.

31 Decision 18-DCC-148 of 24 August 2018 regarding the acquisition of sole control of Jardiland by In Vivo Retail, §§53-56.

ucts in question, online sales were not likely to constitute a credible alternative for offline shoppers.

Range of products proposed and of services available depending on the distribution channel

In order for online sales and offline sales to be included in the same relevant market, the range of goods and services proposed should be sufficiently similar on both channels. When, conversely, the share of products that are sold simultaneously on both channels is small, it is difficult for the consumer to put these supply channels into competition with each other, and the same applies if the services provided in addition to sale are very different online and offline.

Thus, in the retail sector for brown and grey products, the market test conducted by the Autorité for examining the takeover of Darty by Fnac made it possible, in particular, to note that the products that were sold both online and offline represented an essential share in the turnover of the parties, both in volume and in value terms³², and that the online websites generally had a wider range than the brick-and-mortar stores did. Thus, the products sold in the stores were generally also sold online³³. Furthermore, the differences between sales over the Internet and sales in stores were tending to dwindle in view of the increasing richness of advice given on online websites, of the reduction in the delivery times and charges for the products sold over the Internet (same day deliveries by Amazon, for example),

³² In that case, they represented 90% to 100% of the sales in value terms both by Fnac and by Darty, Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §103.

³³ Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §105.

and of the online after-sales services that are identical or very similar to those offered when purchases are made in a store (refunding, or breakage or theft cover)³⁴. While the competitors of the parties considered that online sales were still coming up against certain obstacles³⁵, they also highlighted the advantages of online sales compared with offline sales (shopping comfort, possibility of comparing products and prices across of multitude of store brands, existence of demonstration videos that can make up for the absence of product experience, availability of the products and of the distributors 24/7, broadness of the offering, availability and accessibility of the products, prices sometimes more attractive, or indeed availability of reviews written by consumers about the products)³⁶. At the end of that analysis, the Autorité concluded that *“the services and advantages inherent to online sales or to offline sales are not perceived as being strictly identical by the competitors of the parties and by the consumers, each channel having advantages that are specific to it. However, those characteristics are not such as to call into question the observation of a significant amount of substitution between the two channels, in particular in view of the price uniformity and of the development of a distribution*

34 Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §108.

35 Such as the conditions for returning products, the charges and times for delivery, the conditions and reliability of the after-sales service, the reticence of consumers to pay online, or indeed the absence of advice from a sales consultant. Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §113.

36 Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §114.

model incorporating both distribution channels into the path to purchase"³⁷.

Similarly, regarding the sector of retail sale of books, during the examination of the merger between Nature & Découvertes and Fnac Darty³⁸, the Autorité observed permeability between in-store purchases and online purchases of books firstly due to the fact that the parties to the merger proposed almost all of the books sold in their stores on their respective websites, and, in particular, made it possible for consumers to order articles that were unavailable in the stores, and secondly due to the fact that the Fnac Darty Group had their offerings of online and offline services converge through the possibility of making the purchase in "click and collect" mode (ordering it online and then picking it up from the store), of reducing the delivery times for orders placed online, and of consumers being given advice while they are shopping online.

Likewise, in the toys retail sector³⁹, product references that were common to the online and offline channels represented a substantial share of the sales in volume terms (over 90%). According to the findings of the market test, the vast majority of the competitors operated online sales websites and proposed ranges of products on them that were wider than their in-store ranges. Furthermore, the traditional retail brands were focused "*on adapting sales modes incorporating*

³⁷ Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §115.

³⁸ Decision 19-DCC-132 of 16 July 2019 regarding the acquisition of sole control of Nature & Découvertes by the Fnac Darty Group, §§ 29-30.

³⁹ Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 regarding the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez (Toys 'R' Us Decision), §§49-53.

digital technologies and in particular enabling vendors to place orders online for products that are unavailable in the store in question, and enabling their websites to indicate the products that can be picked up in the store" (§51). Furthermore, the parties indicated they had enriched their online documentation about the toys on sale. Furthermore, the modes and times of delivery for the toys sold online made the products available almost immediately, the large stores or superstores specialised in selling toys having developed faster ordering and delivery services (pickup in a store, in the hours following the order, next-day home delivery, or next-day delivery at pickup points or lockers). Finally, the Autorité observed that the notifying parties had implemented specific refund policies taking online sales into account⁴⁰.

Conversely, the Autorité was able to note that, in the field of perfume and luxury cosmetics distribution, the development of online sales was still coming up against obstacles, in particular due to the absence of physical welcome and advice, or to the risk of buying counterfeit products online⁴¹. Similarly, in the sector of low-price homeware and general merchandise products, the market test highlighted the significance of impulse purchases and the part played in such purchases by the possibility of touching and of seeing the products in the stores. Indeed, a large majority of the respondent businesses considered that customers were not

⁴⁰ The parties proposed a guarantee enabling customers to obtain immediate alignment at the checkout on the lower price if the customer going through the checkout presented an offer for an identical product sold cheaper by a competitor regardless of whether it was sold in a store or online, or else a refund of the difference on any article purchased in-store within fourteen days following the purchase. See §53 of the decision.

⁴¹ Decision 14-DCC-71 of 4 June 2014 regarding the acquisition of sole control of the Nocibé Group by Advent International Corporation, §17.

indifferent as regards whether they bought their homeware and general merchandise products online or offline⁴². In this sector, the Autorité also noted that low-price homeware and general merchandise products were often sold brandless, and thus with it being possible for doubts about their quality to be removed by seeing product in the store⁴³. The Autorité de la concurrence also concluded that the markets were segmented into “online” and “brick-and-mortar” in the sector of betting on horseracing, observing less diversity of gambling and less flexibility of use (as regards opening times, in particular) in the brick-and-mortar channel but also its greater conviviality⁴⁴. In the sector of sports news print media, the Paris Court of Appeal⁴⁵ and the Autorité de la concurrence alike concluded that, in spite of the choices made by consumers between the various media (print, Internet, radio, television, and mobile apps), the written press retained specificities, in particular reading comfort and reading flexibility, or capacity for analysing news, for taking a step back from it, and for putting it in perspective. The digital media, which tended to prefer instant news, were also considered as more complementary to rather than in competition with

⁴² Decision 17-DCC-216 of 18 December 2017 regarding the acquisition of sole control of the assets of Lilnat, Vetura and Agora Distribution by the Philippe Ginestet Group (Ginestet Decision), §66.

⁴³ Decision 17-DCC-216 of 18 December 2017 regarding the acquisition of sole control of the assets of Lilnat, Vetura and Agora Distribution by the Philippe Ginestet Group (Ginestet Decision), §67.

⁴⁴ Decision 14-D-04 of 25 February 2014 regarding practices implemented in the sector of online betting on horseracing §§51-54.

⁴⁵ Paris Court of Appeal, pole 5 (Section 5), chambre 5-7 (Chamber 5-7), Judgment of 15 May 2015, RG (General Repository) No. 2014/05554.

the print media. Finally, in its opinion on online advertising⁴⁶, the Autorité considered that, in spite of the development of video advertising on the Internet⁴⁷, online advertising and television advertising did not offer the same advantages, television commercials making it possible to reach a wider audience more spontaneously while online adverts made it possible to target the audience more effectively depending on the commercial objective, in a more diverse and interactive form, and thereby offered advertising monitoring and performance measuring tools that could not be used in the sector of television advertising.

Finally, it should be noted that it can be difficult to come to a decision on the issue of the significance of the competition between online and offline channels, and so a case-by-case approach can therefore be necessary. In its decision regarding online sales events⁴⁸ that was upheld by the Paris Court of Appeal⁴⁹, the Autorité thus considered, going against its investigation services, that the criteria characterising this mode of distribution (attractive prices, relative confidentiality of the sales⁵⁰, an impulse buying rationale, top-of-range

⁴⁶ Opinion 18-A-03 of 6 March 2018 on data processing in the online advertising sector, §§173-174.

⁴⁷ Decision 14-DCC-50 of 2 April 2014 regarding the acquisition of sole control of Direct 8, Direct Star, Direct Star Productions, Direct Digital, and Bolloré Intermédia by Vivendi SA and Canal Plus Group, §106, as well as the contribution from the CSA (French Broadcasting Regulator) to the consultation of the Autorité, and Opinion 18-A-03 of 6 March 2018 regarding data processing in the online advertising sector, §172.

⁴⁸ Decision of 28 October 2014 regarding practices implemented in the online sale event sector, §105

⁴⁹ Paris Court of Appeal, Judgement of 12 May 2016, RG 2015/00301.

⁵⁰ Online sale events are generally not advertised at all with the general public and are, in general, accessible only to a club of members.

positioning, and a large stock of products), either should be put in perspective or should also be found in brick-and-mortar retail channels, in particular in stores while sales are on, or in factory outlet stores throughout the year. Indeed, analysis based solely on various differentiation criteria can, in some cases, have limitations: firstly, measuring such differentiation is not always easy; and secondly, identifying the threshold from which the differentiation of the ranges or of the services is sufficient to consider that the traditional and online retail channels are not in competition can be difficult. Such uncertainty then frequently leads the Autorité to gather other evidence, serving either to support or to put into perspective the significance of such differentiation in the competitive process.

Price differentials between the various sales channels

As a general rule, if two products or two sales channels are substitutable, either the price difference between the two is relatively small, or, at the very least, it remains relatively constant. Otherwise, the sales through the channel that is more expensive or whose relative price has increased should decrease, since customers use the competing product or channel as a substitute for it. Thus, identical prices on the two distribution channels or, at the very least, price differences that are relatively limited and constant or decreasing may constitute evidence in support of substitutability between the channels.

When examining the merger between Fnac and Darty, the Autorité thus noted that the majority of the prices of the products sold at Fnac were set on the basis of the prices charged by the pure online sales players. The data in the case file also made it possible to observe the extent of the closeness between the Fnac's in-store and online prices, and of the closeness of the prices between Fnac or Darty

and two of the main online pure players present in grey and brown products, namely Amazon and Cdiscount, at least in certain categories of product (cameras, camcorders, televisions, smartphones, or game consoles, etc.), during the years preceding the operation. Furthermore, the competitors of the parties indicated they had adopted unified online and offline pricing, thereby reinforcing the observations made in the specific cases of the parties. The Autorité therefore concluded that *“the closeness between the prices of Fnac and the prices of the pure online players is now observable and is tending to become generalised, even though there is not yet a general alignment of the prices for all of the products. This observation also applies to the main competitors of the parties”*⁵¹.

Similarly, when it was examining the acquisition of control of Luderix in the toys retail sector, the Autorité observed that the majority of the specialist toy superstores who were questioned during the market test confirmed that they applied the same prices in their stores and online. The analysis conducted by the Autorité on the basis of the price readings provided by Toys'R'Us confirmed the similarity between the online and offline sales prices of that brand. Furthermore, the analysis also showed that the differences between Toys'R'Us prices and the prices proposed by its pure online player competitors were regularly less than 10%. Ultimately, the Autorité concluded that *“the notifying parties apply a policy of uniform prices between their two sales channels that takes into account the price readings taken online. The analyses conducted also show that the prices charged by brands such as Toys'R'Us are constrained by the prices of the*

⁵¹ Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §133.

*pure online players, as illustrated by the small differences in price between these operators”*⁵². Furthermore, in its decision on online sale events⁵³, the Autorité considered that not only sale event websites but also factory outlet shops, discount sales outlets, or ex-brand shops apply large reductions, thereby making it easy for these various channels to be put into competition with one another. Likewise, in the sector of tyre sales, the market test highlighted the high competitive pressure from websites on brick-and-mortar outlets, in particular due to the existence of price comparison tools for tyres⁵⁴.

Conversely, in its decision on practices employed by Apple in the sectors of Internet music downloads and digital portable media players (Deezer Decision⁵⁵) that was issued on 9 November 2004, the Conseil de la concurrence deemed that downloading music over the Internet and purchasing the same music in a store were not substitutable, in particular because of the significant price differences between the two channels, it being possible for music purchased through traditional channels to cost up to five times more than music downloaded over the Internet for a single and to be up to twice as expensive for an album. Similarly, in its decision

⁵² Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 regarding the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez, §60.

⁵³ Decision 14-D-18 of 28 October 2014 regarding practices implemented in the online sale event sector.

⁵⁴ Decision 15-DCC-76 of 30 June 2015 regarding the acquisition of joint control of Allopneus by the Michelin Group and by Hevea, (Michelin Decision), §27.

⁵⁵ Decision 04-D-54 of 9 November 2004 on practices implemented by Apple Computer, Inc. in the sectors for Internet music downloads and digital portable media players, §29

regarding the sports news press⁵⁶, the Autorité considered that free sports news media, and in particular sports news websites, did not compete with the pay sports news press, because no reduction in the prices of the pay sports press had been observed in spite of the development of the various free sports information media.

Consumer mobility between online sales and offline sales, and omnichannel distribution

The operators in a sector using an omnichannel strategy⁵⁷, is also evidence of the intensity of competition that can exist between online and offline sales. Such strategies are responses to consumer mobility and to the joint utility of both shopping channels for consumers, these two factors then tending to indicate that the customers can easily go from one channel to the other and, if necessary, put the two channels into competition with each other.

For example, in its decision on the takeover of Toys'R'Us by PicWic⁵⁸, the Autorité observed that specialist toys superstores and hypermarkets & supermarkets had developed digital tools enabling, among other things, customers in a store to consult the products and their availability

56 Decision 14-D-02 of 20 February 2014 on practices implemented in the sports news press sector (Amaury Decision)

57 An omnichannel strategy consists in businesses using all of the sales channels at their disposal (physical or online) and possibly in mixing and combining them (e.g. click and collect, drive-thru pickup, interactive terminals in stores) in order to improve the consumer experience and to increase consumer purchasing opportunities.

58 Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 regarding the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez.

in the store or online, which would tend to indicate that there was a certain amount of porosity or complementarity between the two channels⁵⁹. Likewise, the market tests conducted during the examination of the takeover of Darty by Fnac confirmed that a significant fraction of consumers compared the online and offline prices, and combined the two channels when purchasing electrical products: the consumers could, in particular, consult both sales channels before making their purchase through one of the two, and the practices of “Research Online, Purchase Offline” (ROPO), i.e. of researching the product online and of purchasing it in a store⁶⁰ or, conversely, of “showrooming”, i.e. of going to the store to look at the product and note its price, and then of purchasing it online, were frequent⁶¹. Similar observations were made in the toys retail sector: *“all of the competitors questioned during the market test consider that consumers use both channels when they purchase a toy, and that they compare the online and offline prices before they make their purchases...”*⁶².

In addition, in the above-cited Fnac Darty Decision, the market tests made it possible to highlight the success of

⁵⁹ Terminals were installed in the stores to make it possible to find out whether a product was available online or in the store, as were lockers making it possible to pick up products purchased online (Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 on the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez, §63).

⁶⁰ Path-to-purchase journey during which the consumer researches the product online and buys it in a brick-and-mortar outlet.

⁶¹ Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac, §144.

⁶² Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 regarding the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez, §64.

click and collect, i.e. the success of the practice whereby the customer orders online and then picks up the order in a physical store. In particular, the Autorité decided that that path to purchase made it possible to “*minimise certain drawbacks identified for online sales, in particular delivery charges and times*”⁶³.

Conversely, in the retail sector for gardening, DIY, pet, and landscaping supplies, the Autorité observed that an omnichannel strategy being used by the target remained limited, due to the small appetite of consumers for online shopping. Thus, fewer than 5% of the visits to Jardiland’s website were for making an online purchase, and home delivery was not yet proposed to the consumer⁶⁴. Similarly, in the sector of retailing of low- and medium-price home-ware and general merchandise products, the high carriage costs, and high cost of creating a model of operators active both in brick-and-mortar sales and in online sales compared with the average shopping basket⁶⁵ were not conducive to the development of an omnichannel strategy.

It can also be noted that, in certain cases, consumer mobility between the online channel and the traditional channel results from the very nature of the purchased product. Thus, in a decision relating to the tyres sector, the Autorité observed that orders placed with pure online players were delivered to a partner brick-and-mortar outlet where purchasers had to

⁶³ Decision No. 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac (Fnac Darty Decision), §136.

⁶⁴ Decision 18-DCC-148 of 24 August 2018 regarding the acquisition of sole control of Jardiland by In Vivo Retail, §53 et seq.

