

Non classifié

DAF/COMP/M(2015)2/ANN2/FINAL

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

2 Mai 2016

Français - Or. Anglais

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

**Compte rendu succinct : ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 124^{ème}
RÉUNION DU COMITÉ DE LA CONCURRENCE, TENUE LES 27 ET 28 OCTOBRE 2015**

Résumé des débats tenus lors de l'audition sur les accords de parité inter-plateformes

28 octobre 2015

Paris, France

Le document ci-joint est une annexe au compte rendu succinct de la réunion tenue les 27 et 28 octobre 2015.

JT03395127

Document complet disponible sur OLIS dans son format d'origine

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

DAF/COMP/M(2015)2/ANN2/FINAL
Non classifié

Français - Or. Anglais

**Compte rendu succinct : ANNEXE AU COMPTE RENDU SUCCINCT DE LA 124^{ème} RÉUNION DU
COMITÉ DE LA CONCURRENCE, TENUE LES 27 ET 28 OCTOBRE 2015**

Résumé des débats tenus lors de l'audition sur les accords de parité inter-plateformes

28 octobre 2015

Paris, France

Établi par le Secrétariat

1. Introduction du Président

Le Président, Frédéric Jenny, ouvre la séance en expliquant qu'elle portera sur les accords qui sont conclus entre fournisseurs et détaillants et établissent une relation entre les prix de produits concurrents ou entre les prix pratiqués par des détaillants concurrents vendant le même produit. Reconnaisant que la terminologie n'est pas encore établie, il précise que durant la réunion, ces accords seront désignés par le terme « accords de parité inter-plateformes » (APPA).

Il souligne que ces accords sont un exemple de domaine dans lequel la théorie s'élabore parallèlement à la pratique. Quatre experts apporteront donc leur contribution à l'examen des questions soulevées : le Professeur Morten Hviid, du Centre for Competition Policy de l'Université d'East Anglia ; Matthew Bennett, de la société de conseil Charles River Associates ; Antoine Winckler, associé du cabinet d'avocats Cleary Gottlieb Steen and Hamilton et le Professeur Ariel Ezrachi, de l'Université d'Oxford.

Le Président explique que les APPA comportent deux dimensions : (i) une dimension verticale, parce qu'ils impliquent des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne de valeur et (ii) une dimension horizontale, parce qu'ils relient les prix de produits concurrents et/ou de détaillants concurrents. Ils présentent une autre singularité importante, à savoir qu'ils sont conclus entre des fournisseurs et des détaillants, sans que l'acheteur final en soit partie ni même soit informé de leur existence, alors qu'ils portent sur le prix qu'il acquitte.

Le Président précise que l'audition a cinq objectifs. Elle doit d'abord permettre d'identifier les principales difficultés posées par ces accords sur le plan de la concurrence et les effets positifs qu'ils peuvent avoir en termes d'efficacité. En deuxième lieu, elle doit examiner dans quelle mesure ces effets se manifestent réellement dans la pratique. Le troisième objectif est de déterminer si ces effets peuvent dépendre de certaines caractéristiques de l'accord (par exemple son champ d'application ou la structure du secteur dans lequel il s'applique). Quatrièmement, elle permettra de connaître le traitement que les autorités de la concurrence réservent à ces accords. Enfin, elle cherchera à définir les cas dans lesquels ils doivent être jugés anticoncurrentiels et être interdits.

2. La montée en puissance des APPA

Le Président invite ensuite le délégué de l'Australie à faire part des conclusions relatives aux APPA issues du projet spécial sur les restrictions verticales en matière de vente en ligne mené par le Réseau international de la concurrence (RIC).

Le délégué de l'Australie estime que cette audition se tient au moment opportun parce qu'elle offre une excellente occasion d'examiner plus précisément les questions soulevées par le projet spécial, et souligne qu'il s'agit là d'un excellent exemple de coopération entre l'OCDE et le RIC. Dans le cadre du projet spécial, l'APPA est défini comme un accord vertical entre un vendeur et une plateforme, en vertu duquel le vendeur s'engage à ne pas pratiquer sur cette plateforme un prix supérieur à celui qu'il pratique sur d'autres plateformes. Selon le délégué, ces accords constituent une nouvelle forme de restriction verticale, dans laquelle un élément horizontal lie le prix de détail pratiqué sur une plateforme à celui proposé sur une autre – au lieu de lier les prix de gros comme le fait une clause de la nation la plus favorisée (clause NPF) classique.

Il explique qu'une enquête menée auprès de 130 membres, dont 47 ont répondu, montre que même si les APPA relèvent du même cadre juridique que les autres restrictions verticales dans la plupart des pays, certaines autorités, minoritaires mais relativement nombreuses (23 %), ont signalé qu'ils n'étaient pas visés par la législation nationale. Une autorité a indiqué qu'ils étaient interdits dans le cadre d'une règle *per se*. Les autorités ont souligné que ces accords constituaient une préoccupation croissante, même si le nombre d'enquêtes ouvertes reste pour l'heure relativement faible (huit). Ces enquêtes concernent généralement des comportements qui sont observés dans des secteurs touchés par la désintermédiation et qui sont le fait d'entreprises multinationales présentes dans plusieurs juridictions.

Pour conclure, il souligne que les conséquences que peuvent avoir les APPA sur l'efficacité et la concurrence sont généralement moins bien comprises que celles d'autres types de restrictions verticales, et que les autorités de la concurrence sont de plus en plus préoccupées par ces accords et de plus en plus soucieuses de mieux les comprendre et les analyser. La table ronde vient donc opportunément contribuer à cette compréhension.

3. Les effets anticoncurrentiels éventuels des APPA et les arguments fondés sur les gains d'efficacité

Le Président invite ensuite le Professeur Morten Hviid, expert invité, à présenter une analyse des effets des APPA.

Le Professeur Hviid explique que ces restrictions sont de plus en plus utilisées. Il annonce que son intervention se concentre sur les situations dans lesquelles une plateforme de vente demande à un producteur de ne pas vendre ses produits à un prix inférieur ou à des conditions plus intéressantes par l'intermédiaire d'un autre distributeur. Il indique que ce type d'accord pourrait être interprété soit comme une garantie de prix classique soit comme une variante de clause NPF, mais que cette approche n'est pas nécessairement éclairante. En effet, de nombreuses études ont été consacrées aux gains d'efficacité éventuels des garanties de prix bas, mais la plupart de ces gains ne sont pas transposables aux APPA, les consommateurs n'étant pas nécessairement conscients de l'existence de l'accord. De même, l'élément vertical n'est pas vraiment assimilable à une clause NPF, puisqu'à la différence d'une clause NPF, il n'est pas demandé ou accepté par le consommateur, qui ignore même le plus souvent son existence. En réalité, l'élément vertical est plutôt demandé par une plateforme et négocié avec elle, si bien que le critère à retenir pour l'analyse pourrait être le pouvoir de marché de la plateforme et non (comme ce serait le cas en présence d'une clause NPF portant sur le prix de gros) la position du consommateur. De surcroît, nombre des arguments avancés pour justifier les clauses NPF ne sont pas valables pour les APPA, à l'exception, peut-être, de celui selon lequel ces accords résolvent un éventuel risque de parasitisme.

