

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

L'application du droit de la concurrence au secteur numérique

Nanterre, 17 novembre 2016

Conférence | Concurrences N° 2-2017

www.concurrences.com

Martine Behar-Touchais

Professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Florian Bien

Professor, Würzburg University

David Bosco

Professeur, Université d'Aix-Marseille

Thomas K. Cheng

Professor, Hong Kong University

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

Professeur, Université Paris Nanterre

Emmanuelle Claudel

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Allen P. Grunes

Cofondateur, Konkurrenz Group, Washington, DC

Laurence Idot

Professeur, Université Paris II - Panthéon-Assas

Lauren Leblond

Maître de conférences, Université Paris Nanterre

Thierry Pénard

Professeur, Université de Rennes I

Nicolas Petit

Professeur, Université de Liège
Codirecteur, Liege Competition and Innovation
Institute ("LCII")

Maurice E. Stucke

Cofondateur, Konkurrenz Group, Washington, DC

L'application du droit de la concurrence au secteur numérique

Nanterre, 17 novembre 2016

Propos introductifs

Anne-Sophie Choné-Grimaldi
Professeur, Université Paris Nanterre

I. Les moteurs de recherche

Introduction

Laurence Idot
Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Droit de l'UE (Partie I)

Nicolas Petit
Professeur, Université de Liège
Codirecteur, Liege Competition and Innovation
Institute ("LCII")

Droit de l'UE (Partie II)

Lauren Leblond
Maître de conférences, Université Paris Nanterre

Report on the analysis of the first fictitious case under PRC Anti-Monopoly Law: Chinese law

Thomas K. Cheng
Professeur, Université de Hong Kong

Data-opolies: The US point of view

Maurice E. Stucke
Cofondateur, Konkurrenz Group, Washington, DC

Allen P. Grunes
Cofondateur, Konkurrenz Group, Washington, DC

Synthèse

Laurence Idot
Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

II. La distribution en ligne

La distribution sélective à l'épreuve de la vente en ligne: Point de vue d'économiste

Thierry Pénard
Professeur, Université de Rennes I

Observations sur le cas Asoft: Point de vue de juriste

David Bosco
Professeur, Université d'Aix-Marseille

Synthèse

Martine Behar-Touchais
Professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

III. Les plateformes d'intermédiation

Point de vue français: L'approche européenne

Emmanuelle Claudel
Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

Report on the analysis of the third fictitious case under PRC Anti-Monopoly Law: Chinese law

Thomas K. Cheng
Professor, Hong Kong University

Zero-priced services on Internet platforms and competition law (european and german laws)

Florian Bien
Professor, Würzburg University

Synthèse

Anne-Sophie Choné-Grimaldi
Professeur, Université Paris Nanterre

Propos introductifs

Depuis plusieurs années, les institutions européennes et les autorités de concurrence concentrent leur attention sur le secteur numérique (Voir La stratégie numérique pour l'Europe, lancée en mai 2010).

Le colloque international qui s'est tenu à l'Université Paris Nanterre, le 17 novembre 2016, avec le soutien du CEDCACE (centre de droit civil, des affaires et du contentieux économique), du CEJEC (centre d'études juridiques européennes et comparées), d'Economix, de l'Ecole doctorale de l'UFR Droit et sciences politiques et de la région Ile-de-France, a pris le parti de recourir à une technique de recherche innovante, fondée sur la résolution de cas pratiques fictifs. Trois cas ont été proposés : le premier sur les pratiques mises en œuvre par un moteur de recherche, le deuxième sur celles relative à la distribution en ligne et le troisième sur les pratiques des nouvelles plateformes d'intermédiation.

Des universitaires juristes français, allemand, belge, américain, chinois et japonais ont été sollicités pour résoudre ces cas en application de leur droit national. Des universitaires économistes ont également apporté leur éclairage sur chacun de ces sujets. Le but de cette manifestation était double : d'une part, obtenir une comparaison réelle de nos droits de la concurrence, d'autre part, évaluer la pertinence des règles de droit positif pour répondre aux nouveaux enjeux issus de la révolution numérique.

Toute la richesse des échanges oraux qui ont eu lieu ce jour n'a pas pu être transcrite mais les trois synthèses offrent tout de même un éclairage sur chacun des systèmes de droit qui était représenté ce jour.