⁶⁵ Decision 17-DCC-216 of 18 December 2017 regarding the acquisition of sole control of the assets of Lilnat, Vetura and Agora Distribution by the Philippe Ginestet Group (Ginestet Decision), §§64-65.

go to have the tyres fitted, which attenuated the specificities of online shopping compared with in-store shopping⁶⁶. However, other evidence tended to indicate little substitutability between the two channels and the Autorité then left the precise delimitation of the market open.

Adapting the competition law analysis framework to take on board online sales

When the competitive pressure from online sales on offline sales is high enough for the online sales channel to be incorporated into the same relevant market as the offline sales channel, the analysis framework used for assessing the competitive situation needs to be adapted accordingly. As a general rule, if the development of online sales encourages the operators to harmonise their price and sales policies at national level, the competitive analysis should be conducted at the same level. However, the local specificities of a sector might justify conducting an analysis both locally and nationally. Taking the online activities into account also leads to changing the calculation of the market shares and to taking into consideration in the competitive analysis the components that are specific to the online activities or more present in them, and that may be factors either intensifying or attenuating competition.

⁶⁶ Decision 15-DCC-76 of 30 June 2015 regarding the acquisition of joint control of Allopneus by the Michelin Group and by Hevea, (Michelin Decision), §28.

TAKING ONLINE SALES AND LOCAL COMPETITION INTO ACCOUNT

A few aspects of the geographic dimension of competition between physical points of sale

Competition between physical points of sale frequently takes place at *infra*-national, or indeed *infra*-regional level, or even within a smaller administrative subdivision, such as a “département” or a “commune” in France, in particular due to the transaction costs that are generally associated with the purchases made from a vendor who is geographically remote from its customers. In particular, the transport costs and times limit how far consumers are prepared to go to put outlets into competition with one another, and thus limit the extent of the geographic market on which the outlets are in competition with one another⁶⁷.

But the local dimension of competition can also result from other factors. In particular, in certain cases, in particular when the vendors can apply different prices depending on catchment area, particular local preferences can change the intensity of the competition between goods or services, with goods deemed to be competing in a given area not necessarily being in competition in another. As the Autorité explains in its merger control guidelines, subjective considerations as regards the behaviour of demand, such as the regional or national preferences or attachment to brands, can mean that certain products of different geographic origins are not, from the demand point of view, substitutable for local products. The cross elasticity of demand between two products

⁶⁷ cf. for example, the merger control guidelines of the Autorité de la concurrence.

can thus be different from one geographic area to another because of local habits.

Finally, the local dimension of competition does not exclude it from also being analysed at national level, when it is at national level that the main parameters for determining the competitiveness of the operators are defined. Thus, during the examination of the Banque Populaire/Caisses d'Épargne merger⁶⁸, the competitive analysis of the retail banking markets and of certain commercial banking markets, for small and medium-sized enterprises (SMEs), was conducted both nationally and locally. Indeed, the competitive position of banking establishments depends firstly on the size of the groups at national level (numerous banking services being characterised by economies of scale and of range that work in favour of banks having very broad customer bases), and secondly on their proximity and on the quality of their relations with their customers⁶⁹. Moreover, contrary to what was observed by the European Commission on other national banking markets, these markets, in France, exhibit a certain amount of geographic heterogeneity, as regards both the locations of the various groups and also the price conditions applied within the same group⁷⁰.

68 Decision 09-DCC-16 of 22 June 2009 regarding the merger between the Caisse d'Épargne and Banque Populaire Groups.

69 For the retail banking activities, see §§137 et seq. of the decision, and for the commercial banking activities, see §§156 et seq. of the decision.

70 §§143 et seq.

Taking e-commerce on board does not obviate the need to take distance into account in competition between physical outlets

Taking online sales into account is naturally conducive to changing the competitive analysis compared with traditional markets, and to doing so in several ways. The question then arises of whether to extend the delimitation of the geographic markets and possibly of whether the local nature of the markets will disappear. Indeed, whenever customers put brick-and-mortar outlets into competition with online operators, stores who might be tempted to raise their prices in a local geographic area could see their customers buy their products online, thereby making such a price rise unprofitable. It could then be considered that even if a brick-and-mortar outlet were to hold a high market share in its local geographic market, it might not, however, have any market power due to the competition on it from the online websites whose prices are frequently defined nationally⁷¹. More broadly, if the competition between the online websites is national, the market power of stores or chains of stores might then have to be assessed at national level.

However, such reasoning suffers from limitations. In particular, the competition between the operators is naturally a question of degree: some operators can exert higher competitive pressure than others on any given business. Conversely, approaching competition through the prism of

⁷¹ It cannot be excluded that, ultimately, the online sales websites might more frequently differentiate their prices depending on the geographic location of the purchasers. However, even if they do, it is not certain that the local dimension of the markets will be reinforced, since websites that are not very present in any particular region can sometimes easily increase their presence there if their prices are lower than the prices of their competitors.

relevant markets leads to considering that an operator is either a competitor of another operator, or not one at all, without necessarily indicating the intensity of the competition. While this simplification of the competitive process is not without grounds⁷², in some cases, the differentiation between the products within the same relevant market can be such that it is necessary to incorporate into the analysis the differences in degree of competitive intensity that exist between operators or between sales channels. This applies particularly when examining merger operations: the effect of such operations depends not so much on the proportion of consumers that turn to the Internet if all of the stores increase their prices, as on the proportion of consumers of one of the businesses that are parties to the operation who switch to the other business that is party to the merger (i.e. the “diversion ratio”). E-commerce can then reduce that proportion. However, even when sales shift to the Internet, the “diversion ratio” between the parties can be high enough for the merger operation to result in a price rise.

This reasoning was, for instance, applied during the examination of the takeover of Darty by Fnac⁷³. As with most retail outlets, competition between stores takes place at local level⁷⁴. The notifying party maintained that taking

⁷² Indeed, whenever the consumer shift to the Internet exceeds a certain threshold, the physical outlets will be subjected to competition from that channel and will incorporate that competition when they set their in-store sales prices, and will do so regardless of the intensity of the competitive pressure.

⁷³ Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac, §156 et seq., in particular §§184-186.

⁷⁴ C. Armoet, S. Lecou, A. Rossion, L'intégration des acteurs internet dans le marché : évolution ou révolution ? (“Integration of Internet players into the market: evolution or revolution?”) *Concurrences* No. 4-2016, pp. 35-41.

into account the competition from online sales on in-store sales should lead to delimiting a national market, for two reasons: firstly because the online sales websites and the main traditional competitors operated at national level; and secondly because the price and non-price sales conditions for retail of brown and grey products were also determined at national level. The competitive pressure exerted by the online sales websites, in particular Amazon or Cdiscount, was indeed such that the prices of the various competitors would have all converged on those charged by the digital players.

However, the Autorité observed that the purchasers of brown and grey products remained attached to physical stores, which was reflected in particular by the continued openings of new brick-and-mortar stores or by the market penetration of e-commerce in this sector that remained less than 30%. It also observed that the price and non-price sales conditions in the sector of brown and grey products had not become completely uniform under the pressure from the online sales at national level, room for manoeuvre continuing to exist for the brick-and-mortar outlets, depending on the local competitive environments.

The combination of these various elements therefore justified conducting the competitive analysis both at national level and at local level. Accordingly, the Autorité indicated that *"e-commerce constitutes by nature an activity that is dematerialised, enabling each consumer to benefit from it regardless of where they are located. Distribution over the Internet cannot therefore be attached to any one particular area. However, taking on board the online supply does not mean masking the differences in local situations that might be available to the consumer depending on the catchment area in which they are located"*. In a local area in which Fnac

and Darty are present, and in the event the in-store prices of Fnac (or of Darty) rise, the consumers could shift, as their preferred choice, to Darty (or to Fnac), thereby making a price rise of Fnac (or of Darty) profitable. The Autorité thus concluded that *“taking into account the competitive pressure exerted by the online sales websites on the physical points of sales does not imply analysing a national market exclusively”*⁷⁵.

When examining the merger between PicWic and Toys'R'Us, the Autorité also conducted competitive analyses at national and local level on the toys retail sector⁷⁶. Unlike with the Fnac Darty merger operation, which could significantly reduce competition in certain local areas in Paris, there were few risks of horizontal effects. At national level, the cumulative market share of the parties remained very limited (less than 15%) with the presence of numerous competitors on the market, including the pure online players like Cdiscount or Amazon. Locally, based on the same postulates as for Fnac Darty, the analysis of the market shares in value terms made it possible to check the absence of horizontal effects on all of the local areas in which the merger operation gave rise to overlapping between the physical stores of the parties⁷⁷. The merger operation was therefore cleared unconditionally, i.e. without commitments being required, at the end of a phase I.

⁷⁵ Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac, §185.

⁷⁶ Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 regarding the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez

⁷⁷ Le Havre (76), Livry-Gargan (93), Lomme (59), Maurepas (78), Orvault (44), Saint-Martin-Boulogne (62), Thillois (51), Vert-Saint-Denis (77) and Villeneuve d'Ascq (59).

Even mainly-online markets can include a strong local dimension

Examining the merger between Fnac and Darty enabled the Autorité to reiterate that when a sufficiently large fraction of consumers continues to have a certain preference for offline shopping, taking online purchases into account does not necessarily make it possible to dismiss the local dimension of competition between the stores.

However, the markets on which online sales constitute more obvious alternatives to shopping in physical points of sale are not necessarily markets that should be approached from an exclusively national or supranational angle. Indeed, depending on the goods or services in question, significant geographic segmentation of the markets can remain in spite of the highly dematerialised nature of the use of such goods or services. This applies in particular to markets on which consumer preferences for particular products have strong local specificities: in such cases, and depending on the area or region under consideration, the competitive pressure exerted by a competitor product is more or less strong, regardless of whether the product is sold in a store or online.

Thus, when it was examining the takeover of Logic-Immo by SeLoger⁷⁸, the Autorité deemed that for the sector of online property classified advert platforms, the competitive analysis had to be conducted both nationally and locally. Indeed, a user seeking a property generally targets a specific geographic area, while an owner of a property is aware that, in general, potential buyers will be located in the vicinity of

⁷⁸ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision).

the geographic area in which the property is located. Now, depending on the regions, the market shares of the nationwide property portals can have significant differences, as regards both numbers of adverts (i.e. as regards property owners) and also audience (i.e. as regards Internet users seeking properties), due, in particular, to the presence, in certain regions, of very large regional portals. In the case in point, the price policies of the national portals could also be adjusted to take account of the characteristics of the local markets, and several in-house documents of the parties and statements from third parties confirmed that the parties conducted competitive analyses by local area⁷⁹. Furthermore, since they were not well known enough outside their main regions of business, the property advert platforms that were very well established in a particular region could not easily roll their services out in a region in which they were not yet present. The combination of these characteristics then led the Autorité to conduct its analysis both nationally and locally.

To conclude, two types of reason were thus able to lead the Autorité to consider that, in spite of high competitive pressure from online sales, the local dimension of the analysis should remain essential: firstly, a strong preference among consumers for purchasing offline, and secondly a high variability of the market shares of the online websites at regional level, combined with price adjustments and barriers to entry at local level.

⁷⁹ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision), §§74-76.

ASSESSING MARKET SHARE IN THE PRESENCE OF ONLINE SALES

In the retail sector, assessing market share is frequently approached by referring to sales floor area. This item of data offers the dual advantage of being more easily accessible than market share in value terms, while also being correlated with it. Incorporating online sales, which are not associated with any sales floor area, then makes it necessary to reconcile the market share in floor area terms with the market share value terms⁸⁰.

Thus, when examining the takeover of Darty by Fnac, the Autorité adopted calculation methods that differed depending on the profiles of the players on the market. For the players having points of sale, and since it did not have the turnover figures for all of the competitors of the parties at local level, the Autorité based its assessment on the floor areas of the physical sales outlets multiplied by the average turnover per square metre of each retail chain for each major geographic zone, namely the Paris Region, the large provincial cities, and the provinces excluding the large cities⁸¹. For the online players, the market shares at local level were estimated using a dual postulate: for each catchment area, i) on the online sales segment, the market shares of the players were assumed to be identical to those they held at national level, and ii) the significance in terms of the value of the

⁸⁰ Similar issues can arise if it is desired to study the significance of drive-thru pickup services on a market made up of traditional retail outlets.

⁸¹ Decision 16-DCC-111 of 27 July 2016 regarding the acquisition of sole control of Darty by Fnac, §§401-403. See also Decision 19-DCC-65 of 17 April 2019 on the acquisition of joint control of Luderix International by Jellej Jouets and the undivided ownership resulting from the succession of Mr Stéphane Mulliez, §§92-94.

online sales compared with the in-store sales was assumed to be identical to the significance observed at national level. On this grey and brown product retail market, neither the brand image and the attractiveness of the various online sales websites, nor the extent to which the consumers were disposed to shop online appeared to differ from one region to another⁸².

Furthermore, certain digital markets are similar to media markets, in that they seek firstly to capture the attention of the population, and secondly to sell advertising space to advertisers, and the positions of the operators on these markets can then be assessed using several different measurements (i.e. various audience or readership measurements or various advertising activity measurements), in particular since digital markets can have a greater richness of data and therefore a greater variety of indicators than the traditional markets.

Thus, in its opinion regarding online advertising of 2018⁸³, the Autorité de la concurrence observed that, in order to assess the market shares of the players in online advertising, *“various volume indicators, which vary depending on the service, can be taken into account. For example, the number of accounts, the number of users per month and per day, the number of visits to a website, the number of users logged in, the number of videos posted online by users, or indeed the number of videos watched are frequently used on markets such as social network markets or video sharing platform*

⁸² Although simple in principle, this reasoning is not without practical difficulties because it requires having turnover sales figures and not commercial floor area figures, which are usually used for analysing this type of merger (*cf.* below).

⁸³ Opinion 18-A-03 of 6 March 2018 on the use of data in the Internet advertising sector, (Online Advertising Opinion of 2018), §201.

markets. Indicators such as the number of users per month or per day can however appear imperfect insofar as they do not indicate, for example, the time actually spent on using a service. Neither do they give indications about the volume of user data that the platform may collect and then use for targeting audience segments".

Similarly, in its decision on the takeover of Logic-Immo by SeLogger, the Autorité examined the relative relevance of various measurements of market shares that were based on audience, number of property adverts, or turnover. In particular, it appeared that if measurements based on volumes (audience, number of adverts) can be indicative of the attractiveness and thus of the market power of a property platform, they are not always sufficient. Firstly, measurements in terms of volume depend on the price strategy adopted by the platform, a free-of-charge policy or low prices tending to increase the volumes. Secondly, not all of the types of use by visitors to portals are equivalent: certain property portals are, for example, used by Internet surfers whose intention to purchase is more certain than for other portals, and the type of use by visitors is reflected in the prices that the portal can charge to estate agents. The Autorité de la concurrence thus, at least when assessing the market shares of portals compared with estate agents, preferred measurements of turnover, which reflects both the estate agents' propensity to pay (which depends on the size and the quality of the audience) and the number of property adverts posted on the portal⁸⁴.

⁸⁴ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLogger Logic-Immo Decision), §231. The turnover taken into account excludes the advertising revenue, which is not relevant for assessing the market power of property platforms compared with estate agents.

Finally, as the Autorité has often had the opportunity to emphasize, market share cannot be the sole criterion for assessing the market power of a business on a market. This applies particularly on multi-sided digital markets. Firstly, such markets, or certain “sides” of them, are frequently characterised by “multi-homing”. A customer can then more or less simultaneously go to two or more operators and a fraction of the customer base is therefore common to two or more operators: market shares incorporating such multi-homing might then underestimate the relative attractiveness of the platform, in particular if the multi-homing is observed on only one side of the market or if the market shares are based on number of users of a platform rather than on the intensity of use of each platform⁸⁵. Secondly, on certain digital markets, the market shares can be very unstable and change rapidly, which, in particular for the prospective analyses that are specific to merger control, makes it necessary to take into account other factors, such as the trends in market share change or the investment capacities of the platforms⁸⁶.

⁸⁵ For example, two platforms that might be used simultaneously by all of the customers on one side of the market might show market shares in terms of numbers of views or numbers of adverts of only 50% even though the fact that they are used by all of the customers may indicate that, with respect to the customers, they have a certain amount of market power, in particular if, on the other side, the customers are single-homing (i.e. use only one platform). Market shares based on the intensity of use of a platform may make these difficulties less significant when the platforms are relatively asymmetric.

⁸⁶ Isabelle de Silva, *Assessing online platform mergers: Taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the digital economy*, May 2018, *Journal Conurrences* No. 2-2018 Art. No. 86701, § 46.