Le Professeur Hviid fait observer que pour comprendre l'incidence d'un APPA, il est important d'avoir conscience d'autres phénomènes. Il cite à titre d'exemple a) le passage du modèle économique de distribution de gros au modèle d'agence ; b) les évolutions qui libèrent les consommateurs d'un « verrouillage » vis-à-vis d'une technologie spécifique et c) les produits complémentaires. Il souligne par exemple que les sites Internet de comparaison de prix ne se contentent pas de vendre des services de comparaison et de réservation : ils recueillent aussi d'énormes volumes de données précieuses sur les consommateurs et vendent des services d'évaluation des produits. De même, il relève que s'agissant du marché du livre, pour comprendre le paradoxe qui fait que des éditeurs ne sont pas satisfaits de voir un distributeur offrir une remise sur leur produit et accroître ainsi sa part de marché, il faut l'analyser en tenant compte de l'impact de cette remise sur le marché du livre imprimé.

Évoquant les effets potentiellement négatifs des APPA, le Professeur Hviid rappelle qu'il existe des effets directs et indirects. Concernant les effets indirects, les APPA agissent comme les pires éléments des systèmes de prix de vente imposé (*Resale Price Maintenance*, RPM). La raison en est que les APPA et les RPM ont en commun le même élément vertical explicite, tandis que les APPA rendent explicite l'élément horizontal qu'est l'accord de parité de prix, qui est courant mais seulement implicite dans les RPM. Il préconise donc de ne pas réserver un traitement plus favorable aux APPA qu'aux RPM. Il relève également que les APPA peuvent nuire indirectement aux consommateurs en facilitant le passage à un modèle d'agence susceptible d'entraîner une hausse des prix si le marché des fournisseurs est moins concurrentiel que le marché de détail.

S'agissant des effets directs, il explique qu'en l'absence d'APPA, lorsqu'une plateforme majore sa commission, le vendeur augmente le prix pratiqué sur cette plateforme (en réaction à la hausse du coût de vente par son intermédiaire). Il peut s'ensuivre un recul des ventes réalisées par l'intermédiaire de la plateforme, qui est ainsi dissuadée de relever sa commission. À l'inverse, en présence d'un APPA, le vendeur ne peut pas modifier le prix auquel son produit est vendu par la plateforme par rapport à celui pratiqué sur d'autres plateformes. Le risque de voir

la hausse de la commission entraîner une baisse du volume des ventes au profit de plateformes concurrentes disparaît donc. à noter également que dans ce cas, les plateformes qui n'ont pas conclu d'APPA n'ont plus intérêt à pratiquer une commission inférieure à celle demandée par leurs concurrentes qui ont conclu un APPA (parce que cette baisse ne leur permettrait pas d'augmenter le volume de ventes). En conséquence, les prix pratiqués par toutes les plateformes, parties à un APPA ou non, augmentent vraisemblablement.

Le Professeur Hviid fait en outre observer que les APPA risquent également de dissuader les concurrents qui cherchent à entrer sur le marché en pratiquant des prix bas (ce qui peut être particulièrement important dans les marchés où il existe des effets de réseau). à l'inverse, les profits excédentaires engendrés par l'APPA peuvent aussi favoriser l'entrée d'un trop grand nombre de concurrents dont les coûts sont élevés, parce qu'ils n'ont pas à jouer sur les prix pour être compétitifs et peuvent miser sur des facteurs indépendants des prix (comme la marque ou la qualité).

En conclusion de sa présentation, il souligne qu'il est important d'examiner si le parasitisme est réellement une menace vitale pour toutes les plateformes et d'analyser l'ampleur des effets anticoncurrentiels. Il observe que pour l'heure, les interventions des autorités de la concurrence devancent nettement la théorie économique relative aux effets des APPA, mais que les premiers éléments de théorie dont on dispose confirment en général le bien-fondé de ces interventions. Il ajoute que dans le contexte du droit de l'Union européenne, il y aurait d'excellentes raisons de faire des APPA une infraction par objet, d'autant plus que toute entreprise en mesure de démontrer que la conclusion d'un APPA était indispensable pour éviter le parasitisme aurait la possibilité de demander à bénéficier d'une exemption.

Le Président fait observer que l'Union européenne (UE) a eu à traiter plusieurs affaires dans lesquelles des APPA étaient en cause et souhaite connaître son avis sur ce type d'accord.

Le délégué de l'UE répond que les APPA constituent en partie une nouvelle forme de restriction pouvant cependant avoir, sur la concurrence et l'efficacité, des effets connus. Il précise qu'il existe plusieurs types d'APPA. Le premier peut, par exemple, impliquer un producteur qui exige des supermarchés qu'ils fixent, pour ses produits, un prix maximum lié à celui auquel ils vendent une marque rivale. Le deuxième peut être conclu entre un centre commercial ou une plateforme de vente et les détaillants qui l'utilisent et empêcher ces derniers de vendre un produit à un prix plus faible ou à des conditions plus avantageuses dans un autre centre commercial ou sur une autre plateforme. Dans un troisième type d'accord, illustré par les affaires touchant l'hôtellerie ou le livre numérique, la plateforme en ligne joue le rôle de distributeur et interdit au fournisseur de proposer son produit à des conditions plus intéressantes sur d'autres plateformes ou sur son propre site Internet. Le délégué propose que l'audition se concentre sur ce troisième type d'APPA. Ce type d'accord pose un problème parce qu'il risque d'atténuer la concurrence entre plateformes et/ou d'empêcher l'entrée de plateformes concurrentes. Le délégué relève que les restrictions communément dénommées restrictions à la concurrence intramarque ont également ces effets anticoncurrentiels, qui peuvent être importants.

Le délégué impute l'apparition des APPA à trois raisons. La première est que l'apparition de canaux de vente en ligne a fait basculer le pouvoir depuis les fabricants vers les détaillants. La deuxième est qu'Internet permet aux entreprises de vérifier et de contrôler rapidement le respect des accords. La troisième tient au fait que dans le contexte de la vente de produits numériques, il est plus facile d'agir en qualité d'agent parce qu'il n'y a pas de risques spécifiques au contrat, par exemple de frais de transport ou de stockage.

Le délégué souligne que dans le contexte du droit de la concurrence de l'UE, il existe une grande différence entre la relation d'agence commerciale et une véritable relation d'agence, et que la qualité d'agent commercial ne permet pas de bénéficier d'exemptions au droit de la concurrence de l'UE. Dans le cadre d'une véritable relation d'agence, le commettant doit assumer l'intégralité des coûts et des risques. La vente en ligne comporte certes moins de risques propres au contrat, par exemple liés au transport, mais les investissements propres au marché sont probablement réalisés par l'agent plutôt que par le commettant. Le délégué précise que même si la question de savoir si une plateforme a véritablement la qualité d'agent selon le droit de la concurrence de l'UE ne peut être tranchée qu'au cas par cas, il est *a priori* difficile de considérer les plateformes en ligne comme de véritables agents.

Le délégué relève que les APPA peuvent également entraîner le recours à un mécanisme de RPM. Par exemple, pour être certain que la plateforme A propose son produit au meilleur prix, un producteur doit pouvoir avoir la maîtrise du prix auquel ce produit est vendu par d'autres plateformes. Le recours à un RPM, qui constitue une restriction caractérisée en droit de la concurrence de l'UE, est un moyen d'avoir cette maîtrise.

Si le secteur du commerce électronique connaît une expansion rapide, le commerce électronique transfrontalier est moins dynamique, ce qui risque d'affaiblir le marché unique. Dans ce contexte, la Commission européenne lance actuellement une enquête sectorielle sur le commerce électronique afin d'identifier les restrictions qui entravent les transactions transfrontalières. Le rapport préliminaire devrait être publié mi-2016.