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

annesophiechone@yahoo.fr

Professeur, Université Paris Nanterre

Thomas K. Cheng

tkhcheng@hku.hk

Professeur, Université de Hong Kong

Allen P. Grunes

allengrunes@konkurrenzgroup.com

Cofondateur, Konkurrenz Group,
Washington, DC

Laurence Idot

laurence.idot@sfr.fr

Professeur, Université Panthéon-Assas
(Paris II)

Lauren Leblond

lauren.leblond@hotmail.fr

Maître de conférences, Université Paris-
Ouest Nanterre La Défense (Paris X)

Nicolas Petit

nicolas.petit@ulg.ac.be

Professeur, Université de Liège
Codirecteur, Liege Competition and
Innovation Institute ("LCII")

Maurice E. Stucke

mauricestucke@konkurrenzgroup.com

Cofondateur, Konkurrenz Group,
Washington, DC

ABSTRACT

Le cas no 1 a mis en scène les pratiques d'un moteur de recherche; il a été traité en droit chinois, américain, japonais et en droit de l'UE. Un économiste a également apporté son éclairage.

Case 1 was dedicated to the practices of search engines in the scope of Chinese, American and European laws. An economist has also shared his point of view on the matter.

I. Les moteurs de recherche

1. Rant est un moteur de recherche particulièrement efficace, présent dans tous les pays du monde. Sur le marché de la publicité sur moteur de recherche, Rant dispose d'une part de marché qui oscille entre 70 et 90 %, selon les pays. Si l'on prend l'ensemble du marché de la publicité en ligne, sa part de marché descend à 30 %, car il faut compter avec la publicité sur les réseaux sociaux, qui est dominée, à 75 %, par Facebook.

2. Les raisons du succès de Rant sont connues: performance de l'algorithme de recherche, haute profitabilité de son activité de vente d'espace publicitaire, diversification des services proposés (météo, cartographie, comparateur de prix, système d'exploitation pour smartphone...).

3. Un certain nombre de pratiques doivent aujourd'hui être examinées sous l'angle de leur conformité au droit de la concurrence :

- Sur la page de recherche dite "naturelle" (c'est-à-dire hors cadre publicitaire placé en haut et sur le côté des pages de recherche), Rant privilégie certains opérateurs, qu'il référence de manière prioritaire, sans appliquer son algorithme neutre. Ces opérateurs sont ceux qui le rémunèrent pour ce service ou avec qui Rant a des liens capitalistiques. Cette pratique est-elle licite ? Le moteur de recherche est-il libre de son classement ?
- Sur l'onglet "réseau social", Rant classe toutes les références issues des réseaux sociaux¹. Mais il apparaît que Rant classe de manière prioritaire toutes les références trouvées sur Twitter. Cela s'explique par l'existence de liens capitalistiques entretenus entre Rant et Twitter. Cette pratique est-elle licite ? Le moteur de recherche peut-il avantager ainsi un réseau social avec qui il a des liens ?
- Rant est en train de concevoir une voiture sans chauffeur qui fonctionnera avec ses services de cartographie en temps réel. Pour utiliser le véhicule, il faudra donc nécessairement passer par l'application Rant map. Cette pratique est-elle licite ou faut-il y voir une vente liée illicite ?

Les ressources de Rant sont en très grande partie issues de son activité publicitaire. Un des facteurs d'attractivité mis en avant par Rant est la qualité et le nombre des données accessibles au moteur de recherche qui lui permettent de proposer à l'internaute une offre publicitaire ciblée. Ces données, en permettant une meilleure contextualisation de la publicité, améliorent la performance des campagnes publicitaires. La pratique consistant, pour Rant, à se servir des données récoltées grâce à l'historique de navigation Rant vous semble-t-elle licite ? D'autres acteurs de l'économie digitale souhaiteraient avoir accès à ces données, mais Rant refuse de les communiquer en vertu du droit à la protection de la vie privée. Qu'en pensez-vous ? ■

¹ Pratique inspirée du mode de fonctionnement du moteur de recherche Qwant.