TAKING THE SPECIFICITIES OF DIGITAL MARKETS INTO ACCOUNT IN ASSESSING MARKET SHARES AND MARKET POWER

Beyond the saving in transport costs that it can generate for customers, the digital economy has several other characteristics, some of which are sometimes already present on the “*traditional markets*” (such as network externalities or provision of certain services free of charge, these specificities being present, for example, in the media sector), others being more specific to e-commerce or e-services (such as the part played by data, or the absence of sales floor area). The increasing significance of the digital economy and the increasingly marked part played by such specificities can then require the competitive analysis tools to be adapted and new issues to be taken into account.

The factors specific to online activities that can reinforce competition

Certain characteristics of digital markets can reinforce competition by reducing the market power of the operators. In such environments, the risk that specific corporate conducts (taking over a competitor, exclusive distribution arrangements, etc.) might adversely affect competition is then reduced.

- **Mobility of customers between operators**

Development of online sales frequently has the effect of intensifying competition: freed of the constraint of distance, consumers can more easily change online service provider than they can physical point of sale, and price and product comparison between different websites can be facilitated, including by using price comparison tools. As a result, the negotiating power of the purchasers can be greater when

negotiating with digital operators than when negotiating with traditional operators. However, numerous other factors can limit such consumer mobility, in particular the other factors of differentiation between the operators, be it, in particular, the richness and the quality of the product or service offering, it being possible for those factors to depend on the size of the customer base on which the operators can draw and/or on the data they have, the reputation of the operators, customer loyalty programmes, or the effects of consumer experience. The consumers can also show significant inertia, particularly when services are provided free of charge. Thus, the European Commission has observed that a large proportion of users of the search engine Google would not use the services of competitors even if Google downgraded the quality of its services⁸⁷.

- **Multi-homing of customers**

More specifically, on certain markets, customers can use two or more portals or platforms simultaneously. This characteristic then has major implications on the competitive situation of those markets.

Firstly, in the context of a merger operation, this type of multi-homing has ambiguous effects on the risks of price rises that can result from the operation under examination. For example, on the online property classified advert market, estate agents frequently use the services of several portals simultaneously. Such simultaneous multi-homing can reduce the risk of price rises if the customers of one of the two parties to the merger operation simultaneously use the services of the other party: as the Autorité observed,

⁸⁷ European Commission, Case AT.39740, Google Search (Shopping), §312.

*"advertises posted simultaneously on SeLoger and on Logic-Immo are not liable to shift to Logic-Immo because they are already posted on that portal"*⁸⁸. Conversely, estate agents who might use Se Loger and Le Bon Coin simultaneously would have a higher chance of turning to Logic-Immo if Se Loger decided to increase its price. The risk of price rises is then increased. Assessing which of the two configurations is the most representative of the real situation of the market requires an empirical examination of the conducts of the estate agents.

Then, the fact that customers simultaneously use two or more portals or platforms can indicate that the services are not perfectly substitutable. This applies, for example, when each platform or service gives access to specific content or to a specific customer base segment. When examining the above-mentioned merger operation between SeLoger and Logic-Immo, the Autorité was thus able to establish, through a survey that it conducted on estate agents, that in the event of a rise in Se Loger's commission rate, 92% of respondents would nevertheless choose to continue to use the platform SeLoger, due to the size of the audience among that customer base⁸⁹, thereby bearing witness to the potential market power of that operator.

⁸⁸ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision), §288. The Autorité also checked that estate agents who used both portals of the parties simultaneously would not be tempted, in the event of a price rise of one of the two parties, to increase their spending on the portal of the other party.

⁸⁹ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision), §204, see also Isabelle de Silva, Assessing online platform mergers: Taking up the new challenges faced by the digital economy, May 2018, Journal Concurrences No. 2-2018 Art. No 86701, §79.

Finally, multi-homing of customers can also be evidence of the ease with which the customers will be able to substitute one operator for another. Thus, a customer who uses one operator for 90% of their needs and another operator for the remaining 10% could easily change that distribution if one of the two operators were to downgrade the conditions of its offering and if the users of the platforms on the other side of the market are also multi-homing. More broadly, the possibility of multi-homing can facilitate the development of new competitors, by enabling the customers to use their services without however completely abandoning their usual service provider⁹⁰.

- **The dynamism of digital markets**

Due to the capacity of customers to change service providers or to the possibility of new entries, certain digital markets can also prove to be particularly unstable, especially for the phase during which the market is emerging. It can thus be important to take into consideration the possible developments of the market in question in order to determine whether the respective positions of the competitors might change significantly and rapidly.

Thus, as regards calculating market share, the Autorité, while also indicating in its merger control guidelines that it refers to the most recent market shares available, points out that it can possibly take into consideration the market shares during the two preceding years, if they have changed considerably, and that the market shares can possibly be adjusted for market development estimations, in particular when the market is growing fast.

⁹⁰ For an analysis of the various possible multi-homing/single-homing configurations, *cf.* the Just Eat and Hungryhouse Decision of the UK Competition and Markets Authority (2017) (<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5a0d6521ed915d0ade60db7e/justeat-hungryhouse-final-report.pdf>), p.58.

Assessment of the possible developments of the market should also take into account the entry possibilities. In particular pure online distributors may see their market power limited by the presence of brick-and-mortar operators and/or by the possibility that those operators deploy omnichannel strategies⁹¹ and develop on online sales.

In addition, the online operators can be subjected to the threat of entry of and of potential competition from “super-platforms”⁹² or the “Big Four”, also known as the “GAFA” companies (Google, Apple, Facebook, Amazon)⁹³.

91 “If the traditional and online travel agents have different cost structures and each have specific constraints, it is easy to switch from one to the other. Indeed, the technological media and the Internet access services used are within reach of any potential entrant... This absence of barriers to entry is illustrated in practice by the fact that travel agents are increasingly opting for a multi-channel strategy (...) as things currently stand, online travel agents’ services do not constitute a market for products that are distinct [from those of traditional travel agents].” Decision 09-D-06 of 5 February 2009 regarding practices implemented by SNCF and Expédia Inc in the sector of online travel sales, §108-109.

92 Isabelle de Silva, *Assessing online platform mergers: Taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the Digital Economy*, May 2018, Journal Concurrences No. 2-2018. §71.

93 “Potential competition” means the threat, for the incumbent operators on a market, of possible entry of new players. Such entries would increase the actual level of competition and thus reduce the individual profits on the market. The more the threat is credible, the more likely it is to have a disciplining effect on the operators present on the market, who anticipate that raising their prices too much could cause new competitors to enter the market. On dynamic markets such as certain online markets, taking into account such potential competition is difficult in view of the uncertainties related to the entry costs and to the speed of development of new players on such markets, it being possible for those factors to depend on numerous parameters such as the inertia or the mobility of the consumers, the quality of the services proposed by the new platforms or the significance of the direct or indirect network effects. *cf.* Autorité de la concurrence, Guidelines of the Autorité de la concurrence regarding merger control.

Indeed, through their reputations and their audiences, such “big tech” giants could quickly overcome barriers to entry on any given market, to become major competitors of the incumbent players⁹⁴. Such a threat of entry should, however, be sufficiently probable to be taken into account in the analysis. For instance, when examining the takeover of Logic-Immo by SeLoger, the Autorité dismissed the possibility of head-to-head and imminent competition from the super-platforms on the players of the market in question. Indeed, at the time of the merger operation, only Facebook proposed a property advert service via its online marketplace function, and there was no evidence showing sufficiently definite and quick entry of other big players like Amazon or Google into the market in question. Furthermore, Facebook proposed only a peer-to-peer service, which was different from the services for putting consumers and businesses (estate agents) into touch with one another that were proposed by the parties to the merger. In addition, the players on the market (portals and estate agents) did not consider the GAFSA companies as credible competitors.

However, the Autorité did recognise that the GAFSA companies could constitute sources of competitive constraint for online classified advert players⁹⁵: *“it is true that their financial capacity and a global reputation and audience, as well as considerable opportunities for technological development, which can draw on the success of other services and their access to large volumes of data, enable them to develop their*

⁹⁴ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision), §186.

⁹⁵ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision), §198.

activities very quickly within a sector". Moreover, US experience has shown that Facebook has managed to develop rapidly on this market by entering into partnerships facilitating multi-distribution of the adverts with the main property advert portals. Thus, the Autorité urged caution as regards assessing their impact in the longer term *"as their penetration on the sector of online property classifieds could be very swift"* ⁹⁶.

The factors specific to online activities that can reduce competition

While the above factors can, in certain cases, attenuate or mitigate the risk of anticompetitive effects on the market, the decisions and opinions of the Autorité have also identified various specificities of online sales or activities that are conducive to limiting the intensity of the competition, to greater or lesser extents depending on the sectors in question.

Among such characteristics, mention might be made, in particular of network effects, which are sometimes accentuated by market foreclosure strategies, access to data, and product diversification strategies of the platforms.

- **Network effects can be more significant on online markets than on brick-and-mortar markets and thus contribute to increasing the barriers to entry**

Network effects can be a significant component of the competitive workings of online markets. The term "network effects" is used when the value of a product or of a service

⁹⁶ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision), §201.

increases with increasing numbers of users of it. “Direct” network effects are when value increases with increasing numbers of users of any one type⁹⁷ and “indirect” (or “cross-side”) network effects are when value increases with increasing numbers of users of another type⁹⁸.

The strategic role of network effects is well known from economic literature and has, in particular, been emphasised by the Autorité for hotel booking platforms and online travel agency websites: “the wider the choice of hotels and of overnight accommodation that a website proposes, the more it attracts consumers, and the greater the success enjoyed by a website with consumers, the more it attracts hotels”. As indicated by the Autorité, “under certain circumstances, such markets marked by significant network effects can lead to the creation of strong positions related to a phenomenon of market concentration around dominant, or highly dominant, players, known as a “bandwagon effect” or a “snowball effect””⁹⁹. The Autorité concluded that “such network effects, if they transpire, raise barriers to entry because the size of a market operator per se is a fundamental parameter in its growth. Thus, the smaller players and the new entrants do not enjoy the same advantages as a big established

⁹⁷ Telecommunications networks are a typical example insofar as the higher the number of users, the more useful they are.

⁹⁸ For example, on social networks of the Facebook, Instagram or Twitter type, the expected effects of an advertising campaign increase, among other factors, with the number of users that the platform has. *cf.* Autorité de la concurrence, Guidelines of the Autorité de la concurrence regarding merger control.

⁹⁹ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10 May 2016, p. 13.

player”¹⁰⁰. Similarly, in its opinion on online advertising, the Autorité emphasised the significance of network effects in assessing barriers to entry in the online advertising sector: “analysis of barriers to entry also takes into consideration the specific features of user services, particularly the levels of investment required and user membership to these services, (in particular, network effects). For ad services, it particularly takes into account network effects associated with the audience required to attract advertisers”¹⁰¹. Finally, the relationship between network effects and assessing barriers to entry is also emphasised in the “Google” Decision of the Autorité of December 2019¹⁰².

The network effects are not, as such, a specificity of online markets. They can be present on a multitude of offline markets, in particular in the retail or media sectors. However, they can be more significant or more frequent on online markets. Firstly, an online operator is frequently less constrained by a particular sales area or storage area. It can thus propose a wider variety of products for sale, and, to be competitive, its competitors also have to propose a wide variety, without their position on the market necessarily enabling them to do so. The barriers to entry into such a market can then be greater. Furthermore, on offline sales markets, an operator who proposes an offering that is less rich than a competitor can nevertheless differentiate itself from the competitor through

100 Decision 15-D-06 of 21 April 2015 regarding practices implemented by Booking.com B.V., Booking.com France SAS and Booking.com Customer Service France SAS in the online hotel booking sector, Booking.com Decision, §112.

101 Opinion 18-A-03 of 6 March 2018 on the use of data in the online advertising sector, (Online Advertising Opinion of 2018), pp. 98-99.

102 Decision 19-D-26 of 19 December 2019 regarding practices implemented in the online search advertising sector, §§319-320.

other advantages, such as, for example, its geographic location. Disappearance of location as a factor of differentiation between operators leads to the scale of the offering becoming an essential criterion.

Network effects can, however, have contrasting effects on competition. Firstly, in the presence of network effects, each operator may be encouraged to increase its customer base, and thus to propose very attractive sales terms and conditions. Conversely, each operator may be reticent about raising its prices because the reduction in its volumes can lead to a reduction in the network effects and thus to it becoming less attractive. Finally, if new entrants can overcome the disadvantage related to their size by means of other factors (e.g. an innovative feature), their sales could increase faster thanks to the network effects¹⁰³.

In addition, the significance of the network effects can be very variable depending on the sectors in question. In its decision on the takeover of Logic-Immo by SeLoger¹⁰⁴, the Autorité assessed to what extent the cross-side network effects of the parties to the operation could give rise to a risk of marginalising the competitors. While observing a positive correlation between the audience of the portals and the number of ads published on them (§ 386), the Autorité concluded that the cross-side network effects were limited. Indeed, on the side of the advertisers, certain online property advert platforms have, despite relatively limited audiences,

¹⁰³ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, Competition Law and Data, 10 May 2016, p. 28.

¹⁰⁴ Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision).

succeeded in capturing a significant volume of advertisers thanks to very attractive commissions and to the frequency of multi-publication by the advertisers (§388). Similarly, on the side of the Internet users, the reduction by 32% in the number of property classified ads published on the portal Bien'ici from September to December 2016 following the shift from the free-of-charge model to the pay model only led to a 5% fall in audience over the same period (§392). The Autorité emphasised that such limited cross-side network effects reduce the risk that the new entity, by increasing the number of its ads and/or its audience by means of the operation, might, in return, enjoy greater attractiveness on the other side of the market and, ultimately, marginalise its competitors.

- **Access to data can also be a barrier to entry and thus reinforce the market power of the incumbent operators**

As emphasised by the Autorité in its joint study with the Bundeskartellamt (the German competition authority) on big data, *“provided that access to a large volume or variety of data is important in ensuring competitiveness on the market (which is a market-specific question), the collection of data may result in entry barriers when new entrants are unable either to collect the data or to buy access to the same kind of data, in terms of volume and/or variety, as established companies”*¹⁰⁵. Furthermore, data collection *“could possibly also reinforce network effects, when an increase in a firm’s user share enables it to collect more data than its competitors,*

¹⁰⁵ Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10 May 2016, p. 11.

*leading to higher quality products or services and to further increases in market shares”*¹⁰⁶.

Like network effects, the part played by data is not specific to online sales, and the Autorité has already had to address issues related to data on non-digital markets¹⁰⁷. However, the variety and the volume of the data that can be collected online compared with the data that can be collected in the physical world means that data can play a more marked role in the world of online sales.

The part played by data in the competitive process was, in particular, assessed by the Autorité when it examined the above-mentioned SeLoger/Logic-Immo transaction¹⁰⁸, for which the Autorité examined whether the combination of the data held by the parties and coming from the users and from the estate agents was liable to create an anticompetitive effect. In particular, certain competitors considered the acquisition of the data held by Logic-Immo to be “the biggest threat” and “the biggest value” of the transaction (§470). Furthermore, SeLoger did indeed consider that data as a “strategic priority” and “*a factor enabling it to stand out from*

106 Autorité de la concurrence, Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, 10 May 2016, p. 28.

107 *cf.* Decision 12-DCC-20 of 7 February 2012 regarding the acquisition of sole control of Enerest by Electricité de Strasbourg; Decision 13-D-20 of 17 December 2013 regarding practices implemented by EDF in the photovoltaic solar power sector; Decision 14-MC-02 of 9 September 2014 relating to a request for interim measures submitted by Direct Energie in the gas and electricity sectors; Decision 14-D-06 of 8 July 2014 regarding practices implemented by Cegedim in the sector of medical information databases.

108 Decision 18-DCC-18 of 1 February 2018 regarding the acquisition of sole control of the company Concept Multimédia by the group Axel Springer (SeLoger Logic-Immo Decision), §§470-477

the competition in the future" (§472). Most of the advertisers who took part in the market test also confirmed the advantage of SeLogger in this regard (§473). However, the Autorité considered that the competing portals, such as Bien'ici or Le Bon Coin, could access the same quantity of data as the parties thanks to the makeup of their shareholders¹⁰⁹ or to the size of their audiences. Multi-homing, both on the side of the estate agencies and on the side of the Internet uses, also limited the risk that the entity resulting from the operation might be able exclusively to appropriate a large volume of data. Finally, the risk of an anticompetitive effect due to the acquisition and to the sharing of the data was therefore not sufficiently significant (§476). As regards the expected effects of the combination of competitors' databases within a single entity, the Commission, for example in its Apple/Shazam decision¹¹⁰, used the "Four Vs" test. The Commission thus compared the database that was going to be available to the new entity with the databases of the competitors by using four indicators: the Variety of the data composing the database, the Velocity at which the data is collected, the Volume of the database, and the economic Value of the data.