Le Président confirme que l'audition porte sur les APPA imposés par les plateformes et présente brièvement, pour les participants peu familiers de ces accords, les grandes lignes de deux affaires survenues en Europe et impliquant des agences de voyage en ligne (*online travel agencies*, OTA), en l'occurrence HRS et Booking.com.

HRS est une agence de voyage en ligne allemande qui permet aux consommateurs de trouver et de comparer des informations sur un grand nombre d'hôtels et d'effectuer des réservations. Elle a imposé à tous les hôtels souhaitant être référencés sur son site une clause qui leur interdit de proposer de meilleures conditions de réservation (en termes de prix, de capacité maximale et de conditions de réservation et d'annulation) ailleurs (c'est-à-dire par l'intermédiaire d'autres agences en ligne, sur leur propre site Internet et dans le cadre de leurs canaux de distribution hors ligne). La Bundeskartellamt a interdit l'utilisation de ces accords. Un recours a été introduit mais la décision a été confirmée.

Booking.com est une OTA qui permet aux consommateurs de trouver et de comparer des informations sur un grand nombre d'hôtels et d'effectuer des réservations. Elle a imposé à tous les hôtels souhaitant être référencés sur son site une clause qui leur interdit de proposer ailleurs (c'est-à-dire par l'intermédiaire d'autres agences en ligne, sur leur propre site Internet et dans le cadre de leurs canaux de distribution hors ligne) un meilleur prix que celui qu'elle-même propose. Ces clauses imposaient également cette parité pour d'autres conditions de réservation offertes par les hôtels, par exemple le nombre de chambres disponibles. Lorsque les autorités de la concurrence de différents pays d'Europe ont commencé à s'intéresser à ces clauses et à s'inquiéter de leurs possibles effets anticoncurrentiels, Booking.com a fait valoir qu'elles étaient nécessaires pour protéger ses investissements dans les fonctionnalités offertes par son site Internet. Elle a proposé de les remplacer par des accords plus restreints, obligeant simplement les hôtels à ne pas proposer sur leur propre site Internet de meilleures conditions de réservation (y compris de meilleurs prix) que celles offertes par l'intermédiaire de Booking.com. Les hôtels avaient donc la possibilité de pratiquer des prix différents ou plus faibles ou de proposer un contingent de chambres supérieur par l'intermédiaire d'autres OTA, de même que dans le cadre de leurs canaux de distribution hors ligne et de leurs programmes de fidélité. Les autorités suédoise, italienne et française acceptèrent ces engagements au motif que cette clause plus restreinte permettait à Booking.com de protéger ses investissements et limitait considérablement les effets de la parité des prix sur la concurrence. Elles décidèrent donc de clore l'affaire. Dans d'autres pays, la modification des conditions contractuelles de Booking.com dans toute l'Europe conduisit les autorités à classer l'affaire ou à ne pas engager de procédure à l'encontre de l'agence. La Bundeskartellamt ne fut cependant pas convaincue, et conclut à titre préliminaire que ces engagements ne levaient pas les inquiétudes quant à une possible réduction de la concurrence et que Booking.com n'avait pas démontré que la clause restreinte était indispensable à la protection de ses investissements.

Le Président commence par demander à l'Allemagne pourquoi son évaluation du caractère indispensable de l'APPA pour éliminer le risque de parasitisme diffère de celle présentée par la Suède dans sa contribution. La Suède a notamment examiné la viabilité de différents modèles économiques et estimé qu'aucun d'eux n'était viable, alors que l'Allemagne a avancé que les parties n'avaient pas démontré cette absence de viabilité.

Le délégué de l'Allemagne explique que l'Allemagne a constaté que dans l'affaire HRS, l'APPA n'était pas indispensable à la réalisation des gains d'efficacité invoqués parce que d'autres modèles de rémunération auraient pu éviter le risque de parasitisme sans restreindre la concurrence comme le font les APPA. Il fait observer que l'affaire Booking.com est toujours pendante en Allemagne mais que la Bundeskartellamt a communiqué des griefs au sujet de la clause NPF restreinte proposée par l'OTA.

Le délégué souligne que même si les autorités de différentes juridictions européennes sont parvenues à des conclusions différentes, elles ont appliqué la même théorie du préjudice. Il précise en outre que le secteur hôtelier est relativement fragmenté en Allemagne. Les deux tiers des nuitées sont en effet réservés dans des hôtels qui comptent moins de 20 chambres, ce qui est une singularité de l'Allemagne par rapport à d'autres pays d'Europe.

Il confirme que la Bundeskartellamt a estimé que les OTA pourraient utiliser d'autres modèles de rémunération pour éviter le parasitisme. Premièrement, il n'est pas totalement irréaliste de penser que les clients seraient peut-être prêts à payer un abonnement. Deuxièmement, étant donné que les hôtels retirent un avantage de leur présence sur une plateforme qui leur permet d'accroître leur chiffre d'affaires, il n'est pas déraisonnable de penser qu'ils seraient disposés à payer une redevance forfaitaire pour être présents sur la plateforme, d'autant plus que cette redevance pourrait être relativement faible comparativement aux avantages à long terme liés aux réservations supplémentaires enregistrées.

Il précise que HRS a avancé qu'aucune autre agence en ligne n'avait recours à un autre modèle de rémunération, que le paiement d'une commission par réservation était le modèle de rémunération le plus efficace et que l'évaluation des autres solutions moins anticoncurrentielles devait par conséquent se faire exclusivement dans le cadre de ce modèle. Tout en reconnaissant qu'un modèle qui repose sur une commission par réservation est peut-être plus efficace, la Bundeskartellamt a objecté qu'il ne fallait pas pour autant en déduire que les OTA ne devaient pas se faire concurrence sur les commissions. Le délégué précise que le modèle reposant sur les commissions actuellement utilisé est peut-être le modèle le plus intéressant pour les OTA, mais qu'il en va peut-être ainsi précisément parce qu'elles ont pu recourir à des APPA pour augmenter les prix. Il pense que si une autorité de la concurrence interdisait les APPA (comme l'a fait l'Allemagne en 2013 dans l'affaire HRS), il est probable que les OTA adopteraient d'autres modèles de rémunération de nature à empêcher le parasitisme. D'autres modèles sont d'ailleurs utilisés en Allemagne par d'autres plateformes en ligne, par exemple les plateformes de services d'intermédiation immobilière ; dans ce secteur, une plateforme en ligne détenant 50 % du marché demande à ses utilisateurs d'acquitter une redevance au titre du service. Le délégué évoque aussi la possibilité d'une formule comportant deux parties : un forfait acquitté par le vendeur et une commission par réservation.

Quant à savoir si l'autorité suédoise a fait fausse route en concluant au caractère indispensable de la clause, il précise qu'aucune des décisions auxquelles sont parvenues les deux autorités n'est infondée. En réalité, chaque autorité a conduit son évaluation, et la situation des deux pays n'est pas la même. Il n'est donc pas étonnant que les deux évaluations n'aient pas abouti à la même conclusion.

Le Président fait observer que dans sa contribution, le Royaume-Uni conteste l'idée que les APPA restreints ne puissent pas avoir d'effets anticoncurrentiels justifiant l'ouverture d'une enquête. Il ajoute que la CMA effectue un suivi des effets des accords conclus par Booking.com et Expedia qui sont encore en vigueur. Selon lui, le Royaume-Uni exprime en réalité ne pas être certain que l'accord soit proportionné. Compte tenu de cette incertitude, il demande à l'autorité française de la concurrence comment elle est parvenue à la conclusion selon laquelle les APPA plus restreints proposés par Booking.com ménageaient un juste équilibre entre les effets anticoncurrentiels potentiels et les gains d'efficacité potentiels.

