

Autorité de la concurrence, Etude Mai 2020, Concurrence et commerce en ligne

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-06/concurrence_commerce_en_ligne_v2.pdf

Huit ans après son avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, l’Autorité de la concurrence publie une passionnante étude dédiée aux incidences du e-commerce sur la politique de concurrence.

L’Autorité de la concurrence fait état d’une application des règles de concurrence évolutive au regard de la croissance des ventes en ligne, et des technologies numériques permettant d’y procéder. Partant du constat que les achats en ligne représentent aujourd’hui un peu moins de 10 % du commerce de détail en France, avec une croissance rapide d’environ 14 % par an entre 2014 et 2018, elle met en exergue les stratégies d’adaptation des offreurs déployant des modèles omnicanals, « phygital » ou « click & mortar », intégrant le recours aux technologies numériques et à l’utilisation des smartphones, tablettes ou technologies augmentées.

Cette étude traite en substance en premier lieu de l’évaluation de la pression concurrentielles exercée par les activités en ligne sur les activités hors ligne (I), et en second lieu des comportements des opérateurs face au développement du commerce en ligne (II).

I – Sur l’évaluation de la pression concurrentielle exercée par les activités en ligne sur les activités hors ligne

L’Autorité de la concurrence livre sa grille d’analyse ayant accueilli la prise en compte des ventes en ligne dans la définition du marché pertinent, lorsque les ventes en ligne exercent une pression concurrentielle suffisante sur les ventes en magasin. Cette pratique décisionnelle est nouvelle par rapport à la position adoptée par l’Autorité en 2012.

La substituabilité des ventes en ligne et hors ligne du point de vue des offreurs et des consommateurs relève bien évidemment d’une appréciation au cas par cas par l’Autorité. L’Autorité procède, pour ce faire, à une analyse des reports de demandes inter-canaux tant sur un plan quantitatif (analyse du report de la demande en cas de hausse uniforme des prix de 5 à 10 %), que qualitatif (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).

Pour autant, l’Autorité précise que, bien que les ventes en ligne et hors ligne soient considérées comme s’exerçant dans un seul et même marché, la dimension géographique des marchés pourra être définie au niveau local ou national car « *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* » (§ 46.)

Cette substituabilité a pu être identifiée par l’Autorité notamment dans les affaires de rachat de Darty par la Fnac sur le secteur des produits bruns ou gris (Décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016) ou encore sur le secteur de la distribution au détail de jouets, lors du rachat Toys ‘R’Us par PicWic (Décision n°19-DCC-65 du 17 avril 2019). En revanche, la substituabilité entre les ventes en ligne et hors ligne a pu être rejetée dans les affaires Deezer (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), lors de l’analyse de l’opération de concentration dans le secteur de la distribution de détail d’articles de jardinage, de bricolage,

d'animalerie et d'aménagement extérieur (Décision n° 18-DCC-148 du 24 août 2018), ou encore dans le secteur de la vente de produits de décoration et de bazar à bas et moyen prix (Décision n° 17-DCC-216 du 18 décembre 2017 relative à la prise de contrôle exclusif des actifs des sociétés Lilnat, Veturra et Agora Distribution par la société Groupe Philippe Ginestet (Décision Ginestet)).

Une fois le marché déterminé, l'Autorité doit procéder à l'appréciation des parts de marché, étape particulièrement complexe, en particulier sur des marchés locaux. Pour exemple « *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 région parisienne, grandes villes de province et province hors grandes villes. 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* » (§ 59).

Dans ce cadre concurrentiel, l'Autorité met en exergue les facteurs pro-concurrentiels des activités en ligne, tels la mobilité des clients entre opérateurs, le multi-hébergement des clients et l'évolution rapide des marchés numériques. Elle identifie également les facteurs susceptibles de diminuer la concurrence, tels les effets de réseau (à savoir lorsque la valeur d'un produit ou d'un service s'accroît avec le nombre de ses utilisateurs), et l'accès aux données qui constituent des barrières à l'entrée renforçant le pouvoir de marché des opérateurs en place.