Similarly, during the examination of the takeover of Aufeminin by TF1, more than one-third of the respondents to the market test highlighted a risk of a data-related horizontal effect on the market for online advertising space sales: by acquiring data collected by Aufeminin, TF1 could reinforce

109 The shareholders of Bien'ici, one of the competitors of the notifying party are indeed made up of a large number of property professionals, including networks of estate agents, such as Guy Hoquet, Orpi, Century 21, Laforêt, Era, l'Adresse, Solvimmo, Foncia, Belvia immobilier, Citya immobilier and Square Habitat, so that that competitor can make use of the data of those various networks.

110 European Commission, Case M.8788 Apple/Shazam.

the attractiveness of its online advertising spaces. Nevertheless, in view of the limited market share of the new entity (less than 10% with an increment of less than 5%), of the presence of powerful competitors holding large volumes and varieties of data, and of the fact that the readership of the parties was targeted (mainly female) and thus limited compared to generalist websites such Google or Facebook, the Autorité excluded the risk of horizontal effects created by the operation on that market¹¹¹.

Conclusion

The development of online sales is increasingly leading the Autorité to delimit relevant markets that include both offline and online sales when it is analysing the situation of competition between physical points of sale. Taking online activities into account in this way has led to the framework it uses for analysing markets being adapted in various manners, be it for calculating market share or for taking into account new characteristics of markets. Regarding market characteristics, while online activities appeared, for a long time, to be factors of intensification of competition, certain characteristics, conducive to limiting competition, such as network effects or the growing role of data, are increasingly frequently being emphasised. Consolidating online activities with offline activities then transposes the issues that are specific to online activities, and that are highlighted above, to the consolidated markets.

¹¹¹ Decision 18-DCC-63 of 23 April 2018 regarding the acquisition of sole control of Aufeminin by TF1, §§46-50.

2/ THE CONDUCTS OF OPERATORS FACED WITH THE DEVELOPMENT OF E-COMMERCE

The development of e-commerce can lead to commercial strategies being worked out with the aim of attenuating competition between the online and offline channels or within each channel. Operators who are present mainly offline can thus attempt to limit the development of online sales. In certain sectors, the regulatory framework can thus constitute an obstacle to growth of online sales. Finally, in certain sectors, online operators can also seek to attenuate the competition exerted both by online players and by traditional players.

The conducts likely to reduce the competitive pressure exerted by e-commerce

The study looks firstly at the price practices implemented by certain suppliers to limit competition from online sales, and then at the practices based on parameters other than prices.

PRICING CONDUCTS: IMPOSED RESALE PRICES AND DISCRIMINATION

When they are price-related, conducts aiming to attenuate competition from online sales can take mainly two forms. Firstly, suppliers can directly impose sales prices on the distributor; secondly, they can set wholesale prices that are differentiated according to sales channel (online or offline) or type of reseller (pure online players, pure brick-and-mortar players, or hybrid players active both in offline and in online sales) in order to make online sales less competitive.

Conducts aiming to impose resale prices

According to the European Commission's E-commerce Sector Inquiry, price restrictions and recommendations are the conducts that are by far the most frequently employed by suppliers with regard to online distributors. Indeed, 42% of the online distributors who responded to the questionnaire declared they were subjected to such restrictions or recommendations¹¹². Although price recommendations are lawful, certain distributors reported they had received constraining indications from their suppliers, such as being limited to a discount range (8% of the respondent retailers), having to apply the same price online and offline (7% of the respondent retailers), and having to apply a minimum price (5%) or imposed advertised prices (3%)¹¹³.

Also according to the Commission's inquiry, the motivations of the suppliers that lead them to wish to impose sales prices on their retailers are of various types¹¹⁴. In particular, the resale price may be a component of the brand image of a product, in particular for premium or luxury products. Furthermore, setting online resale prices would make it possible to avoid online sales becoming dominant over offline sales, in view of the frequently lower marketing and sales costs of online sales, compared with brick-and-mortar retailers, who are dissuaded from investing in presenting their products. Finally, such price restrictions can also make it possible for a supplier to avoid having to reduce its wholesale prices if the margins of the physical stores prove to be insufficient.

¹¹² Sector Inquiry by the European Commission, Staff Working Document, §334.

¹¹³ §557 of the above-cited Sector Inquiry.

¹¹⁴ §560 et seq. of the above-cited Sector Inquiry.

However, the European competition authorities consider that imposed sales prices are a restriction of competition “by object” that is contrary to Article 101, paragraph 1 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). In this regard, imposed sales prices cannot enjoy the automatic block exemption provided for in Article 4 of the block exemption regulation of 20 April 2010 of the European Commission¹¹⁵ and only an individual exemption may be granted if it is demonstrated by the undertaking in question that the imposed resale price generates efficiency-enhancing effects capable of outweighing the anticompetitive effects¹¹⁶. The development of online sales and particularly of pure online sales players can be particularly conducive to implementation of imposed resale prices (resale price maintenance or “RPM”): firstly such distributors are characterised by costs structures and sales strategies that are distinct from those of better established retailers, and that can lead them to charge prices lower than those observed in stores or with hybrid operators who are active both in brick-and-mortar retail and in online sales; and secondly, online sales lend themselves more readily than in-store sales do to monitoring of the prices charged by the distributors. But imposing a fixed or minimum resale price can be particularly disadvantageous for e-commerce insofar as price can be one of its main competitive advantages. Therefore, depriving online operators of the possibility of setting the price at a level lower than the one charged in stores could significantly restrict their capacity to stimulate competition. That

115 Commission Regulation (EU) No. 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices.

116 The Commission’s Guidelines on Vertical Restraints, §225.

practice can also be particularly disadvantageous for consumers who cannot therefore take advantage of the opportunities for low prices and for lively competition that online sales could generate.

Several decisions by the European Commission and by the Autorité de la concurrence illustrate implementation of this analysis framework. Recently, the Commission fined four manufacturers of consumer electronic products 111 million euros for using threats or sanctions (such as blocking supplies) to prevent their online distributors from charging prices lower than the recommended sales prices for widely used consumer electronic products such as hair driers, laptop computers, headphones, etc.¹¹⁷. The decision also emphasized that the use by the retailers of pricing algorithms taking into account the prices of their competitors could have increased the effect of the practices: according to the Commission, *“many, including the biggest online retailers, use pricing algorithms which automatically adapt retail prices to those of competitors. In this way, the pricing restrictions imposed on low pricing online retailers typically had a broader impact on overall online prices for the respective consumer electronics products”*¹¹⁸.

For its part, the Autorité de la concurrence has made several decisions against imposed online sales prices, concerning in particular the tableware and kitchen sector¹¹⁹, the

¹¹⁷ European Commission, 24 July 2018, Asus, Denon & Marantz, Philips, Pioneer, Cases AT. 40465, 40469, 40181 and 40182.

¹¹⁸ European Commission, Press Release of 24 July 2018.

¹¹⁹ Decision 17-D-01 of 26 January 2017 regarding practices implemented in the tableware and kitchen sector.

competitive pétanque boules sector¹²⁰, or indeed the sector of liquid fertilisers¹²¹. In the first of these cases, the practice was implemented through a biannual retail price scale that was sent by the manufacturer to its resellers and through an Internet Charter aimed at ensuring that “*the Internet retailers do not slash prices*” and urging “*the Internet retailer to comply with and apply as best it can, if possible, the recommended sales prices*” in order to reassure the brick-and-mortar retailers¹²². Non-compliance with that Charter led to breaking off of commercial relations.

In the second of those cases, Obut was fined, not for an anticompetitive agreement, but rather for abuse of its dominant position on the competitive pétanques boules market, for having constrained its resellers, in particular pure online sales players, to apply its recommended prices. The business in question had, in particular, put in place a system for monitoring prices, an employee of the company being, in particular, in charge of monitoring the prices charged by the various resellers on the commercial websites, and a series of sanctions, such as delaying or blocking deliveries, for uncooperative retailers¹²³.

120 Decision 17-D-02 of 10 February 2017 regarding practices implemented in the competitive pétanque boules sector.

121 Decision No. 18-D-26 of 20 December 2018 regarding practices implemented in the sector of marketing liquid fertilisers used in above-ground home farming; Decision No. 19-D-17 of 30 July 2019 regarding practices implemented in the sector of marketing liquid fertilisers used in above-ground home farming.

122 Above-cited Decision 07-D-01, §29.

123 Above-cited Decision 17-D-02, §53.

Finally, in two recent decisions¹²⁴, the Autorité de la concurrence fined businesses for vertical agreements on online resale prices in the sector of marketing liquid fertilisers used in above-ground home farming. In that sector, the producers and wholesalers in question participated in disseminating wholesale and retail prices to wholesalers and retailers, it being possible, in particular, for the retail prices to be disseminated by the wholesalers by them applying “recommended” retail prices on their online sales websites¹²⁵. Compliance with those resale prices was monitored both by the producers and by the wholesalers and coercive or retaliatory measures (e.g. in the form of pressure or blocking of suppliers) were implemented against wholesalers or retailers who do not comply with the imposed prices. As one of those decisions observes, price monitoring was facilitated by the Internet, which makes it easier than in a store to check that the prices charged by the retailers, and in particular those who sell online, correspond to the “reference” prices that are given to them¹²⁶.

Pricing differentiation between distribution channels

Suppliers can also apply different wholesale prices on different sales channels (i.e. online or offline), it being possible for such a price differential then to be passed on to the retail sales prices charged by retailers. Such price differentiation can have various objectives: in certain cases, the aim can be

124 Above-cited Decisions 18-D-26 and 19-D-17.

125 Above-cited Decision 18-D-26, §79, and Paris Court of Appeal, Judgement 19/03410 of 16 January 2020.

126 Above-cited Decision 18-D-26, §85, and Paris Court of Appeal, Judgement 19/03410 of 16 January 2020.

to encourage a distribution channel that is particularly important for the manufacturer by granting it preferential sales terms and conditions, conducive, for example, to making up for higher operating costs. Thus, when the operating costs of stores are higher than those of a website, a manufacturer might wish to grant preferential pricing conditions to store operators, in order to make up for the extra costs associated with selling the products in a store. But the aim can also be to disadvantage a sales channel whose characteristics do not correspond to the expectations of the manufacturer but which, despite that, is impossible for the manufacturer to do without. Thus, a manufacturer could consider that online sales do not correspond to the brand image it wishes to associate with its products, or could regret that websites exert over-significant competition with respect to other channels, while also being obliged to use that channel, be it for purely legal reasons (banning online sales being prohibited – *cf.* below), or because of the sales potential of that channel.

In its E-commerce Sector Inquiry, the European Commission distinguishes between two types of pricing discrimination in the context of e-commerce: firstly, the discrimination consisting in a supplier charging wholesale prices that differ depending on the type of distributor (pure offline players, hybrid players active both in offline and in online sales, and pure online players, for example); and secondly, the discrimination consisting in setting a price that differs depending on the resale channel (offline or online, for example), and known as “dual pricing”. As indicated by the Commission, price differentiation according to type of distributor is generally

considered to be a normal component of the competitive process; conversely, dual pricing is a hardcore restriction ¹²⁷.

- **Pricing discrimination between traditional players and pure online players**

In its opinion on e-commerce of 2012 ¹²⁸, the Autorité observed the existence of supply pricing conditions that were differentiated between pure online players and the other retailers. Indeed, *“as a general rule, click-and-mortar operators enjoy price terms and conditions that are more advantageous than those granted to pure online players. For certain products, the difference between a click-and-mortar operator’s resale below-cost threshold and a pure online player’s resale below-cost threshold can be as large as 10%”* ¹²⁹. This pricing differentiation can, in particular, be based on differentiated general sales terms and conditions, e.g. that make provision for a discount on the purchase prices of the products subject to having one or more physical sales outlets, or be based on commercial cooperation services that are mainly offered in stores rather than online. It may also result from the greater negotiating power of hybrid distributors who are active both in offline and in online sales, and whose volumes and negotiating power can exceed those of pure online players.

¹²⁷ European Commission Final Report on the E-commerce Sector Inquiry of 2018, Staff Working Document, §597: “Charging different (wholesale) prices to different retailers is generally considered a normal part of the competitive process. Dual pricing for one and the same (hybrid) retailer is generally considered as a hardcore restriction under the VBER”.

¹²⁸ Opinion 12-A-20 on the competitive functioning of electronic commerce, §216 et seq.

¹²⁹ Above-cited Opinion 12-A-20, §219.

The Autorité also observed that the pricing disadvantage suffered by the pure online players when purchasing the products wholesale did not generally prevent them from charging retail prices lower than those of hybrid operators active both in offline and online sales, due firstly to their lower operating costs, and secondly to their smaller margins¹³⁰. At the end of its analyses, the Autorité clarified its position on supply pricing differentiation between pure online players and the other types of players. It considered that *“such pricing differentiation is, in principle, liable to constitute an anticompetitive practice only insofar as it is employed by a business in a dominant position or results from a mutual agreement or “meeting of the minds” between economic operators”*¹³¹ and on condition:

- that the scale of the pricing differential can have anticompetitive effects, by limiting the competitive pressure that the pure online players are supposed to be able exert on traditional retailers; and
- that the pricing differential is not based on any objective justification that is related, for example, to volumes of sales or to services rendered by each distribution channel¹³² that could be grounds for an individual exemption for this practice.

130 Above-cited Opinion 12-A-20, §220.

131 Above-cited Opinion 12-A-20, §255.

132 The Autorité then assesses, in particular, whether 1) the considerations in exchange for which the discounts are granted to the traditional retailers and the services rendered by them actually exist; 2) the discounts and remunerations are proportionate to the services rendered; and 3) the discount system is beneficial to the consumers (Opinion 12-A-20 of 18 September 2012, §255 et seq.).

- Pricing differentiation aimed at the offline and online sales of one and the same retailer (dual pricing)

According to the Commission's Guidelines on Vertical Restraints, by incentivising the distributor to prefer one sales channel over another, dual pricing practice can constitute a restriction of passive sales by the distributor, and thus a restriction of competition by object. However, such a restriction can benefit from individual exemption¹³³. In particular, the Commission's Guidelines make provision for the possibility of justifying the practice, e.g. when *"selling online leads to substantially higher costs for the manufacturer than offline sales. For example, where offline sales include home installation by the distributor but online sales do not, the latter may lead to more customer complaints and warranty claims for the manufacturer"*¹³⁴. In such a case, the Commission would then examine whether the restriction is likely to limit online sales and hinder the distributor in reaching more and different customers. It would also examine whether the restriction is necessary and proportionate, it being observed that, according to the Commission's Guidelines, *"the supplier [may require], without limiting the online sales of the distributor, that the buyer sells at least a certain absolute amount (in value or volume) of the products offline to ensure an efficient operation of its brick and mortar shop (physical point of sales) (...) This absolute amount of required offline sales can be the same for all buyers, or determined individually for each buyer on the basis*

¹³³ Guidelines on Vertical Restraints of 10 May 2010, SEC (2010) 411 final, §52, d).

¹³⁴ Guidelines on Vertical Restraints, §64.

of objective criteria, such as the buyer's size in the network or its geographic location" ¹³⁵.

So far, the French competition authority has not encountered dual pricing practices, unlike the German competition authority ¹³⁶.

NON-PRICING CONDUCTS: CONDITIONS FOR INCLUSION OF ONLINE SALES WEBSITES INTO THE DISTRIBUTION NETWORK

Retailer's purchase or resale prices are not the only parameters through which suppliers can influence online resale of their products. Various restrictions of a non-pricing nature can thus be imposed on or negotiated with distributors for organising online sales. Suppliers can thus wish to oblige their distributors to use offline sales exclusively. They can also wish to ban resale of their products on a third-party platform (online marketplace) or impose other restrictions on their distributors such as banning them from being referenced on a price comparison tool. According to the above-cited Sector Inquiry of the European Commission, 18% of the distributors who responded to the European Commission's inquiry had been subjected to restrictions of sales on marketplaces, 9% to restrictions of use of online comparison tools, and 11% to restrictions of resale on their own website ¹³⁷.

135 Guidelines on Vertical Restraints, §52, point c).

136 See the contribution from Germany to the OECD roundtable of 2018, §20 et seq., and the press releases from the Bundeskartellamt of 23 December 2013 (relating to conducts employed by Bosch Siemens), of 28 November 2013 (relating to conducts employed by Gardena), and of 13 December 2011 (relating to conducts employed by Dornbracht).