Le délégué de la France explique que l'autorité française a accepté un engagement prévoyant la suppression des APPA étendus et le maintien de l'APPA restreint. Cette décision a reposé sur deux arguments. Le premier est que l'APPA restreint rétablit la concurrence entre plateformes, et le second que la suppression de cette clause restreinte risquait de limiter les investissements efficaces dans la plateforme en raison d'un risque élevé de parasitisme. Il souligne que ces clauses sont relativement nouvelles et que le secteur évolue rapidement. Il ajoute que l'autorité a prévu de réaliser une évaluation *ex post* du respect des engagements après 18 mois.

Le Président demande d'abord si l'autorité française a cherché à déterminer si d'autres modes de rémunération auraient pu être envisagés pour éviter le risque de parasitisme sans recourir à un APPA. Il demande ensuite s'il y a des informations au sujet du raisonnement du législateur français, qui a adopté une position différente de celle de l'autorité.

Le délégué de la France répond que tous les autres modes de rémunération envisageables ont été examinés et qu'il en est ressorti que tous présentent des inconvénients. Dès lors, les engagements ont semblé constituer une solution relativement satisfaisante. Il explique qu'une rémunération fondée sur un paiement par clic, par exemple, risque de dissuader les hôtels d'utiliser la plateforme, ce modèle leur faisant assumer un risque trop important.

Le deuxième délégué de la France décrit le raisonnement du législateur. Le ministre estimait que l'APPA restreint ne permettait pas aux hôtels d'avoir une politique tarifaire indépendante. Il n'était pas convaincu par l'argument selon lequel cet accord permettrait une concurrence entre plateformes, estimant que l'hôtel risquait de ne pas vouloir créer cette concurrence s'il était contraint de pratiquer des prix plus élevés par l'intermédiaire de son propre canal de distribution en ligne. Le délégué ajoute que le risque de pertes d'efficacité n'est quant à lui pas avéré et que le risque de parasitisme est inhérent à toute vente en ligne. En tout état de cause, en France, 78 % des hôtels indépendants n'ont pas de site Internet, si bien que les clients n'ont pas la possibilité de tirer parti de la plateforme puis de réserver sur le site de l'hôtel lui-même. Par ailleurs, les plateformes offrant des services supplémentaires, par exemple une présentation dans plusieurs langues, il semblait que le fait qu'un hôtel pratique sur son site un prix inférieur de 6 à 7 % à celui de la plateforme n'était pas suffisant pour induire des pratiques de parasitisme. Enfin, l'idée était qu'en interdisant tous les APPA, la législation permettait aux hôteliers d'avoir la pleine maîtrise de leur politique tarifaire.

Le Président demande au délégué de la Suède s'il souhaite réagir et s'il est d'accord avec l'idée que les effets des APPA sur la concurrence peuvent varier selon, entre autres, les habitudes des consommateurs, lesquelles influent aussi sur l'ampleur du risque de parasitisme. Il demande si la Suède a étudié le comportement des consommateurs et si cette étude lui a permis de se prononcer plus facilement sur le caractère proportionné ou non de l'APPA restreint.

Le délégué de la Suède reconnaît que les APPA peuvent avoir des effets restrictifs, mais estime que les plateformes ont des avantages non négligeables pour les consommateurs en termes de réduction des coûts de recherche. L'autorité a donc voulu rechercher d'autres moyens que l'interdiction d'éliminer les effets restrictifs des APPA sur la concurrence. Les restrictions anticoncurrentielles ont été identifiées et les parties ont proposé des solutions pour y remédier, mais l'autorité ne voulait pas leur donner d'injonction quant au type de modèle à adopter. Selon le délégué, elle est satisfaite du dénouement de cette affaire.

Le deuxième délégué de la Suède ajoute que l'engagement relatif à l'APPA restreint permet aux OTA concurrentes d'obtenir, dans un cadre contractuel, de meilleurs tarifs de la part des hôtels, par exemple en leur offrant un taux de commission plus faible. Toutefois, dans les réponses au test de marché, beaucoup d'hôtels ont exprimé leur crainte de voir l'APPA restreint se transformer de fait en un APPA étendu. En effet, les hôtels souhaitant différencier les prix entre OTA alors qu'ils sont visés par un APPA restreint seraient contraints de pratiquer par l'intermédiaire de leurs propres canaux de distribution des prix plus élevés que ceux affichés par au moins une OTA. Les hôtels estimaient que la différenciation des prix entre OTA en serait empêchée. Booking.com a alors restreint encore l'APPA pour permettre aux hôtels de pratiquer des prix plus bas par l'intermédiaire de leurs propres canaux de distribution hors ligne.

L'autorité a analysé les incitations des hôtels à différencier les prix entre OTA et a constaté qu'elles dépendaient de l'élasticité de la demande adressée à l'hôtel et de la manière dont les ventes perdues seraient redistribuées entre les différents canaux de distribution. Elle a conclu de cette analyse que les hôtels différencieraient effectivement les prix et a accepté la version révisée des engagements de Booking.com.

Le délégué précise que la robustesse de cette analyse des incitations a été testée au moyen de différentes hypothèses concernant la sensibilité des consommateurs aux différences de prix entre les OTA et le site Internet de l'hôtel et entre OTA.

Le Président fait observer que la contribution du BIAC laisse penser que les APPA ont des effets incontestablement positifs et demande au BIAC s'il faut en déduire que ces accords sont indispensables pour résoudre le problème du parasitisme.

Le délégué du BIAC répond qu'il faut évaluer les faits de chaque espèce pour déterminer si, dans une affaire donnée, les APPA sont ou non indispensables pour empêcher le parasitisme. Il ajoute que de nombreux indices laissent cependant penser que les APPA restreints pourraient être indispensables et qu'il pourrait ne pas y avoir d'autre solution envisageable.

Il explique que le BIAC constate avec inquiétude que les pays d'Europe sont parvenus à des conclusions différentes et pense que cette situation plaide en faveur d'un renforcement de la coopération au sein du Réseau européen de la concurrence (REC), éventuellement sous la houlette de l'UE. Il se dit préoccupé par le fait que différentes autorités se sont fondées sur la même théorie du préjudice sans pour autant parvenir à la même position quant à savoir si une

restriction doit être qualifiée d'infraction *per se* ou d'infraction par effet. Il estime que les effets des APPA ne sont pas encore suffisamment bien connus pour qu'une législation soit adoptée, et que les autorités ne peuvent pas opter pour une approche consistant à considérer les APPA comme une infraction *per se*.

Le Président fait observer que les autorités ont opté pour l'analyse des effets, privilégiée par le BIAC, et que cette analyse a conduit, comme c'est parfaitement possible, à des résultats différents selon les pays. Selon lui, ces différences ne sont pas le signe d'une défaillance de la réglementation si elles reposent sur des circonstances objectives différentes selon les pays. Examinant ces différences potentielles de circonstances objectives, il relève que l'Allemagne a expliqué avoir des hôtels plus petits que les autres pays, mais que l'Italie indique la même chose dans sa contribution. Il fait aussi observer que la Suède n'a pas examiné le comportement des consommateurs alors que les Pays-Bas ont jugé qu'il était important de le faire et émet l'hypothèse que l'adoption de la législation française traduit un échec des méthodes fondées sur la sensibilisation et la négociation. Il demande ensuite à la Hongrie quelles questions étaient posées dans son enquête sectorielle et quels enseignements en ont été tirés à ce jour.