II. Sur l'analyse des comportements des opérateurs face au développement du commerce en ligne

A. Les restrictions sur le commerce en ligne

1°) Les pratiques interdites

Parmi les comportements des fournisseurs visant à limiter la concurrence pratiquée par les revendeurs en ligne, on notera que l'Autorité illustre, à travers sa pratique décisionnelle et celle des autorités communautaires de concurrence, la qualité de « restriction caractérisée » attachée aux pratiques d'imposition des prix de revente, de « *dual pricing* », à savoir le fait de pratiquer des prix différents en fonction du canal de revente en ligne ou hors ligne, et d'interdiction des ventes en ligne.

Bien que ces restrictions caractérisées puissent faire l'objet d'une exemption individuelle, l'Autorité rappelle qu'aucune de ces pratiques n'a pu bénéficier d'une telle exemption à ce jour.

2°) Les pratiques autorisées sous certaines conditions

S'agissant **des pratiques de différenciation tarifaire** entre les acteurs traditionnels et les acteurs spécialisés de la vente en ligne : « *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 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,*

- *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 distribution qui pourrait motiver une exemption individuelle de cette pratique* » (§ 101).

S'agissant **des pratiques visant à encadrer le recours aux ventes en lignes par les revendeurs**, l'Autorité rappelle que par le recours à la distribution sélective *« un opérateur peut refuser d'agréer dans son réseau [...] 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 poursuivi »* (§ 112)

De même, le recours à la distribution sélective, permet aux opérateurs de justifier l'interdiction du référencement sur les places de marché, si cette dernière *« 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 »* (§115). Dans le prolongement de l'arrêt Coty de la Cour de justice (CJUE, 6 déc. 2017, aff. C-230/16, Concurrences 2018/1, p. 104, obs. A-C. Martin ; Lettre distr. décembre 2017, p. 1, obs. N. Eréséo), les affaires Caudalie (secteur de la parapharmacie : Paris, Pôle 1, ch. 8, 13 juillet 2018, n° 17/20787, LD septembre 2018) et Sthil (produits de motoculture, décision n° 18-D-23 du 24 octobre 2018 ; Paris, Pôle 5, ch. 7, 17 octobre 2019, n° 18/24456, LD nov 2019 M-P. Bonnet-Desplan) avaient permis à la Cour d'appel de Paris de se prononcer sur la possibilité d'étendre cette interdiction à d'autres produits. L'Autorité reconnaît expressément la validité de cette pratique.

S'agissant de **l'interdiction des sites comparateurs de prix**, l'Autorité considère qu' *« 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 détaillants »* (§ 120).

Il est à souligner que ces trois types de pratiques, et les clauses les aménageant, bénéficieront de l'exemption par catégorie relevant du règlement (UE) n° 330/2010, si les conditions d'application de ce règlement, à savoir la position des parties en deçà des seuils de parts de marché, sont réunies. Au-delà, les parties devront faire état d'une exemption individuelle fondée sur un bilan économique positif (cf. 101, §3 du Traité UE)

Enfin l'Autorité relève que certains cadres réglementaires peuvent être dissuasifs pour les ventes en ligne, et étudie plus précisément l'exemple du transport particulier de personnes (§ 123), et celui de la vente au détail de médicaments (§ 126)

B. Les restrictions entre opérateurs de vente en ligne

L'Autorité identifie les pratiques susceptibles d'entraver la concurrence entre opérateurs en ligne, décrivant le cas des clauses de parité dans le secteur des plateformes de réservation hôtelière (§133 et s.), ainsi que les pratiques abusives susceptibles d'être mises en œuvre par des opérateurs dominants (§140 et s.) tels les effets de réseau, l'effet de levier susceptible d'être utilisé en ligne par les opérateurs détenant un monopole historique hors ligne, le poids pris par certains opérateurs numériques leur permettant de mettre en place des pratiques d'abus d'éviction (I.e. Google dans le cas Android, Com. UE Cas AT. 40099), d'abus de dépendance vis-à-vis de certains fournisseurs de plateforme de vente en ligne, ou encore comment le recours aux algorithmes ou aux données en masse peut être susceptible de fausser le jeu concurrentiel.