137 European Commission, 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Commission Staff Working Document, SWD (2016)312 final, Figure B.36 §306.

Banning online sales constitutes a hardcore restriction of free competition

According to the Guidelines on Vertical Restraints¹³⁸, a distributor using a website for selling products constitutes passive selling, which is protected by Regulation 330-2010¹³⁹ and banning from selling over the Internet constitutes a “hardcore restriction”¹⁴⁰. When the Paris Court of Appeal sought a preliminary ruling from the Court of Justice of the European Union in the “Pierre Fabre” case (see below), the CJEU also ruled “that Article 101(1) TFEU must be interpreted as meaning that, in the context of a selective distribution system, a contractual clause requiring sales of cosmetics and personal care products to be made in a physical space where a qualified pharmacist must be present, resulting in a ban on the use of the internet for those sales, amounts to a restriction by object within the meaning of that provision where, following an individual and specific examination of the content and objective of that contractual clause and the legal and economic context of which it forms a part, it is apparent that, having regard to the properties of the products at issue, that clause is not objectively justified”¹⁴¹.

As shown by the number of decisions on this subject¹⁴², some of which are already old, the Autorité is watchful to apply this principle strictly and is attached to detecting and repressing this type of practice. For instance, in

¹³⁸ Guidelines on Vertical Restraints, 2010/C 130/01, § 52.

¹³⁹ Above-cited European Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010.

¹⁴⁰ Above-cited opinion 12-A-20, §§ 324-325.

¹⁴¹ CJEU Judgement C-439/09 of 13 October 2011, Pierre Fabre, point 47.

¹⁴² *cf.* for example Decision 18-D-23 of 24 October 2018 regarding practices implemented in the distribution of outdoor power equipment sector.

its Decision 08-D-25¹⁴³, the *Conseil de la concurrence* fined Pierre Fabre Dermo-Cosmétique 17,000 euros and ordered it to amend its contracts to allow its distributors to sell its products online. The Conseil considered that “*by imposing on its approved distributors a ban on selling products online, [the supplier] limits from the outset the commercial freedom of its distributors by excluding a means of marketing and selling its cosmetics and personal hygiene products. As a result, [it] restricts the choice of the consumers who wish to purchase over the Internet and prevents selling to end purchasers who are not located in the “physical” catchment area of the approved distributor*” (§57). The Conseil concluded that a clause of an agreement that bans the distributors of a cosmetics company from selling its products over the Internet constitutes a restriction of competition by object. That analysis was confirmed by the Court of Justice of the European Union¹⁴⁴, who was asked for a preliminary ruling on this point by the Paris Court of Appeal, and then by that Court of Appeal¹⁴⁵.

Nevertheless, even though they cannot benefit from the block exemption of Regulation 330/2010, vertical agreements including such a hardcore restriction can benefit from an individual exemption under Article 101, paragraph 3, of the EC Treaty. However, so far, neither the Autorité nor the Court of Appeal have granted any exemption relating to this type of practice. Thus, in its Judgement of 31 January 2013, the Paris Court of Appeal ruled that the efficiency improvements

¹⁴³ Decision 08-D-25 of 29 October 2008 regarding practices implemented in the sector of distribution of cosmetics and personal hygiene products sold on pharmaceutical advice.

¹⁴⁴ CJEU Judgement C-439/09 of 13 October 2011, Pierre Fabre.

¹⁴⁵ Paris Court of Appeal, Judgement of 31 January 2013, No. 2008/23812.

alleged by Pierre Fabre (guaranteed advisory service, prevention of counterfeiting, and prevention of free-riding) were not established. Thus, Pierre Fabre did not establish that a total ban on selling over the Internet was necessary for the consumer to enjoy the best possible advice, nor that absence of such a ban would substantially reduce the quality of the advice offered to the customer. In particular, the Court emphasised that a website could be arranged so that the customer had suitable information, possibly with a “hot-line” enabling the consumer to ask questions to a qualified pharmacist. Similarly, nothing made it possible to establish that banning selling over the Internet was conducive to preventing development of counterfeiting of the products in question, given, in particular, the selective nature of the distribution network in question, enabling the manufacturer to control the quality of the websites of the distributors reselling its products; neither was it demonstrated that, thanks to the restrictions, Pierre Fabre products were less counterfeited than those of their competitors that were sold online, certain competitors indicating, on the contrary, that presence of their products online via controlled websites would be an appropriate means of combating counterfeiting. Finally, the alleged risk of free-riding was limited, since the decision allowed selling online only by retailers who were members of the selective distribution network and who complied with the conditions for being approved for the network, including having physical points of sale at which pharmacists were present; neither was the risk of free-riding substantiated in concrete terms, in order to assess whether the price differentials between selling online and offline were actually

conducive to incentivising the consumer to prefer purchasing online in spite of the related delivery times ¹⁴⁶.

In keeping with this case law, the Autorité has, on several occasions, fined suppliers for having banned their distributors from selling their products online. For instance, in 2012, the Autorité fined Bang & Olufsen and ordered it to amend its selective distribution contracts for having banned its approved distributors, who were members of its selective distribution network, from selling hi-fi and home cinema products by mail order, that ban extending to include selling over the Internet ¹⁴⁷. In its judgement upholding that decision ¹⁴⁸, the Paris Court of Appeal also observed that Bang & Olufsen had not shown that the free-riding it had alleged to justify its practices could be avoided by alternatives that were less restrictive of competition than a total ban on selling over the Internet, in particular for products that were not very elaborate in the range of Bang & Olufsen products that did not require demonstrations to be given in-store. Furthermore, according to the Court of Appeal, nothing established that the Internet would not enable the products to be presented while respecting the Bang & Olufsen brand image. However, the Court of Appeal considered that, at the time of the practices (going back at least to 2001), the case law applicable in matters of banning selling over the Internet was not clearly set, since above-cited Decision 08-D-25 was not made until 2008, and only led to a Judgement of the Court

¹⁴⁶ Paris Court of Appeal, Judgement of 31 January 2013, No. 2008/23812, p. 18 et seq.

¹⁴⁷ Decision 12-D-23 of 12 December 2012 regarding practices implemented by Bang & Olufsen in the sector of selective distribution of hi-fi and home cinema equipment).

¹⁴⁸ Paris Court of Appeal, Judgement of 13 March 2014, No. 2013/00714 .

of Justice of the European Union in 2011; for that reason, it mitigated the seriousness of the practices, and reduced the amount of the fine from 900,000 to 10,000 euros ¹⁴⁹.

Similarly, the Autorité fined a business from the outdoor power equipment sector and ordered it to amend its selective distribution contracts for having, through its selective distribution system, implemented an unlawful anticompetitive arrangement consisting in banning, de facto, sale of the products from the websites of the distributors ¹⁵⁰. In that decision, upheld by the Paris Court of Appeal ¹⁵¹, the Autorité considered that while a manufacturer using a selective distribution system was justified by the hazardousness of the articles sold (chainsaw, brushcutters (string trimmers), etc.) and by the need for assistance and advice to preserve the quality of the products, to ensure they are used properly, and to guarantee that the users remain safe, requiring, in contracts signed with its commercial partners, that any order, even placed over the Internet, be handed over directly to the customer by the staff of the business with whom the order had been placed (either at the physical points of sale, or

¹⁴⁹ This uncertainty as to the applicable law and case law was also to be taken into account by the Autorité for setting the levels of fines in Decisions 18-D-23 (§§300-302) and 19-D-14 (§§181-182) also for bans on selling over the Internet. *cf.* below.

¹⁵⁰ Decision 18-D-23 of 24 October 2018 regarding practices implemented in the distribution of outdoor power equipment sector.

¹⁵¹ Paris Court of Appeal, Judgement of 17 October 2019, which did however reduce the fine from 7 to 6 million euros, since the Court considered that it could be deemed that Stihl had acted in good faith, in particular in view of an email from BKartA relating to its network complying with the competition rules, which mitigated the seriousness of the breach. An appeal against that judgement on points of law was filed by the enterprise in question before the Court of Cassation (French Supreme Court).

during a home delivery without going through a third-party service provider) amounted to banning, de facto, selling of its products from the websites of its distributors. Such restriction of distance selling that went beyond what was necessary for preserving the safety of both professional and lay users, would thus constitute a restriction of competition by object. Furthermore, the company in question could not benefit from a block exemption, insofar as the ban in question prevented resellers from using the Internet to satisfy demand from purchasers located in another catchment area, and should therefore be considered to be a ban of passive selling, i.e. a “hardcore” restriction in the sense of Regulation 330/2010. Finally, the restriction in question could not benefit from an individual exemption because it was neither required by the regulations on marketing of the products in question, nor applied by the competitors of the undertaking or by many DIY superstores. The characteristics of the products in question and of the advice on how to use them, in this case through videos, could appear online and nothing in the case tended to indicate that users not having had any direct contact with the resellers would be more prone to having accidents.

Likewise, in a Decision of 1 July 2019¹⁵², the Autorité fined various companies active in the sector of high-end bicycles for having banned their approved distributors from selling bicycles over the Internet. Those distributors were obliged to deliver the products ordered to the physical points of sale. The Autorité considered that that practice firstly constituted, de facto, a ban of online selling, and secondly went beyond what was necessary for preserving the safety of consumers

¹⁵² Decision 19-D-14 of 1 July 2019 regarding practices implemented in the sector involved in the retail of high-end bicycles.

with regard to the regulatory provisions governing marketing and selling of bicycles, and, finally, was not necessary for guaranteeing that advice was given in choosing or using the bicycle, it being possible, in particular, for such advice to be given online, via an enquiries service of the “hotline” type or via a “chat” service.

Under certain circumstances, and rather than going down a litigation route, the Autorité has accepted commitments proposed by businesses that their distribution contracts would include the option for distributors to sell online, either without any specific condition¹⁵³, or more specifically while subjecting such online selling to certain conditions in order to take account of specific circumstances. On the latter point, in its decision relating to the sector of distribution of hi-fi and home cinema equipment¹⁵⁴, the Conseil de la concurrence considered that the total ban on selling online or the conditions to which online selling was subjected for Bose, Focal JM Lab and Triangle products that were imposed on the approved distributors of those brands were excessive, in particular in view of the objectives pursued (preserving the brand image and the need to give advice to customers due to the highly technical nature of the products) and in view of the restrictions applying to the physical points of sale of the approved distributors. However, the Conseil considered that the commitments proposed by those companies, and consisting in authorising online selling, possibly subject to complying with various conditions, such as graphic codes and standards, the presence of a free information service and of an after-sales

153 Decision 07-D-07 of 8 March 2007, regarding practices implemented in the sector of distribution of cosmetics and personal hygiene products.

154 Decision 06-D-28 of 5 October 2006 regarding practices implemented in the sector of selective distribution of hi-fi and home cinema equipment.

service, or indeed, for very high-end products, a statement from customers acknowledging that they had been able to listen to the products and receive customised advice from an approved distributor in a store before purchasing them, put an end to the competition concerns raised. A supplier may, indeed, make rules specific to online selling of its products, provided that those rules are justified and not disproportionate and are not, in reality, equivalent to an absolute ban¹⁵⁵.

Finally, it should be remembered that the fact that undertakings may not ban their distributors from selling their products over the Internet, except where circumstances might justify an individual exemption under Article 101(3), does not stop them from limiting the use of that mode of distribution, in particular through selective distribution. In particular, an operator may refuse to approve as members of its selective distribution network businesses who distribute their products exclusively over the Internet, whenever objective justifications exist for choosing the selective mode of distribution and for the clauses that govern it, and whenever any restrictions resulting from it are proportionate to the objective pursued¹⁵⁶. We should thus point out that the Paris Court of Appeal dismissed the arguments of Showroomprivé in support of calling into question the requirement of distribution through brick-and-mortar outlets imposed by Coty on its selective distributors¹⁵⁷.

155 Decision 07-D-07 of 8 March 2007.

156 cf. the “Metro” and “Coty” Judgements of the Court of Justice of the European Union, respectively C-26/76 and C-230/16, and, for a summary of case law, Camous-Léonard E. et Combe E., “*La distribution sélective après l’arrêt Coty : éclaircissements et zones d’ombre*” (“Selective Distribution After the Coty Judgement: Clarifications and Grey Areas”), *Concurrences*, Issue No. 4, 2018.

157 Paris Court of Appeal, 28 February 2018, Showroomprive.com, 16/02263

Banning from referencing on marketplaces

Online marketplaces, such as those operated by Amazon, Cdiscount, or indeed 1001pharmacies which is a specialist marketplace, are intermediaries that facilitate transactions between the suppliers or distributors of a product or service and their purchasers, in particular by making it easier to compare the products and the prices. According to the above-cited European Commission Sector Inquiry, 35% of the European distributors who responded use such marketplaces (that figure was 30% for French distributors)¹⁵⁸.

While an absolute ban on online selling by a distributor generally constitutes a restriction by object, European case law and decision practice are less clear-cut on the issue of bans of referencing of products on marketplaces. For instance, in its Coty Judgement¹⁵⁹, the Court of Justice of the European Union ruled that a supplier of luxury products who used selective distribution could ban its approved distributors from selling the products on a third-party Internet platform if that restriction was based on objective criteria, applied uniformly to all of the resellers, and if it did not go beyond what was necessary for ensuring that the objectives of the selective distribution put in place by the manufacturer were complied with, that selective distribution being itself considered as appropriate for the products in question. In the case in point, the Court of Justice observed firstly that the ban was aimed to make sure that the products would be

¹⁵⁸ European Commission, 2016, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Commission Staff Working Document, SWD (2016)312 final, Figures B.55 §414 and B.60 §419.

¹⁵⁹ Court of Justice of the European Union, Press Release No. 132/17 Case C-230/16.

marketed and sold by approved distributors, in an environment controlled by them and making it possible to preserve their luxury image, and secondly that the ban applied only to platforms and not to all online sales, which were made mainly via the distributors' own online shops, which were not affected by the ban. It was then considered that the distribution network and its clauses, including the ban on referencing on marketplaces, complied with competition law.

As shown by the recent "Caudalie" Judgements of the Paris Court of Appeal and of the French Supreme Court¹⁶⁰, and above-cited Decision 18-D-23 pertaining to distribution of outdoor power equipment¹⁶¹, the same reasoning can apply to other categories of product, whenever the banning of referencing on marketplaces is not equivalent to a ban of selling over the Internet and is necessary for preserving one of the important characteristics or features of the products in question.

Furthermore, the Court of Justice of the European Union has ruled that since such a ban on selling on online marketplaces is not a "hardcore" restriction, any absence of necessity or of proportionality to the objectives of the selective distribution

¹⁶⁰ Paris Court of Appeal, 2 February 2016, eNova santé / Caudalie. Court of Cassation, commercial chamber, Judgement of 13 September 2017, 16-15067. Paris Court of Appeal of 13 July 2018, eNova santé / Caudalie.

¹⁶¹ In this decision, the *Autorité de la concurrence* considered that the ban on referencing on online marketplaces ordered by Stihl for its distributors was lawful because: i) the ban guaranteed that the products were indeed sold by approved distributors, thereby limiting the risk of counterfeiting and of lack of sufficient advice; ii) according to the European Commission's E-commerce Sector Inquiry, online marketplaces were used by only 31% of the respondent retailers, and there was nothing to indicate that marketplaces would be more necessary for online resale of outdoor power equipment than for online resale of other products (§§278-289).

or it being used in the absence of selective distribution does not, per se, make it contrary to the competition rules, provided that it can benefit from an exemption on the grounds of Exemption Regulation 330/2010¹⁶². As indicated by the Autorité in its contribution of 6 June 2018 to an OECD roundtable, “it is therefore only in the event that the conditions for the exemption regulation are not met, particularly the market share threshold condition, that the clause in question must be examined, while taking into account its content and objectives, as well as the economic and legal context in which it is used. In any event, the clause in question may qualify for an individual exemption on the basis of Article 101(3) of the TFEU¹⁶³.”

However, such clauses are not necessarily unlawful. For instance, in 2015, the Autorité opened an investigation into a ban imposed by Adidas on its online retailers, prohibiting them from being referenced on online marketplaces. During the investigation proceedings, Adidas decided to authorise use of online marketplaces, provided that they met certain qualitative criteria enabling them then to be approved by the manufacturer. As a result, the Autorité closed the investigation against Adidas France, while also indicating that it would make sure that the approved distributors did indeed benefit from access to the online marketplaces¹⁶⁴.