Le délégué de la Hongrie explique qu'en 2013, l'autorité a lancé une enquête sectorielle sur le marché de la réservation d'hébergement touristique en ligne, en s'intéressant plus particulièrement aux APPA. Elle a recueilli des données accessibles au public, envoyé des demandes d'informations aux plateformes et aux hôtels et conduit une enquête auprès des consommateurs. Cette enquête devait permettre de comprendre le processus de prise de décision et les préférences des consommateurs hongrois, en particulier de ceux qui avaient réservé un hébergement récemment.

L'enquête a révélé que la plupart des voyageurs (60 %) utilisent Internet pour réserver un hébergement à partir d'informations trouvées sur les sites des hôtels et les plateformes des OTA. Elle a aussi montré que les personnes qui voyagent sur le territoire national préfèrent réserver directement auprès du prestataire d'hébergement sur son site Internet ou par téléphone. La réservation par l'intermédiaire d'une OTA arrive en troisième position. En revanche, celles qui voyagent à l'étranger préfèrent réserver sur le site Internet du prestataire d'hébergement ou par l'intermédiaire d'une OTA. Les agences de voyage hors ligne traditionnelles sont également prisées des Hongrois qui voyagent à l'étranger.

Le délégué ajoute que d'après l'enquête, les trois quarts des touristes hongrois comparent au moins occasionnellement les résultats des recherches effectuées sur différentes OTA, un quart d'entre eux réalisant cette comparaison systématiquement. Les trois quarts des voyageurs contactent le prestataire d'hébergement directement en utilisant les informations trouvées sur une OTA, et la moitié contacte parfois le prestataire pour essayer de négocier les prix. La négociation des prix est une pratique plus courante chez les personnes qui ont un niveau d'études relativement élevé et chez celles qui voyagent beaucoup. Selon le délégué, ces résultats montrent que la crainte qu'expriment les OTA de voir leurs investissements faire l'objet de parasitisme pourrait être fondée.

4. Différences entre APPA étendus et APPA restreints

Le Président souligne que les résultats de l'enquête menée en Hongrie laissent penser que les APPA permettent des gains d'efficacité relativement faibles, ne semblant par exemple pas parvenir à empêcher le parasitisme. Il demande ensuite au Professeur Ezrachi s'il existe une différence majeure entre APPA restreints et APPA étendus. Il souhaite notamment savoir si certaines clauses restreintes ont les mêmes effets sur la concurrence qu'une clause étendue et, en conséquence, si une attitude clémente à l'égard des clauses restreintes ne risque pas de se solder par d'importants effets anticoncurrentiels.

Le Professeur Ezrachi explique s'être penché sur cette question pour le cabinet Slaughter and May, qui agissait pour le compte de Booking.com, et précise que l'opinion qu'il exprime à l'audition ne reflète pas celles de Slaughter and May ou de Booking.com. Il explique que les APPA sont souvent justifiés par la nécessité de résoudre le problème du « *hold-up* » et de disposer d'un instrument favorisant les investissements dans les plateformes, par exemple dans des fonctionnalités de nature à accroître la demande. Il relève ensuite que l'existence d'une plateforme a divers avantages pour les consommateurs (recherches facilitées) et pour les hôtels (partage des risques). Il explique qu'actuellement, les moteurs de recherche font payer les termes de recherche sur la base d'un paiement par clic, si bien qu'une plateforme qui achète un terme de recherche tel que « hôtels Paris » réalise des économies d'échelle non négligeables puisqu'elle a beaucoup plus de chances de convertir ce clic en une réservation dans l'un des hôtels

référéncés que n'importe quel hôtel pris individuellement. Une relation d'agence aide donc l'hôtel à réduire ses risques. Il soulève ensuite la question de savoir si les avantages des APPA justifient leurs coûts et souligne que le problème est d'une telle complexité qu'une analyse des faits de chaque espèce s'impose.

Il rappelle qu'il existe deux types d'APPA, restreints et étendus. S'agissant des APPA étendus, il existe quatre théories du préjudice courantes. La première est que ces APPA réduisent la concurrence par les prix, la deuxième est qu'ils font obstacle à l'entrée sur le marché, la troisième a trait à l'uniformité des prix et la quatrième au fait que les APPA risquent de limiter l'innovation. Il explique qu'à l'inverse, en présence d'APPA restreints, les plateformes sont incitées à se faire concurrence pour réduire les commissions et innover et pour abaisser le coût de l'entrée sur le marché. Il peut cependant subsister des effets préjudiciables. Premièrement, un grand nombre d'APPA restreints produit de fait les mêmes effets qu'un APPA étendu. La situation à cet égard varie cependant selon que le fournisseur a, ou non, intérêt à pratiquer par l'intermédiaire des plateformes des prix inférieurs à ceux qu'il pratique sur son propre site Internet, ce qui dépend du volume de ventes directes qu'il réalise et de la sensibilité aux prix des consommateurs qui lui achètent directement ses produits. Le Professeur Ezrachi relève cependant que dans l'affaire relative à l'assurance automobile au Royaume-Uni, les fournisseurs réalisant de gros volumes de ventes directes (inélastiques) n'étaient pas référéncés sur la plateforme. Deuxièmement, même restreint, l'APPA réduit la concurrence entre une plateforme et le site Internet du fournisseur. Il avance qu'il est possible d'éliminer ces deux effets en restreignant un peu plus le champ d'application des accords, par exemple en excluant les ventes hors ligne de ce champ.

Le professeur Ezrachi termine sa présentation en soulignant que la position du législateur français avait ceci d'intéressant qu'à la différence d'autres interventions de l'État visant à promouvoir l'emploi ou d'autres valeurs sociales, elle avait pour but de renforcer la concurrence. Ce chevauchement a conduit à ce que d'une certaine manière, l'analyse de l'État l'emporte sur celle de l'autorité de la concurrence. Il ajoute que l'objectif a peut-être de ce fait été manqué, les hôtels de relativement petite taille risquant d'avoir plus de difficultés à accéder aux clients.

Le Président souligne que la contribution italienne laisse penser qu'un APPA restreint est proportionné compte tenu de la structure du marché hôtelier italien. Il relève cependant que cette structure est proche de celle du marché hôtelier de l'Allemagne, qui est pourtant parvenue à une conclusion différente, mais éloignée de celle de la Suède, qui est parvenue à la même conclusion que l'Italie. Il demande donc en quoi la structure du marché hôtelier justifie la décision prise.

Le délégué de l'Italie répond qu'en Italie, le marché hôtelier est fragmenté (comme en Allemagne), mais que la réservation en ligne n'est pas encore une pratique courante. Il s'ensuit que beaucoup de consommateurs ne font pas de recherches en ligne et ne peuvent donc pas provoquer de parasitisme. De même, les consommateurs membres de programmes de fidélité prennent probablement contact directement avec l'hôtel, si bien qu'ils ne représentent pas non plus un risque de ce point de vue. S'agissant des autres consommateurs, le risque de parasitisme existe. Selon le délégué, l'autorité italienne a considéré que les OTA devaient pouvoir se protéger du parasitisme d'autres sites Internet et que les clients devaient néanmoins pouvoir continuer à obtenir de meilleures conditions hors ligne. C'est la raison pour laquelle elle a veillé à ce que les prix hors ligne n'entrent pas dans le champ d'application de l'APPA restreint.

Le Président demande ensuite au Royaume-Uni d'exposer l'approche adoptée dans l'affaire relative au marché de l'assurance automobile privée.