¹⁶² Court of Justice of the European Union, Press Release No. 132/17 Case C-230/16.

¹⁶³ Contribution from France to the OECD roundtable on the Implications of E-commerce for Competition Policy, 2018, §§65, 68, 69. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)58/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)58/en/pdf)

¹⁶⁴ Autorité de la concurrence, press release of 8 November 2015 on online selling.

Banning referencing on price comparison websites

Price comparison websites reference offerings of goods and services from retail websites and, by means of a comparison search engine specific to the comparator in question, enable users to search for and compare the offerings and, possibly, to access directly the offering of their choice on a referenced retail website. Such comparison websites can also give further information about the products, such as reviews by other users. According to the above-cited Commission Inquiry, 36 % of retailers in Europe use price comparison websites, and 67% of retailers in France use them.

As observed by the Commission in that inquiry¹⁶⁵, comparison websites can be beneficial to suppliers and/or to distributors, by improving the visibility of their brands and by enriching the information given to consumers. However, certain producers or distributors can fear that these tools focus excessively on the price dimension of the goods and services proposed, to the detriment of other criteria, such as luxury image, quality, style, or other characteristics of the products, and they therefore ban referencing of their products on price comparison tools. 10% of the retailers who responded to the E-commerce Inquiry of the European Commission indicated that their contracts with their suppliers included clauses restricting the use of comparators.

As the Commission indicates in that inquiry, while price comparison tools allow consumers to compare the offerings more easily and enable distributors to become known

¹⁶⁵ European Commission, Working Document accompanying the Final Report on the E-commerce Sector Inquiry on E-commerce, p. 166, see also the Report by the Competition and Markets Authority (CMA) on online comparison tools or “Digital Comparison Tools”, §1.14.

by a larger number of Internet users, they do not constitute a distribution channel that is distinct from the websites of the distributors since, in the majority of cases, they redirect Internet users to the website of the chosen retailer. as a result, an absolute ban on use of such comparison tools could be less justified than an absolute ban on use of online marketplaces, and could constitute a hardcore restriction of competition by restraining the use of the Internet as a sales channel. However, manufacturers may require communications by retailers about their products to meet a certain quality standard, both online and offline, and the Exemption Regulation thus authorises them to define qualitative criteria that the comparison tools must satisfy in order to be used by retailers ¹⁶⁶.

So far, there have been few decisions by the European competition authorities concerning bans on referencing on online comparison tools. In the Asics case ¹⁶⁷, the Bundeskartellamt considered that the selective distribution system put in place by Asics in late 2012, and that, in particular, restricted the possibility for resellers of cooperating with price comparison websites, constituting a restriction of competition by object contrary to Article 101, paragraph 1, of the TFEU. In 2017, the German Federal Court of Justice upheld the decision of the Bundeskartellamt and ruled that any absolute ban on the use of online comparison tools that was not linked directly to quality requirements was illegal ¹⁶⁸.

166 cf. European Commission, Final report on the E-commerce Sector Inquiry, §500 et seq.

167 Bundeskartellamt, Case Summary, Unlawful restrictions of online sales of Asics running shoes, Decision B2-98/11, published 25 January 2016.

168 Bundeskartellamt, Press Release, ASICS dealers allowed to use price comparison engines – Federal Court of Justice confirms Bundeskartellamt’s decision, published on 25 January 2017.

Regulatory frameworks that are sometimes dissuasive for online selling

The conducts of businesses are not the only factors that sometimes constrain or hold back the development of online sales. In some sectors, state regulations can also limit the use of this sales channel by businesses, thereby reducing consumer choice, competition between operators and opportunities for operators to develop. It is therefore important to assess both how well founded and how proportional the restrictions on Internet sales instituted by such regulations are. Furthermore, certain forms of online selling can lead to new players appearing and can stimulate competition on traditional markets. But, placed under different conditions, such new players have sometimes benefited from conditions that are more advantageous, in terms of regulations. Therefore, in certain cases, the development of online sales that can lead to competition between regulated services and non-regulated services can also make it necessary to adapt the regulations. These various issues can be approached through the example of two sectors, namely public individual passenger transport, in which the development of online sales appears very significant, and the sector of retail distribution of medicinal products, in which online sales currently remain very marginal, in particular due to regulatory constraints.

THE EXAMPLE OF INDIVIDUAL PASSENGER TRANSPORT

In the public individual passenger transport sector, the regulatory framework has had to adapt to the rapid growth of the chauffeur-driven private hire vehicle (PHV) sector (known as the “VTC” or “véhicule de transport avec chauffeur” sector in France), whose offering is essentially rolled out via online applications. This adaptation had two objectives: firstly to regulate competition on the pre-book market between the “traditional” operators, i.e. the “hackney carriage” taxis, and the public hire vehicles, and secondly to reassert the legal monopoly of taxis on the “plying for hire” or “hail and rank” market ¹⁶⁹.

Thus, the French Government confirmed the legal monopoly for taxis on the “plying for hire” market, i.e. on the “hail and rank” market, Decree 2013-690 of 30 July 2013 making it obligatory to pre-book PHV services. Similarly, a particular provision of French Law No. 2014-1104 of 1 October 2014 on taxis and private hire cars banned “electronically plying for hire”, i.e. banned a PHV driver from informing a customer of the location and availability of a vehicle prior to booking when that vehicle is located on a street open to public traffic. Conversely, the Autorité has, on several occasions, recommended excluding provisions that exceed the objective of legitimately protecting the hail and rank market, such provisions frequently resulting in artificially degrading the quality of PHV services and of the online applications that market and sell them. For instance, French Decree No. 2013-1251 of 27 December 2013, which established a minimum lapse of time between a booking

¹⁶⁹ i.e. the market corresponding to picking up customers on streets open to public traffic without pre-booking.

and a customer being picked up by a PHV, received a negative opinion from the Autorité de la concurrence. The Autorité considered that the measure in question was not justified by protecting the monopoly of taxis on the hail and rank market and indeed was contrary to the public order objective of keeping traffic moving. Although that opinion was not followed by the French Government, the measure in question was suspended by the judge responsible for dealing with urgent matters¹⁷⁰. Subsequently, that provision was annulled by the French Administrative Supreme Court which, ruling in administrative proceedings brought to set aside an administrative decision, considered that *"the Government was not authorised to add new conditions to the regulations on PHVs that would restrict their activity"*¹⁷¹. Similarly, above-cited French Law No. 2014-1104 of 1 October 2014 on taxis and private hire cars also established the obligation for PHV drivers to return to their base or to a place off the streets after completing a ride. That obligation brought reservations from the Autorité as to its effectiveness with regard to the objective of combating illegal plying for hire, the Autorité emphasising both the heavy constraint that the obligation imposed on PHVs and on the online applications marketing and selling their services, and also the complexity of monitoring whether it was being implemented properly.

In parallel, the French Government endeavoured to institute a regulatory environment making it possible to secure fair competition between taxis and PHVs on the pre-book market.

¹⁷⁰ Ordinance dated 5 February 2014.

¹⁷¹ Conseil d'Etat (French Administrative Supreme Court) dated 17 December 2014 relating to the French Decree on Private Hire Vehicles (PHVs, known as "VTC" in French).

The Autorité welcomed the regulatory amendments making it possible to level out the competitive playing field between taxis and PHVs. For instance, regarding the introduction of a professional examination for PHV drivers, Opinion 14-A-17 of 9 December 2014 of the Autorité de concurrence concerning a draft decree on public individual passenger transport welcomed the removal of the obligation for formal training of 250 hours for PHV drivers (Article D.231-7 of the Code du Tourisme (French Tourism Law Code)), that obligation not applying to taxi drivers, and the replacement of the initial examination with an examination similar to the one that taxi drivers have to take¹⁷². The French Government also authorised taxis to use prices and booking means comparable to those used by PHVs. Opinion 15-A-07 of 8 June 2015 of the Autorité thus welcomed the government initiative to allow taxis to charge fixed fares for rides between the Paris airports and Paris, and fixed call-out fees, in a context of competition with PHVs. Furthermore, in its Opinion 15-A-20 of 22 December 2015, the Autorité gave an opinion in favour of the authorities setting up a platform called “Le.taxi” centralising the offerings of taxis on the hail and rank market.

¹⁷² This argument was taken up by the Autorité in its Opinion 17-A-04 of 20 March 2017 in which it recommended that the French Government harmonise the examinations for access to the comparable professions of private hire car drivers (VTC), private hire motorbike or three-wheeler riders (moto-pro), and private hire minibus or people carrier drivers (LOTI légers).

THE EXAMPLE OF RETAIL SALES OF MEDICINAL PRODUCTS

In the sector of retail sales of medicinal products, the Autorité has, on several occasions, recommended relaxing the conditions for online selling of over-the-counter (OTC) medicinal products¹⁷³. Indeed, it results both from the “Doc Morris” Court of Justice Decision of 11 December 2003¹⁷⁴ and from Directive 2011/62/EU of 8 June 2011 that Member States of the European Union must allow online sales by dispensing pharmacies of this type of medicinal product. Now, although that European directive was transposed into French law in 2012¹⁷⁵, several regulatory provisions of regulations made subsequently¹⁷⁶, appear not to be justified by public health considerations and continue to hold back the development of online selling by French pharmacies. In particular, the Ordre national des pharmaciens (French General Pharmaceutical Council) frequently indicates that it fears online sales will encourage overconsumption or misuse

173 Opinion 13-A-12 of 10 April 2013 regarding a draft regulation from the French Ministry for Social Affairs and Health on good practice in dispensing medicinal products online; Opinion 16-A-09 of 26 April 2016 regarding two draft regulations on e-commerce of medicinal products; Opinion 19-A-08 of 4 April 2019 regarding the sectors of non-hospital distribution of medicinal products and of private chemical pathology.

174 CJEC Judgement of 11 December 2003, *Deutscher Apothekerverband* C-322/01, Rec. 2003 p. I-14887.

175 Ordinance 2012-1427 of 19 December 2012 relating to reinforcing the security of the medicinal product supply chain, to regulating online sale of medicinal products, and to combating falsification of medicinal products

176 Regulation of 20 June 2013 relating to good practice in dispensing medicinal products online (annulled), then the regulations of 28 November 2016 relating to good practice in dispensing medicinal products in pharmacies and relating to the technical rules applicable to medicinal product e-commerce websites.

of medicinal products through lack of appropriate advice, and the risk of counterfeiting, and lead to possible loss of turnover¹⁷⁷.

In its Opinions 13-A-12¹⁷⁸ and 16-A-09¹⁷⁹, the Autorité considered that “good practice” as regards marketing and selling medicinal products online as defined by draft regulations were frequently so restrictive that they deprived selling medicinal products online of any interest, to the detriment both of the consumer patient and of the pharmacists, and did so without being justified by public health considerations. Although some of the recommendations of the Autorité have been taken into account, it nevertheless remains that the regulatory framework for online selling of medicinal products is highly constraining¹⁸⁰.

177 See the contribution from the Ordre national des pharmaciens (French General Pharmaceutical Council) to the sector inquiry of the Autorité de la concurrence on the functioning of competition in the sectors of non-hospital distribution of medicinal products and of chemical pathology (source: <http://www.ordre.pharmacien.fr>)

178 Above-cited Opinion 13-A-12. The final regulation took on board some of the recommendations of the Autorité but was annulled by the French Administrative Supreme Court (Conseil d'Etat) on 16 March 2015 due to it exceeding the scope of authorisation conferred by law and due to it not being notified to the European Commission. *cf.* CE (Conseil d'Etat) 16 March 2015 Requests Nos. 370073, 370721, 370820, M A, société Gatpharm SELAREL Tant D'M.

179 Above-cited Opinion 16-A-09.

180 *cf.* Above-cited Opinion 19-A-08.

Thus, beyond the restriction of online sales being restricted to OTC medicinal products ¹⁸¹, and beyond the obligation of having the online sales website anchored to and secured by a brick-and-mortar dispensing pharmacy ¹⁸², those restrictions being deemed to comply with European law by the French Administrative Supreme Court ¹⁸³, the current regulations impose a series of bans and obligations liable to discourage online selling of OTC medicinal products by pharmacies, namely, in particular the ban on using storage premises remote from the pharmacies ¹⁸⁴, the ban on paying to reference the website on price comparison tools or on search engines, the ban on grouping pharmacies together on a joint website, the obligation to appoint an assistant pharmacist for each new slice of 1.3 million euros of turnover, regardless of the nature of the products sold (including, therefore, if the products are cosmetics, hygiene & personal care or health & beauty products), the limitation on the content of newsletters that can be sent by the online sales websites that is limited to only information coming from the health authorities, or indeed the ban on hypertext links to other pharmacy websites (including to websites belonging to the dispensing pharmacy who is the holder of the website being used).

181 Article L. 5125-34 of the French Public Health Code (Code de la Santé Publique).

182 Articles L. 5125-34, 35, 27 and 38 of the French Public Health Code.

183 Decisions 370072, 370721 and 370820 of 16 March 2015 of the Conseil d'Etat.

184 In particular, such a provision requires pharmacies located in the centres of towns and cities to have large storage premises in the town/city centre, which is almost impossible (Article R. 5125-8 of the French Public Health Code).

Various observations substantiate the scale of the impact of these obstacles on the development of online sales of medicinal products in France¹⁸⁵. Although growing, the proportion of pharmacies having online sales websites and the proportion of sales of OTC medicinal products via that channel out of total OTC sales remain very low (respectively 1.6% and 1%). This low development of online sales contrasts with the development of this activity in other European countries, where online operators are more developed including operators who are active on the French market. The French share in online OTC sales in the European Union is only 3%, as against 34% for Germany (where 6% of the pharmacies have online sales activities and where online sales represent 12% of the OTC sales market), and 45% for the United Kingdom.

Furthermore, the risks put forward to justify very restrictive regulations on online selling of medicinal products do not appear to be substantiated. For instance, the figures put forward by France's General Pharmaceutical Council (Ordre national des pharmaciens) on the increased risk of market penetration by counterfeit medicinal products concern, in reality, medicinal products purchased on illegal websites. In addition, overly strict online selling conditions that limit the development of this distribution channel can, paradoxically, facilitate the development of unauthorised websites, which are more likely to sell counterfeit medicinal products.

To remedy this situation, the Autorité has made several recommendations, such as, for example:

- Relax regulations on communications and advertising relating to online selling: allow online websites to use

¹⁸⁵ *cf.* above-cited Opinion 19-A-08.

pay referencing and pay price comparison tools, broaden the scope of information that can be passed on in newsletters sent to customers, enable the website of one pharmacy to include a link to another pharmacy, relax the ban on “enhancer devices” (bold characters and large, flashing characters, etc.).

– Rationalise the economic model of French cyber-pharmacies: allow dispensing pharmacies to group together and consolidate their offering via a common or joint website, explicitly make provision for it to be possible for pharmacy websites to use platforms for selling medicinal products online, allow pharmacists to use storage premises remote from their pharmacies, apply a criterion more relevant than overall turnover of the pharmacy for setting the number of pharmacists to recruit, in particular for taking account of the sales of hygiene, personal care, health and beauty products that do not need the same level of advice.

– Finally, clarify the regulations applicable to foreign operators, in a context in which the communications and good practice requirements were defined with regard to national operators while their applicability to foreign operators remains imprecise. Indeed, as the Autorité notes in its opinion, apart from one article of the French Public Health Code¹⁸⁶, French legislations and regulations do not specify what applies to operators located in other Member States

186 According to Opinion 19-A-08 of the Autorité, Article L. 5125-40 of the French Public Health Code merely specifies “that a person legally authorised to sell medicinal products to the public in the EU Member State in which it is located may sell online, to a person residing in France, over-the-counter medicinal products only, and must comply with the legislation applicable to medicinal products marketed and sold in France”.

of the EU and selling medicinal products in France¹⁸⁷. Such legal insecurity could dissuade certain foreign players from venturing onto the French market for online distribution of OTC medicinal products or, conversely, give such players an advantage over French operators.