Le délégué du Royaume-Uni présente l'expérience récente de l'autorité de la concurrence du Royaume-Uni concernant les APPA. L'autorité a examiné les clauses de parité utilisées par la place de marché d'Amazon, et Amazon les a retirées. Elle a également examiné des accords conclus dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne mais a traité ces accords comme des RPM et a clos l'affaire tout en continuant de surveiller les effets des clauses NPF restreintes sur le marché. L'autorité a aussi, en vertu de ses prérogatives en matière d'études de marché, ouvert une enquête sur le marché de l'assurance automobile privée dans son ensemble. Un volet de cette enquête portait sur la fréquence des APPA. Le délégué explique que l'utilisation de sites de comparaison en ligne dans le secteur de l'assurance automobile a progressé rapidement, un quart des souscriptions et plus de la moitié des nouvelles souscriptions s'effectuant par l'intermédiaire de ces sites. Les comparateurs en ligne ont des effets positifs pour les consommateurs parce qu'ils intensifient la concurrence entre prestataires d'assurance et réduisent les coûts

de recherche, mais le recours aux APPA (parfois désignés par le terme « clauses NPF portant sur les prix de détail ») suscite des inquiétudes. De plus, le mono-hébergement est fréquent, les consommateurs étant peu nombreux à utiliser plusieurs comparateurs.

Le délégué explique que dans ce contexte, les APPA sont soupçonnés de réduire la concurrence par les prix, de faire obstacle à l'entrée sur le marché et d'empêcher des innovations qui profiteraient aux assureurs, par exemple qui permettraient de mieux prévenir la fraude. L'autorité a considéré qu'à l'inverse les APPA restreints n'avaient pas les mêmes effets anticoncurrentiels sur ce marché. Ils réduisent certes la concurrence entre les comparateurs et le canal de distribution direct de l'assureur, mais d'après l'enquête, ce canal direct faisait peu concurrence aux comparateurs. Il en a été déduit que même un réseau d'APPA restreints n'aurait pas d'effets important.

L'enquête a cherché à déterminer si les APPA étaient nécessaires à la viabilité des comparateurs. La crainte était qu'en l'absence d'un APPA restreint, les consommateurs doutent de la fiabilité de la comparaison de prix proposée par le comparateur et cessent de l'utiliser. Le délégué précise que l'enquête n'a pas permis d'identifier d'autres moyens par lesquels un comparateur de prix peut être certain que les assureurs proposent sur son site des prix aussi compétitifs que ceux que le consommateur a le plus de chances de voir sur le site des assureurs eux-mêmes (actuellement, les comparateurs appliquent un modèle d'agence et ne fixent pas les prix qui apparaissent sur leur propre site). L'autorité a examiné si les accords permettaient des investissements supplémentaires en éliminant le risque de parasitisme. Elle a également examiné d'autres moyens de résoudre ces problèmes, par exemple l'anonymat des résultats d'une recherche ou la construction d'une fidélité à la marque. Elle n'a pas jugé ces solutions crédibles, mais a estimé que l'adoption d'autres mécanismes de tarification pourrait l'être. Par ailleurs, elle a aussi jugé envisageable la mise au point d'un système de traçabilité permettant au comparateur de faire savoir à un assureur qu'un client qui a souscrit directement une police d'assurance l'avait en réalité trouvée sur son site Internet. L'autorité a toutefois décidé de ne pas examiner plus avant ces solutions puisqu'elle pensait que les APPA restreints n'auraient pas d'effets anticoncurrentiels.

Les APPA étendus ont donc été interdits, de même que les comportements des grands comparateurs de prix ayant des effets équivalents (par exemple le fait de menacer de déréférencement les assureurs pratiquant des prix inférieurs à un seuil convenu). L'autorité a autorisé le maintien des APPA restreints et attend de voir quels seront les effets de sa décision sur les prix.

5. L'ampleur des effets anticoncurrentiels et des effets positifs

Le Président interroge ensuite M. Bennett sur l'ampleur des effets qui ont été évoqués. Il souhaite en particulier savoir quand les APPA risquent d'avoir d'importants effets anticoncurrentiels et quand ils peuvent engendrer d'importants gains d'efficience.

M. Bennett explique d'abord avoir travaillé pour la partie plaignante dans l'affaire Amazon et pour la partie défenderesse dans l'affaire impliquant le secteur de l'hôtellerie. Il ajoute que le cabinet Charles River Associates est aussi intervenu dans des affaires survenues aux États-Unis mais que lui-même ne les connaît pas.

Il relève qu'apparemment, chacun s'accorde à reconnaître l'existence d'un important problème de parasitisme, la question étant en réalité de savoir si les APPA sont indispensables à sa résolution et si leurs effets positifs sont supérieurs à leurs effets anticoncurrentiels. S'agissant du caractère indispensable des accords, il rappelle que les plateformes ont besoin d'attirer à la fois les consommateurs et les hôtels et qu'elles risquent d'être moins utilisées et de perdre de leur valeur si leur utilisation est payante.

Il ajoute que manifestement, l'existence d'un effet anticoncurrentiel plus ou moins grand n'est pas contestée non plus. Ainsi, les APPA réduisent la concurrence sur les prix et empêchent l'entrée fondée sur une stratégie de prix bas. Il souligne cependant qu'ils facilitent l'entrée de concurrents dont les coûts sont relativement élevés ou de ceux qui misent sur la qualité plutôt que sur les prix pour être compétitifs. En conséquence, les autorités doivent déterminer quel type d'entrée sur le marché elles souhaitent privilégier.

Il indique vouloir insister sur le fait que l'ampleur du préjudice causé varie selon que les vendeurs peuvent ou non prendre une décision crédible de déréférencement. S'ils le peuvent, cette faculté garantit le maintien d'un certain degré de concurrence. Si les plateformes sont très substituables entre elles, la menace de déréférencement devient crédible (cela étant, si elles ne sont pas du tout substituables, l'APPA a peu d'effets préjudiciables). Il faudrait donc

que les autorités recherchent les plateformes qui ont un pouvoir de marché, étant donné que c'est ce pouvoir qui rend le déréférencement difficile pour les vendeurs. Selon M. Bennett, lorsqu'une plateforme n'a pas de pouvoir de marché, le préjudice est vraisemblablement relativement limité et peut être inférieur aux gains d'efficacité. Dès lors, l'exemption par catégorie des accords verticaux applicable lorsque la part de marché des parties est inférieure à 30 % pourrait constituer la solution.

Il avance qu'un réseau d'APPA restreints dans lequel aucune plateforme ne détient de pouvoir de marché a peu de chances d'être stable, les plateformes étant incitées à dévier de l'accord et à appliquer des commissions plus faibles. En conséquence, lorsque de multiples plateformes sans pouvoir de marché sont visées par un APPA restreint, il est nécessaire de rechercher si des accords tacites ou explicites n'ont pas été passés.

Concernant les actions correctives, il estime que d'un point de vue économique, tout porte à croire que les APPA étendus sont vraisemblablement plus préjudiciables que les APPA restreints. Abordant la question des APPA également applicables aux ventes hors ligne, il relève que certains pays ont estimé que le commerce hors ligne n'était pas en concurrence avec le commerce en ligne et qu'un APPA ne pouvait donc pas réduire la concurrence. Il ajoute que les APPA qui visent aussi les ventes hors ligne incitent davantage les vendeurs à se déréférencer. De ce fait, dans certaines circonstances, la restriction du champ d'application d'un APPA entraîne en réalité une hausse des prix. Enfin, il se penche sur la question de savoir si les mesures correctives doivent être imposées à toutes les plateformes ou seulement à celles qui n'ont pas de pouvoir de marché et relève, en particulier, que la suppression des accords passés par les plateformes qui ont un pouvoir de marché devrait inciter les plateformes plus petites à réduire leur commission.

Le Professeur Hviid fait d'abord observer que les sites Internet de comparaison de prix commencent par extraire de pages Internet des données sur les prix. Du fait que les comparateurs ont cette capacité à extraire des données sur les prix, un vendeur qui demande à ne plus être référencé sur une plateforme peut empêcher les clients d'acheter par l'intermédiaire de celle-ci, mais il ne peut pas empêcher le prix de ses produits d'apparaître sur la plateforme. Ensuite, il relève que le multi-hébergement étant possible, c'est en réalité la question de savoir si le risque de parasitisme compromet la viabilité de la plateforme qui est déterminante en ce qui concerne la question des effets sur l'efficacité. Dès lors, l'important est de savoir si la plateforme qui joue le rôle d'intermédiaire survit ou non et, partant, si les coûts de recherche sont ou non réduits et la concurrence entre vendeurs stimulée. Au-delà de cette question, savoir si les plateformes réalisent ou non des profits élevés ne relève pas de la compétence d'une autorité de la concurrence.

M. Bennett objecte que les autorités ne doivent pas se contenter d'apprécier la viabilité de la plateforme, et doivent aussi s'intéresser à l'ampleur de l'investissement. Il ajoute que si certaines plateformes font l'objet d'un mono-hébergement, elles détiennent un pouvoir de marché, ce qui pose un problème.

Le délégué de l'UE demande à M. Bennett s'il pourrait exister un parasitisme, non seulement entre la plateforme et le vendeur, mais aussi entre plateformes.

M. Bennett répond que s'agissant du marché de l'hôtellerie, il constate que les plateformes sont légèrement plus préoccupées par le risque de parasitisme des hôtels que par le risque de parasitisme d'autres plateformes, mais que celui-ci n'en constitue pas moins un risque important. Il ajoute que tout dépend du niveau où l'on estime que l'existence d'une concurrence compte le plus.

Le Président demande si l'existence éventuelle de situations de mono-hébergement ne signifie pas qu'il n'y a finalement pas de concurrence à perdre, si bien que la question des effets anticoncurrentiels des APPA perd de son importance.

Selon M. Bennett, il est possible que certains consommateurs n'utilisent qu'une seule plateforme, auquel cas les plateformes peuvent être en concurrence pour devenir la plateforme en question. Parallèlement, il peut y avoir des consommateurs qui utilisent plusieurs plateformes, lesquelles se font alors concurrence pour être celle choisie pour effectuer une réservation.

Le Professeur Heimler estime qu'il pourrait y avoir un lien entre la commission et le parasitisme, plus de parasitisme conduisant par exemple à une hausse des commissions. Si tel est le cas, les hôtels ont également intérêt à ce qu'il y ait moins de parasitisme. Il demande pourquoi la possibilité, pour les plateformes, d'offrir une remise de fidélité (par exemple, en offrant gratuitement la dixième réservation) ne suffit pas à préserver la concurrence.

M. Bennett répond que de nombreux travaux ont été consacrés aux remises et à leur éventuelle efficacité, par exemple à la question de savoir si l'argent provenant d'une commission plus élevée est restitué au consommateur sous la forme de remises.

Le Professeur Hviid estime qu'il est tout à fait possible que la rente résultant de l'APPA disparaisse sous l'effet d'un surinvestissement dans des fonctionnalités ou dans des remises. Il relève en outre que ces remises profitent à certaines personnes et non à d'autres, ce qui engendre des effets de distribution.

Le Président demande au délégué des Pays-Bas de décrire les critères qui seront utilisés pour évaluer de futures affaires.

Le délégué des Pays-Bas répond que l'autorité appréciera d'abord le degré de pouvoir de marché de la plateforme. Elle analysera par exemple le comportement des consommateurs, parce que s'ils sont nombreux à n'utiliser qu'une seule plateforme, la plateforme en question dispose d'un pouvoir de marché, les vendeurs étant contraints de passer par son intermédiaire pour toucher les consommateurs en question. Elle appréciera aussi le pouvoir de marché des vendeurs impliqués, les caractéristiques du marché (par exemple le degré de différenciation des produits) et cherchera à déterminer si les plateformes ont d'autres moyens à leur disposition pour attirer les consommateurs. Le délégué ajoute que l'autorité a eu des échanges avec l'association néerlandaise des hôteliers au sujet de l'affaire des OTA il y a quelques années, alors que Booking.com ne détenait qu'une petite part du marché. Il considère cependant que lorsqu'une décision est prise à un moment donné, il est important de suivre l'évolution du marché pour s'assurer que cette décision reste pertinente.

Le Président demande ensuite aux États-Unis si l'autorité a été confrontée à des affaires impliquant des APPA et, dans l'affirmative, comment elle les a abordées.

Le délégué des États-Unis souligne la grande complexité de ces questions. Il estime que pour comprendre les effets de ces accords sur la concurrence, il faut examiner les faits de chaque espèce, l'accord et le marché dans lequel il a été conclu. Il cite un exemple dans lequel l'autorité de la concurrence a remis en cause un accord NPF conclu entre un assureur santé et un grand nombre d'hôpitaux. Selon cet accord, les prix facturés à l'assureur ne devaient pas être supérieurs à ceux facturés aux autres assureurs, et, dans certains cas, devaient être inférieurs de 40 %. Cet écart était tel que certains concurrents furent exclus du marché. Le délégué reconnaît que les clauses de parité peuvent aussi permettre des investissements et estime donc qu'il faut apprécier les faits de chaque espèce pour déterminer s'il y a lieu d'intervenir.

6. Questions juridiques liées à l'évaluation de ce type d'APPA

Le Président demande ensuite à M. Winckler de présenter sa contribution.

M. Winckler commence par préciser qu'il a représenté la partie défenderesse dans l'affaire du livre numérique ainsi qu'un moteur de recherche, mais que l'opinion qu'il exprime ici ne reflète en rien celle de son cabinet ou de ses clients. Il explique que les APPA sont très répandus dans le secteur des technologies de l'information et qu'il n'est par conséquent guère surprenant qu'en Europe, 14 autorités nationales de la concurrence enquêtent actuellement sur ces clauses ou l'aient fait récemment. Le sujet est donc important et la réunion arrive à point nommé.

M. Winckler pose la question des instruments juridiques qui peuvent être utilisés pour traiter les APPA et des interventions possibles. Il examine d'abord la possibilité d'utiliser les règles relatives aux pratiques concertées (article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne). Selon lui, il existe deux seuils pertinents dans le système européen. Le premier détermine si l'APPA a un effet sensible sur le commerce. Selon lui, il est peu probable qu'un tel effet existe dans le cas, par exemple, d'un APPA conclu entre un hôtel situé quelque part dans la banlieue de Rome et une petite plateforme. Cependant, la jurisprudence montre qu'un tel accord pourrait tomber sous le coup de l'article 101 en présence de plusieurs accords parallèles ayant la même finalité ou le même effet économique. L'autre seuil intervient lorsque ces clauses sont répandues et utilisées par des plateformes transnationales, ce qui

entraîne des problèmes d'attribution. Il se pose d'abord un problème de compétence, portant sur la question de savoir qui est compétent pour connaître de l'affaire, et un problème matériel, lié à la détermination du type de droit applicable.