Conducts likely to distort competition between online sales operators

Conducts aimed at reducing the competitive pressure exerted by e-commerce on offline commercial activities are not the only ones that can raise competition concerns. Certain practices can also aim to limit competition between online operators, either by reducing their incentives to

187 On this point, a request for a preliminary ruling had been submitted to the Court of Justice by the Paris Court of Appeal (CA Paris, 28 September 2018, RG 17/17803) in order to determine whether a Member State can impose specific rules concerning advertising applicable to cyber-pharmacies on pharmacists who are nationals of another State of the European Union. The Advocate General, in his opinion of 27 February 2020 (CJEU, opinion, 27 February 2020, Case C-649/18, A vs Daniel B, UD, AFP, B and L), considered that, as regards the restrictions related to physical advertising, that Article 34 TFEU does not preclude a regulation from a Member State that bans advertising for services providing online selling of medicines supplied by a pharmacy located in another Member State “provided that such regulation is necessary and proportionate to achieving the objective of protecting the dignity of the profession of pharmacist, this being a matter for the referring court to verify”. As regards the restrictions relating to digital advertising (ban on posting of promotions on the websites of the service provider, ban on paid referencing, obligation to answer a questionnaire first), he considered that Article 3 of European Directive 2000/31/EC required the destination Member State to have notified the Member State in which the service provider is located and the European Commission “of its intention to apply the regulation in question to the same service provider, this matter being for the referring court to verify”, and that the said Article 3 of European Directive 2000/31/EC also required that such application be “appropriate and necessary for protecting public health, this matter being for the referring court to verify”.

compete with one another, or by excluding or preventing the development of competing online operators. In the light of the decisions taken by the Autorité de la concurrence, such strategies have, so far, been rarer than those aiming to limit competition from online sales: indeed, they can be difficult to implement because online operators are often new entrants and are therefore more focused on developing rather than on freezing positions they have already acquired. Competition with offline commerce can also reduce the incentives for an online operator to exclude its competitors: even if online competition would be reduced, offline competition would continue to keep high competitive pressure on e-commerce. However, it can happen that the level of development of online operators, including on purely digital markets, is sufficiently high for them to have an incentive to limit competition between them or to exclude their competitors. This applies to hotel booking platforms and to the “broad” price parity clauses that they have used. Furthermore, excluding online operators can enable hybrid operators who are present mainly offline to reduce the competitive pressure from e-commerce on their offline activities while also keeping for themselves the biggest share of the online sales channel. Thus, various incumbent operators have, in the past, attempted to enable their online services to benefit from their particular position on a related offline sector. Finally, as the online activities shake off and cut themselves off from the competition from offline activities, the digital operators will be increasingly incentivised to reduce the competition between them and able to do so, with, in certain cases, anti-competitive conducts that have been little analysed in the offline world.

THE CASE OF PARITY CLAUSES IN THE HOTEL BOOKING PLATFORM SECTOR

The development of online sales has been accompanied by a boom in various types of intermediaries between those offering goods and services and their customers. In the sector of hotel booking, in which online sales have rapidly become dominant over brick-and-mortar travel agent sales, hotel booking platforms thus make it easier for any particular hotel demand to meet the corresponding hotel supply, by enabling consumers to choose the hotel that suits them best and enabling accommodation suppliers to become known to consumers more easily. The hotel booking platform is then remunerated by receiving a commission, which is most often deducted from the accommodation suppliers when a transaction is agreed between a customer and a hotel who subscribes to the platform.

In 2015, in a matter referred to it by the main French hotel trade associations and the Accor Group, the Autorité had to examine the lawfulness of the price parity clauses imposed by Booking.com on the hotel operators referenced on its platform for booking hotel rooms online¹⁸⁸. Those parity clauses, which are of the “broad” type, prohibit the hotel operators, on their own sales channel or on a platform other than Booking.com, from

188 Decision 15-D-06 of 21 April 2015 regarding practices implemented by Booking.com B.V., Booking.com France SAS and Booking.com Customer Service France SAS in the online hotel booking sector. A complaint had also been filed in 2013 against Expédia and HRS, which are hotel booking platforms in competition with Booking.com but which have significantly smaller market shares in France. However, the French law known as the “loi Macron” (“Macron Law”) coming into force in 2015 and banning the use of any price parity clauses, and the way such clauses were dealt with by other European competition authorities led to those complaints being dismissed by the Autorité (Decision 19-D-23 of 10 December 2019) regarding to practices implemented in the online hotel booking sector).

charging a price per night that is more advantageous than the price offered on Booking.com, or from proposing more nights on their own sales channel or on platforms competing with Booking.com than on Booking.com.

Such parity clauses can produce various anticompetitive effects. Firstly, they dissuade the booking platforms from lowering their commission, because such a reduction will not necessarily enable the hotel operators to lower their retail price on the platform that is lowering its commission, since the hotel operators are constrained by the parity clauses they have signed with the other platforms. Conversely, if a platform considered as being a must-use one by the hotel operators decides to increase its commission, it will not have to fear its customer base massively switching to another, competing platform if the contracts between it and the hotel operators include a price parity clause, since the hotel operators will not necessarily be able to increase the prices per night for sales made on that platform. Similarly, the hotel operators cannot open up a higher number of nights to booking on the platform that proposes the lowest commission to them, which, once again, dissuades the platforms from decreasing their rates. Secondly, the parity clauses will prevent any new platforms from becoming known by charging lower commission rates, because such low rates cannot result in room prices that are lower than on the incumbent platforms¹⁸⁹.

But price parity clauses can possibly meet pro-competition objectives. Firstly, they could reduce the “risk of free-riding” or “parasitism” of certain platforms by competing platforms or by the hotel operators themselves. Indeed, empirical data

¹⁸⁹ Contribution from France to the OECD roundtable on the Implications of E-commerce for Competition Policy, June 2018, §§75-77.

demonstrates the acute price sensitivity exhibited by consumers in this sector¹⁹⁰. A hotel operator could then set a lower price on its own website than on the booking platform in order to attract customers and thereby avoiding paying over a commission to the platform, even though the platform has enabled the consumer to identify the hotel by means of the various features on the platform that are more or less elaborate. Ultimately, such “free-riding” could dissuade the platforms from making the investments necessary for correctly informing the consumers about the characteristics of the hotels presented. Price parity clauses could also reduce the cost for the consumer of prospecting and thus intensify competition between hotels (rather than between platforms): by making the online and offline prices uniform, since such clauses offer the consumer better visibility on the price and availability of rooms in hotels, thereby making it easier to put the various hotels in competition with one another.

Depending on the sectors, such efficiency gains can be more or less marked. For example, the prospecting costs could be relatively low in the hotel sector, without parity clauses being particularly necessary for further reducing them by instituting prices per night that are uniform across all of the platforms¹⁹¹. Thus, according to the European Commission, parity clauses should be examined on a case-by-case basis¹⁹².

190 Contribution from France to the OECD roundtable on Across Platform Parity Agreements, 12 October 2015, §49.

191 Contribution from France to the OECD roundtable on Across Platform Parity Agreements, 2015, §§59-60.

192 European Commission, Final Report on the E-commerce Sector Inquiry, Working Document, 2017, §623.

In the case of hotel booking platforms, after the inquiry conducted in cooperation with the Italian and Swedish competition authorities, the French competition authority accepted the commitment from Booking.com to replace the “broad” parity clauses with “narrow” parity clauses, only applying to the prices charged over the hotel’s online channel excluding loyalty programmes. By virtue of these commitments, hotel operators can thus propose prices lower than those posted on the Booking.com website on platforms competing with Booking.com. Furthermore, it is possible for them to advertise lower prices on their offline channel and to offer their customers the possibility of benefiting from their loyalty programme. Finally, hotels are free to allocate to Booking.com a number of nights that is lower than the number proposed to other platforms and/or on their own channels. Such measures should make it possible to limit the reticence of the platforms to propose improved conditions to the hotel operators, e.g. through a reduction in the amount of the commissions.

In its assessment of the effectiveness of the commitments that it published on 9 February 2017¹⁹³, the Autorité reported methodological difficulties encountered for assessing their effects, in particular taking into account the 2016 Paris tourism context related to the terror attacks, and the fact that the commitments came into effect at the same time as the “Macron Law”, which banned parity clauses both broad and narrow. However, it observed a certain differentiation between the prices proposed by the same accommodation on different online booking platforms, which could attest to the effect of the commitments on the conducts of the hotel

¹⁹³ https://www.autoritedelaconurrence.fr/sites/default/files/bilan_engagements_booking_final_9fev17.pdf

operators. However, that increased differentiation, if indeed it is established and related to the commitments having been made, has not led to any substantial changes in the market shares of the booking platforms, in the quality of their offerings, or in their levels of commission. Similarly, in the report by the European Competition Network (ECN) on the same topic¹⁹⁴, converting broad parity into narrow parity made it possible to differentiate between the prices per night charged by hotels in eight out of the ten participating Member States, without that leading to a reduction in the commission rates.

EXCLUSIONARY PRACTICES EMPLOYED BY DOMINANT OPERATORS TO DEVELOP ONLINE

Article 102 of the TFEU prohibits anticompetitive exclusionary practices by dominant undertakings, i.e. hampering or eliminating “*effective access of actual or potential competitors to supplies or markets*”¹⁹⁵. On this basis, the European competition authorities have the task of detecting, correcting, handing down penalties for and/or dissuading attempts by dominant undertakings to exclude incumbent competitors or to prevent potential competitors from entering a market.

The attention thus paid to exclusion or foreclosure risks may be particularly necessary in the context of the digital economy. On such markets, network effects can frequently hamper the development of new entrants, who, due to their small

¹⁹⁴ ECN, Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU competition authorities in 2016, 6 April 2017, http://ec.europa.eu/competition/ecn/index_en.html, §§11 to 14.

¹⁹⁵ European Commission, Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, §19.

market shares, do not have the inputs (number of suppliers of offerings, number of customers, richness of data, etc.) necessary for being attractive. The same network effects can also lead to situations of dominance, in which an operator who performs very slightly better than its competitors can, thanks to such network effects, acquire a very significant advantage over its competitors (i.e. a “winner takes all” situation).

But cases of abuse of a dominant position can result from factors other than network effects. In this regard, various decisions or opinions of the Autorité observe that incumbent or historic old monopolies are likely to commit abuse of a dominant position since they can use their positions and their offline advantages to develop swiftly online, to the detriment of other online operators.

For instance, in its opinion relating to the online gambling and gaming sector¹⁹⁶, the Autorité identified various means by which a historic monopoly (like La Française des Jeux (FDJ) for lotteries and sports betting at physical points of sale or PMU for horserace betting at physical points of sale) can abuse its position on the offline market to win over the online market: using awareness of it and its reputation related to its historic activity to develop on the online market, cross-subsidisation between the activities carried on under the monopoly and the activities open to competition (e.g. if the physical points of sale promote the online activity of the historic monopoly or if advertising campaigns target online and offline activities without distinction), and pooling or “mutualisation” of the total amount of the bets

¹⁹⁶ Opinion 11-A-02 of 20 January 2011 regarding the online gambling and gaming sector, §178.

placed offline and online¹⁹⁷. In response to these competition concerns, the Autorité made a series of recommendations aimed at organising a genuine separation between the online and offline activities, in particular:

- compile distinct databases for online and offline activities and set up a commercial separation between the operator’s structures that are dedicated to these two activities;
- use distinct trading names and brands for the two activities, as FDJ did when it launched its online betting brand Parionsweb and its online sports betting brand Parionssport;
- more generally, separate the two types of activity, with the resulting separation being “legal, physical, accounting, financial, and commercial”¹⁹⁸, so that, for example, it is possible to identify in-house financial transfers between the online and the offline activities; and
- as regards horserace betting, set up conditions for access to the horseracing information necessary for organising betting (such as race programmes, horses and jockeys running, and official results) that are transparent and non-discriminatory for competitors.

Subsequently, the Autorité also accepted commitments proposed by PMU aimed at separating the sum total or “pool” of its bets registered online from the sum total or “pool” of its bets registered at physical points of sale¹⁹⁹. However, in 2020, the Autorité handed down a penalty for non-compliance

197 By making it possible to assign a fraction of the total amount of the bets placed offline to the online activity, this pooling or “mutualisation” enables the business implementing it to reward the winners of online gambling/gaming better than its competitors who are present offline only.

198 Above-cited Opinion 11-A-02, §175.

199 Decision 14-D-04 of 25 February 2014 regarding practices implemented in the sector of online betting on horseracing.

with some of those commitments, in particular as regards “separating its pools of “brick-and-mortar” bets from its pools of online bets for foreign races under a partnership for a joint pool between PMU and various foreign operators”²⁰⁰.

Similarly, in the rail transport sector, a travel agency complained to the Autorité that the SNCF (France’s rail operator) proposed advantageous commercial conditions to its own travel agency and subsidiary and subsidiary Voyages-SNCF.com²⁰¹. More precisely, in the context of cooperation between travel agents and the SNCF, the travel agents had access, via the Ravel and WDI interfaces, to the Résarail database, which is also the main computerised booking system for the SNCF, in exchange for payment of an access fee. They then received a commission for the ticket sales service. In this context, the Autorité considered that various practices of the SNCF were liable to pose competitive risks. Thus:

- the financial consideration (remuneration) applied to Voyages-SNCF.com and to the competing travel agencies was differentiated, in particular through an agency and commission mechanism that was highly complex, to the detriment of the competing travel agencies;
- the commercial and technical strategies of the travel agencies could potentially be known to voyages-sncf.com, given the absence of a clear separation with the SNCF subsidiary that was assigned to receiving the requests for access to Résarail; and

200 Autorité de la concurrence, press release of 7 April 2020.

201 Decision 14-D-11 of 2 October 2014 regarding practices implemented in the train ticket distribution sector. cf. also Decision 09-D-06 of 5 February 2009 regarding practices implemented by SNCF and Expédia Inc in the sector of online travel sales.

– the price information provided by the website SNCF.com did not contain the timetable and referred the customers systematically to the Voyages-SNCF.com website, thereby unduly procuring traffic for that website.

The SNCF proposed commitments for mitigating the anti-competitive effects likely to be generated by those practices. Firstly, the competitor travel agencies would be granted financial consideration conditions similar to those applied to Voyages-SNCF.com and would have access to the entire offering of transport of the SNCF, including Idtgv or Ouigo. Secondly, the SNCF would reorganise itself so as genuinely to separate Voyages-SNCF.com from the subsidiary in charge of access to the ticket dispensing system for the travel agencies. Finally, the SNCF website would henceforth separate the timetable information function from the booking function in order to remedy the issue of customers being referred automatically to its own commercial website. The Autorité considered that those commitments sufficed to address the competitive concerns raised in the case, and closed the litigation proceedings.

THE DIVERSITY OF THE PRACTICES THAT CAN BE IMPLEMENTED BY OPERATORS WHO ARE ACTIVE ONLINE

As indicated above, it is probable that as the online sales and services sector becomes more structured, certain businesses will have the capacity and the incentives to reduce competition in it and/or to exclude some of their competitors from it. The price parity clauses to which the competition authorities put an end in 2015, are thus likely to produce significant anticompetitive effects only when the hotel booking platforms have sufficient market power with the hotel operators (without which the hotel operators would refuse such

clauses), which presupposes that the more traditional travel agencies or the direct sales channels of hotel operators are no longer or only to a small extent able to compete with them. In its commitments decision, the Autorité thus took care to emphasise the specificity of the services offered by booking platforms to hotel operators, and in particular the incapacity of hotel operators to make themselves visible on the Internet, either by themselves, or through some other channel (search engines, or metasearch engines)²⁰². Similarly, the exclusivities required by Vente-privee.com of its suppliers in the online sales event sector are likely to be detrimental to suppliers and/or consumers only if the structuring of the sector is such that they do not have any other channels via which to access sales of comparable products at low prices. For this sector, unlike what it observed in the online hotel booking sector, the Autorité considered that the offline sales channels, through sales and factory outlet stores in particular, competed sufficiently with the online sales channels, so that the conducts employed by Vente-privee.com were unlikely to generate an anticompetitive effect²⁰³.

The many recent reports concerned with how significant certain digital operators are becoming²⁰⁴ show that, increasingly, certain online services have specificities such that it would henceforth be illusionary to consider that offline operators can

202 Decision 15-D-06 of 21 April 2015 regarding practices implemented by Booking.com B.V., Booking.com France SAS and Booking.com Customer Service France SAS in the online hotel booking sector, §§100-101.

203 Decision 14-D-18 of 28 October 2014 regarding practices implemented in the online sale event sector, §§113-115.

204 See, for example, the “Furman” Report, *Unlocking Digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, March 2019 or *Competition Policy for the Digital Era*, report for the European Commission, 2019.

compete with them. The significance of economies of scale and of experience, the direct and indirect network externalities, and the mass of data acquired by such digital operators through their various activities can lead some of these online service operators to be able, in certain hypotheses, to adopt conducts without being subjected to the constraints of online competition. Such operators could therefore increasingly adopt conducts likely to be detrimental to competition.