Il distingue ensuite les pratiques horizontales des pratiques verticales. S'agissant des pratiques horizontales, il relève que dans l'affaire du livre numérique, la Commission européenne comme le ministère de la Justice des États-Unis ont invoqué des théories du préjudice fondées sur des pratiques collusoires. Ces théories reposaient, non pas sur l'effet des APPA ou du modèle d'agence, mais sur la manière dont ces accords avaient été adoptés. S'agissant des pratiques verticales, il cite l'exemption par catégorie visant les clauses d'exclusivité, sous réserve que certaines conditions soient remplies. Il relève cependant que l'exemption par catégorie n'est pas applicable à une restriction qui empêche le vendeur de fixer son prix de vente (par exemple aux RPM, qui, selon les lignes directrices sur les restrictions verticales, peuvent être équivalentes à des clauses NPF). Dès lors, que le seuil de 30 % de part de marché soit ou non atteint, il n'est pas certain que l'exemption par catégorie puisse s'appliquer aux APPA.

Il souligne que les lignes directrices sur les restrictions verticales citent deux types de gains d'efficacité susceptibles de rendre les RPM ou les clauses NPF acceptables, à savoir 1°) le fait que ces clauses favorisent l'innovation et l'entrée sur le marché et 2) le fait qu'elles empêchent le parasitisme. Il explique que dans l'affaire sur le livre numérique instruite dans l'UE, il y a peu d'explications sur la raison pour laquelle l'introduction d'une nouvelle plateforme n'était pas suffisante pour justifier une clause NPF.

Il explique que le modèle d'agence peut s'apparenter à une zone de sécurité pour les restrictions verticales. En effet, selon le droit de l'UE, lorsqu'une personne a la qualité d'agent d'un fournisseur, l'un et l'autre font partie de la même entreprise ou unité économique, si bien qu'un accord conclu entre eux ne tombe pas sous le coup de l'article 101. Il précise toutefois que la reconnaissance de la véritable qualité d'agent repose essentiellement sur la question de savoir si l'agent supporte ou non le risque financier ou commercial. Il est fréquent que les plateformes n'achètent pas le produit ou ne prennent pas de risques liés aux produits qu'elles distribuent. Il ajoute que l'exemption peut également ne pas s'appliquer à la relation d'agence en raison des effets cumulés de plusieurs accords d'agence parallèles.

Il en déduit que de multiples théories juridiques et de multiples interventions sont envisageables. Dans certaines situations d'agence, il n'est pas certain que l'article 101 s'applique. De même, il n'est pas évident qu'une clause NPF soit assimilable à un RPM. Il est également difficile de savoir si les autorités vont analyser les situations sous un angle unilatéral, en considérant qu'un fournisseur impose la clause à une plateforme, ou multilatéral. La situation est donc très compliquée s'agissant des interventions des autorités de la concurrence. M. Winckler conclut qu'il n'est pour l'heure pas établi que les APPA constituent des RPM et que même si elles n'en sont pas, elles peuvent ou non bénéficier d'une exemption en vertu de la règle des 30 % de part de marché. De surcroît, ces accords peuvent se justifier au nom de l'efficacité, comme c'est le cas dans l'affaire relative au secteur de l'hôtellerie. Le droit est donc pour l'heure loin d'être clair. M. Winckler envisage ensuite la possibilité d'invoquer l'abus de position dominante (article 102) et souligne que certains juristes estiment que les autorités devraient cesser d'analyser les APPA sous l'angle des pratiques concertées pour se concentrer sur le pouvoir de marché et examiner si ces accords ont un effet d'exclusion. Il précise cependant que les autorités européennes se montrent jusqu'à présent réticentes à accueillir les arguments fondés sur les gains d'efficacité.

Pour conclure son intervention, M. Winckler fait observer que la Commission a ouvert une nouvelle enquête sur Amazon. Elle n'examine cette fois pas l'affaire sous l'angle d'une possible restriction au commerce imposée à Amazon par les éditeurs, mais cherche à déterminer si Amazon a imposé aux éditeurs des accords de parité portant sur d'autres éléments que le prix, plus précisément si les éditeurs sont tenus de lui proposer le même modèle économique que celui qu'ils proposent à des plateformes concurrentes. Le modèle économique recouvre ici, notamment, les activités promotionnelles et les différents modes de rémunération.

Le Président invite ensuite l'Australie à faire part de son expérience en matière d'APPA.

Le délégué de l'Australie décrit brièvement une affaire dans laquelle Flight Centre, une agence de voyage en ligne, était soupçonnée d'avoir voulu s'entendre sur les prix avec plusieurs compagnies aériennes internationales. Il explique que l'affaire a été abordée sous l'angle de la définition du marché. La Cour fédérale a retenu l'existence d'un marché des services de réservation et de distribution de vols, mais en appel, la Cour fédérale siégeant en formation plénière a estimé que le marché était en réalité celui des services de voyages aériens internationaux et que

Flight Centre était l'agent des compagnies aériennes, si bien qu'elle n'était pas en concurrence avec elles et qu'une entente sur les prix n'était dès lors pas possible. L'autorité de la concurrence tente actuellement de former un recours devant la Haute Cour.

7. Différences entre les APPA et les restrictions verticales classiques

Le Président invite le Professeur Hviid à s'exprimer sur les autres types d'APPA décrits dans son document de référence.

Le Professeur Hviid répond que la deuxième série d'affaires correspond au scénario inverse de celui des affaires déjà évoquées, à savoir à des situations dans lesquelles le producteur interdit à la plateforme de mieux promouvoir un produit concurrent que le sien. L'affaire American Express, actuellement pendante aux États-Unis, en constitue un exemple. Les problèmes soulevés sont fondamentalement les mêmes que ceux déjà envisagés, à ceci près que l'affaire American Express montre que les APPA ne portent pas nécessairement sur les prix et peuvent imposer une parité des conditions contractuelles.

Le Président propose ensuite à la Roumanie de décrire le traitement réservé à une affaire concernant la conclusion d'APPA dans le secteur de la distribution.

Le délégué de la Roumanie explique que l'affaire porte sur une série de clauses RPM conclues à l'initiative de producteurs et de clauses de parité exigées par les distributeurs. Les clauses de parité permettaient au distributeur A de s'assurer que lorsqu'un produit du producteur était en promotion dans ses points de vente, le producteur ne permettait pas aux autres distributeurs de s'aligner sur le prix promotionnel ou de pratiquer un prix plus bas. Parallèlement, une clause NPF classique était intégrée à tous les contrats d'achat conclus entre les distributeurs et les producteurs. L'accord RPM permettait au producteur d'avoir la maîtrise des prix pratiqués par le distributeur et, par conséquent, de s'assurer que l'APPA était appliqué pendant la période de promotion et d'éviter la concurrence sur les prix. Le délégué explique que les clauses d'exclusivité étant temporaires, il était peu probable qu'elles engendrent des gains d'efficacité en favorisant l'investissement. Il ajoute que les promotions jouent un rôle très important dans le secteur roumain de la distribution alimentaire, les ménages consacrant 42 % de leur budget à l'alimentation et aux boissons, si bien que la moitié de la population recherche activement les promotions.

Le Président invite ensuite la Turquie à s'exprimer sur le lien entre APPA et RPM.

Le délégué de la Turquie répond que des enquêtes sont en cours mais qu'aucune décision n'a pour l'heure été rendue dans des affaires impliquant des APPA. Il espère cependant que l'expérience de la Turquie dans le domaine des RPM sera utile compte tenu des points communs qui existent entre l'évaluation des RPM et celle des APPA.