In this regard, the decisions made by the competition authorities with regard to online operators show that there are a wide range of practices that can be deployed to restrict competition in the field of online selling. In particular, online operators can employ exclusionary abuse practices, e.g. by using network effects to prevent the emergence of competitors, and exploitative abuse practices. As regards exclusionary abuse, it can involve exclusivities implemented by a dominant operator, possibly backed up by contractual systems similar to those used offline. It can also involve mechanisms of the “tied selling” type (similar, for example, to the practices for which Google was reproached in the “Android” case²⁰⁵), such behaviour frequently being examined with regard to abusive conducts by dominant operators, in the offline environment. Other mechanisms have also existed offline but they have been implemented above all in the online sales sector²⁰⁶. This applies, for example, to the price parity clauses employed by hotel booking platforms, and that were able to be used in particular because of the very high price competition existing

²⁰⁵ European Commission, Case AT.40099, Google Android.

²⁰⁶ See, for example, Decision 15-D-06 of 21 April 2015 regarding practices implemented by Booking.com B.V., Booking.com France SAS and Booking.com Customer Service France SAS in the online hotel booking sector, or European Commission, Case AT.40153, E-book MFNs and related matters (Amazon).

over the Internet, especially in that sector. To a certain extent, the same applies to certain rules governing referencing of websites on the advertising service associated with Google searches (Google Ads), whose opaque nature and discriminatory application have recently been reprimanded twice by the Autorité de la concurrence²⁰⁷. While similar referencing practices have also been implemented offline and in other contexts²⁰⁸, the significance taken on by advertising services associated with searches, and more generally by certain platforms putting suppliers and customers in touch with one another, for certain activities, should lead the operators managing such platforms to be particularly watchful, so that such referencing rules do not distort the competition existing between their customer businesses.

Another issue that should be noted is the problem of economic dependence of businesses affiliated to online marketplaces, such businesses, in certain cases, having difficulty finding any alternative to being referenced with such marketplaces. Such marketplaces imposing unfair or unbalanced commercial conditions on the affiliated businesses has so far often been dealt with from the angle of restrictive competitive practices and, in particular of significant imbalance²⁰⁹,

207 Decision 19-D-26 of 19 December 2019 regarding practices implemented in the online search advertising sector, and Decision 19-MC-01 of 31 January 2019 relating to a request by Amadeus for interim measures. *cf.* also Decisions 10-MC-01 of 30 June 2010 relating to the request for interim measures submitted by Navx, and 10-D-30 of 28 October 2010 regarding practices implemented in the online advertising sector.

208 *cf.* for example the Judgement of the Court of 21 March 1974, *Belgische Radio en Televisie and société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs ("BRT") /SV SABAM*, C-127/73 or the Judgement of the Court of 16 July 2015, *Huawei Technologies*, C-170/13.

209 Commercial Court of Paris, 2 September 2019, *Amazon* RG 2017050625.

but it could well be examined under abuse of a situation of economic dependency as provided for in the second subparagraph of Article L. 420-2 of the French Commercial Code.

Online operators can thus distort competition over the Internet by employing conducts more specific to that competitive environment, in particular by using tools specific to it, such as algorithms or “big data”. Ranking algorithms thus constitute a vehicle via which the operator who develops such an algorithm and uses it can advantage its own services or disadvantage those of any particular competitor.

Thus, in the “Google Shopping” case²¹⁰, the European Commission considered that Google had abused its dominant position on the search engine market to promote its own price comparison service to the detriment of the competing comparison services. Demonstrating that practice required using not only conventional investigation means, such as analysing documents from Google and from other market players, but also more specific means related to the fact that Google’s activity takes place online. For example the Commission had to analyse “*very significant quantities of real-world data including 5.2 Terabytes of actual search results from Google*”.

Finally, various reports have recently highlighted the role of pricing algorithms in online competition²¹¹. While most of

²¹⁰ European Commission, Case AT.39740, Google Search (Shopping).

²¹¹ cf. Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, November 2019; CMA, Pricing algorithms: Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing, October 2018; Autoridade da Concorrência, Digital ecosystems, big data and algorithms, July 2019; OECD, Algorithms and collusion: Competition policy in the digital age, June 2017.

the illegal conducts employing price algorithms that have been detected so far have been able to be approached conventionally, either through meetings between the executives of the business, or through contractual clauses with which the algorithms had to comply or implementation of which they had to monitor²¹², such algorithms could also, in certain market situations²¹³, lead to tacit arrangements, as shown by some of the recent experimental economics research²¹⁴. Such algorithms would thus lead to *supra*-competitive pricing, without requiring contact between the competitors. Identifying this type of effect of pricing algorithms requires specific technical skills, e.g. so as to identify the mode of operation of the algorithm.

Conclusion

So far, the practices likely to reduce the competition exerted by online sales have, most often, been employed by manufacturers wishing to limit the development of online sales of their products by facilitating offline distribution and/or by limiting the attractiveness of online distribution. The practices likely to raise competition concerns can also be employed by dominant offline operators seeking to use their

212 See, for example, CMA, Decision of 12 August 2016, Case 50223, European Commission, Case AT.40099, Google Android or European Commission, Cas AT.39740, Google Search (Shopping).

213 According to the Judgement of the Court of Justice of 21 January 2016 (Eturas (C-74/14)), the use by a network of online travel agencies, of common software putting upper limits on the discount rates granted to customers may constitute concerted practice, whenever, aware of the automatic upper limitation resulting from the software, the travel agencies have not distanced themselves from that practice.

214 Autorité de la concurrence and Bundeskartellamt, *Algorithms and Competition*, November 2019. See, in particular, section III.B.3.b).

advantages on the offline channel to develop online, to the detriment of their pure online player competitors. As shown by various decisions of the Autorité de la concurrence relating to sectors that are not concerned by the development of online sales, such a rationale is not new and is frequently to be found when, alongside a regulated sector, opportunities appear for developing on a non-regulated sector. Finally, in certain sectors, the attractiveness of online sales is so strong that trying to restrain them is illusory. On such markets, online sales have rapidly become dominant over offline activities. As shown by the example of hotel booking platforms, conducts have then appeared aiming to reduce the intensity of the competition between pure online players. It cannot be excluded that, gradually, with the growth in online purchases, such a rationale might replace the rationale aiming to prevent the online channel from developing. In this regard, the technological specificities of the Internet can lead to relatively atypical conducts compared with what is observed offline: while the analysis framework proposed by competition law is sufficiently flexible to continue to be applied to such conducts, examining them will frequently need technical skills to be added to the legal and/or economic skills that are usually mobilised in competition authorities. In various competition authorities, in particular in Europe, and more particularly in France, the fact that digital departments or services aiming to combine these various skills is therefore both necessary and welcome.

GENERAL CONCLUSION

By enabling new operators to come and compete with those already present on a market, the Internet constitutes a vehicle for intensifying competition. To this extent, the existence and development of e-commerce has a pro-competitive effect, and mitigates the competition risks that might be posed by certain conducts of businesses, be they mergers and acquisitions, vertical agreements or abuses of dominant positions. But, as the Autorité has observed on several occasions, in the various different sectors, the competitive pressure from online sales is not of the same significance – be it in terms of its scale or of the factors on which it acts (e.g. the nature of the products, the prices, the competition on the services associated with the purchase itself or the after-sales service). Therefore, as this study shows, it is important to analyse each of the sectors concerned on a case-by-case basis to determine whether the characteristics of the products and of the customers are conducive to attenuating or to reinforcing this competitive pressure. Furthermore, taking this competitive pressure into account has also been bringing the Autorité to change or enrich its analysis framework, in particular for assessing market share or taking into account new factors and competition risks related, for example, to network effects or to big data.

The competitive pressure exerted by online sales on in-store sales could, in the years to come, continue to grow stronger. Various factors are working in favour of a reinforcement of the significance of online sales: the development of delivery networks, both external and internal to certain

distributors²¹⁵, the more or less immediate access to online sales (via smartphones and tablets, or other terminals such as smart speakers than can constitute a new relay for this development²¹⁶), the progress in the general population's command of digital techniques and practices, the improvement in the marketing techniques of online sales websites, who can now target potential customers increasingly finely and present their products increasingly attractively online (e.g. with new tools such as 3D virtual try-on, or customisation of the products). Finally, the global health crisis related to Covid-19, which started at the end of 2019, has shown, in particular during the lockdown periods decreed by many States, the role played by e-commerce in replacing or supplementing physical distribution. Since this situation is an exceptional one, it will be necessary to monitor in the medium term the extent to which this health crisis has changed the habits of certain consumers lastingly, and in particular has increased the share of online sales in retail sales, and, more broadly, the appetite of consumers for this distribution channel.

However, competitive analyses based on a single market combining offline and online sales, and, what is more, conducted at national rather than local level, are not necessarily going to become generalised. Firstly, the share of e-commerce will likely remain variable depending on the sectors, it being possible for certain products to continue

215 *cf.*, for example, <https://www.lesechos.fr/2018/04/la-poste-adapte-son-outil-de-distribution-a-lessor-du-colis-988592> or <https://www.lesechos.fr/industrie-services/conso-distribution/la-majorite-des-colis-amazon-sont-desormais-livres-par-amazon-1158271>.

216 *cf.* Study by HADOPI/CSA, *Assistants vocaux et enceintes numériques connectées* ("Voice assistants and smart speakers"), May 2019.

to be ill-suited to online shopping. In addition, the transformations undertaken by the physical points of sale can also reinforce the attractiveness of the brick-and-mortar channel. The increase in the number of “shops-in-shops” bears witness to the efforts made by points of sale to enrich their offerings. The development of temporary “pop-up stores” dedicated to a particular brand or product, and also take-over of existing chains or networks of physical stores by operators who are essentially present online, also emphasise the need for physical points of sale so as to forge ties between the brands and their customers²¹⁷. Finally, physical commerce can also take advantage of the digital world to enrich its services: using digital technologies such as QR codes²¹⁸ or interactive terminals, “smart stores” thus enable the consumer and the store to benefit from the services available over the Internet. To be effective, generalisation of “click and collect” (ordering online and picking up the order from a shop) requires a network of points of sales that is sufficiently dense. Furthermore, a whole range of digital tools are being developed today to make stores more attractive to visit: making tablets and Wi-Fi access available in the shop to enable consumers to interact with the digital world while they are shopping (price comparison tools, social networks, etc.) geolocated notifications on smartphones to attract

217 *cf.*, for example, the takeover of the physical food store chain Whole Foods by Amazon (<https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-08-23/amazon-s-whole-foods-deal-wins-fast-track-u-s-antitrust-nod>) or the takeover of the physical footwear store chain André by Spartoo (Autorité de la concurrence, Merger Decision 18-DCC-53 of 20 April 2018).

218 The “QR” or “Quick Response” code is a type of bar code that can be read and decoded using a smartphone or a tablet and that makes it possible to trigger actions such as directing to a webpage, indicating a geographic location on a map, displaying a video or a text, etc.

consumers near physical shops to go into them, and smart sales equipment (smart hangers, and smart changing booth mirrors) for collecting and giving out information about the digital world. Depending on the sectors, these selling techniques will be more or less developed, and more or less attractive and will be able to influence the scale of the competitive pressure from online sales, and thus the delimitation of the markets.

As also shown by this study, in order for online sales to be able to play their part as a vehicle for intensifying competition, they must be protected with vigilance by the competition authorities. Manufacturers and distributors alike can attempt to restrain development of them, either with a view to preserving guaranteed earnings, or because unrestricted development of online sales could jeopardise certain services or aspects of the products that are also desired by consumers. It is then for the competition authorities to distinguish between lawful restrictions and unlawful ones. The European Commission's Guidelines on Vertical Restraints and the corpus of decisions made by competition authorities and review courts now form a clear and consistent analysis framework, which will be further reinforced by the review currently in progress of the vertical restraint exemption regulation and of the related guidelines. Indeed, it is possible that as online sales develop and are appreciated by consumers, distributors and manufacturers alike find it less and less effective to try and hamper their development. In addition, the improvement of digital techniques should make online sales increasingly compatible with the requirements of advice and brand image of the manufacturers. However, conducts aiming to limit the gains or earnings associated with online sales, such as imposing resale prices, will continue to require very careful attention from the competition

authorities, in particular since, in a digital world, it is easier to keep check on whether minimum price rules are being kept.

Finally, it can be observed, at the end of this assessment, that competition authorities approach e-commerce by intervening not only on the conducts of the manufacturers or of the distributors but also on those of the intermediaries or platforms, whose role is becoming ever more significant. One of the specificities of the Internet is the richness of the available offerings. This has made it necessary and has enabled players to emerge and develop who are capable of organising the transparency of the online market that is necessary for it to operate properly. The development of online sales has been underpinned by a variety of intermediaries (search engines, price comparator tools, online marketplaces, etc.) who make it possible, in particular, to put vendors and purchasers better in touch with each other online.

As online sales have developed, these intermediaries have been able to benefit from economies of experience and from network externalities that have led some of them today to have not only considerable market power but also, thanks to their financial and technological assets, very significant capacities for development, both within the sectors in which they are already present and also towards other sectors. The fears that these operators might then prevent the arrival of new competitors, limit competition between incumbent operators or, by their dominant position on one market, distort competition on other markets have thus, very recently, been the subject of many debates and reports²¹⁹. In this regard,

²¹⁹ *cf.*, for example, IGF (French Inspectorate-General of Finance), *La politique de la concurrence et les intérêts stratégiques de l'UE* ("EU competition strategy and EU strategic interests"), April 2019.

in recent years, the many litigation proceedings initiated by competition authorities show that competition law is capable of detecting, analysing, penalising and constraining the conducts of such intermediaries that might reduce competition. As indicated in the contribution from the Autorité to the debates on competition policy and digital challenges²²⁰, the current tools of competition law, by means of their adaptability to the specificities of each sector, constitute effective means of regulation and of intervention on the digital markets. And yet, these tools can be further honed and enriched, in order to increase the effectiveness of the interventions by competition authorities on digital markets. In this regard, in addition to developing the digital analysis capacities of the authorities in terms of algorithms and of big data processing, developing the use of interim measures, already facilitated by the adoption of the ECN+ Directive, improving the capacity to control takeovers of businesses by digital platforms, and introducing obligations or bans specific to structuring platforms are possible avenues for reinforcing the actions of competition authorities.

²²⁰ The Autorité de la concurrence's contribution to the debate on competition policy and digital challenges, February 2020.

Autorité de la concurrence



Une étude dédiée aux incidences du e-commerce sur la politique de concurrence

Le développement du commerce en ligne modifie en profondeur le paysage de la distribution. Le modèle de la distribution physique est désormais fortement concurrencé par le développement de la vente en ligne, qui peut être le fait d'acteurs spécialisés (ou « pure players ») ou de stratégies s'appuyant sur les différents canaux de distribution. Les modalités de vente en magasin physique évoluent également, en intégrant de plus en plus des technologies numériques (recours aux smartphones, tablettes, technologies augmentées, etc.), au point que l'on évoque un modèle « Phygital » (pour physique et digital).

Ces évolutions soulèvent de multiples questions pour l'Autorité de concurrence, qui est parfois amenée à redéfinir les délimitations de marché, à s'intéresser aux restrictions de ventes sur internet, ou encore à évaluer le nouveau pouvoir de marché détenu par les plateformes en ligne, notamment les plateformes structurantes qui occupent des positions stratégiques ou incontournables.

Compte tenu de la place éminente qu'occupe le secteur de la distribution dans l'économie française, l'Autorité a souhaité faire un panorama d'ensemble de ces différentes problématiques afin d'éclairer les entreprises sur la manière dont le droit de la concurrence appréhendait leurs positions et leurs comportements sur ces marchés liés à la vente en ligne.

A study on the impact of e-commerce on competition policy

The growth of e-commerce is profoundly changing the distribution sector. The physical distribution model is facing strong competition from the growth of online sales, which may be the result of "pure play" online retailers and strategies using alternative distribution channels. Sales conditions in physical stores are also evolving, increasingly incorporating digital technologies (use of smartphones, tablets, augmented technologies, etc.), to the point that there is now a "phygital" (physical and digital) model.

These developments raise many questions for the Autorité de la concurrence, sometimes leading it to redefine market boundaries, focus on restrictions on Internet sales, and also to assess the increase of the new power held by online platforms, especially structuring platforms that hold strategic or key positions.

In view of the prominent place that the distribution sector occupies in the French economy, the Autorité has sought to provide an overview of these various issues in order to enlighten companies on the way that competition law perceived their positions and their behaviours in these markets linked to online sales.