Introduction

Laurence Idot

laurence.idot@sfr.fr

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Le premier cas qu'il nous est demandé de traiter porte sur les moteurs de recherche. Pour mémoire, l'opérateur Rant, présent dans tous les pays du monde, dispose sur le marché de la publicité sur moteur de recherche d'une part de marché qui oscille entre 70 et 90% selon les pays, mais cette part descend à 30% si l'on raisonne sur l'ensemble du marché de la publicité en ligne, du fait de la présence sur ce dernier des réseaux sociaux, dont Facebook.

2. Quatre séries de questions sont posées à nos orateurs.

– Les deux premières peuvent être regroupées, dans la mesure où, avec des variantes, elles portent toutes deux sur le référencement des opérateurs. Dans la première situation, qui concerne la page de recherche dite "naturelle", Rant n'applique pas son algorithme neutre, dans la mesure où il référence de manière prioritaire les opérateurs qui le rémunèrent pour ce service, ou avec lesquels il a des liens capitalistiques. Dans la seconde situation, qui porte sur l'onglet social où Rant classe toutes les références issues des réseaux sociaux, Rant classe là encore de manière prioritaire les références trouvées sur Twitter en raison de leurs liens capitalistiques. Les questions à traiter sont simples dans leur formulation : ces pratiques sont-elles licites ? Cela revient à se demander si un moteur de recherche est libre de son classement ou s'il peut avantager certains opérateurs.

– Le problème suivant est tout à fait différent. Rant se lance dans de nouveaux marchés puisqu'il est en train de concevoir une voiture sans chauffeur qui fonctionnera avec ses services de cartographie en temps réel. La difficulté vient du fait qu'il faudra nécessairement passer par son application Rant map. Là encore, il nous est demandé de déterminer si la pratique est licite.

– La dernière question est en relation avec l'accumulation des données que permet l'utilisation par les internautes des moteurs de recherche en ligne, lesquelles, on le sait, ont une valeur, car elles permettent aux opérateurs de proposer des offres publicitaires ciblées. Le problème posé est double. Il s'agit, d'une part, de déterminer s'il est licite pour Rant de se servir des données récoltées grâce à l'historique de navigation. Il s'agit, d'autre part, de déterminer si d'autres acteurs de l'économie digitale peuvent avoir accès à des données et si Rant pourrait

refuser de les communiquer en invoquant un droit à la protection de la vie privée.

3. Pour traiter ce cas, nous disposons d'un panel diversifié. M. Bourreau, professeur à Telecom Paris Tech, fera une introduction générale à l'ensemble des questions en présentant, dans une perspective économique, les difficultés liées à ce qu'il convient d'appeler maintenant le *big data*, l'accumulation des données. C'est une préoccupation des autorités de concurrence et nous avons tous en mémoire notamment l'étude conjointe publiée au printemps dernier sur ce thème par l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt². Il pourra bien sûr réagir ensuite aux analyses qui seront présentées par les intervenants juristes qui vont se succéder. Le point de vue du droit américain sera présenté par M. Allen Grunes, praticien réputé et cofondateur de Konkurrenz Group, qui a beaucoup écrit sur ces sujets, notamment un ouvrage avec le professeur Maurice Stucke³. Il ouvrira le débat sur les deux premières questions qui ont été liées. Nous reviendrons ensuite en Europe, avec la présentation en droit européen, qui sera opérée par un binôme formé de M. Nicolas Petit, professeur à l'Université de Liège, et Mme Lauren Leblond, maître de conférences à l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense. Nous partirons ensuite vers l'est, vers l'Asie, avec les présentations en droit chinois du professeur Thomas Cheng de l'Université de Hong Kong et en droit japonais du professeur Hiroko Nakagawa-Obana de l'Université de Sapporo⁴. ■

2 Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016, disponible, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf>.

3 V. par ex., A. P. Grunes and M. E. Stucke, Big Data and Competition Policy, *OUP*, 2016 ; v. égal., No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data (April 28, 2015), *Antitrust Source* (April 2015), Online; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2600051>.

4 Aux fins de la publication, les communications de chaque intervenant sont présentées en un seul bloc, alors qu'elles ont été présentées en trois temps lors du colloque pour permettre des échanges.

Droit de l'UE (Partie I)

Nicolas Petit

nicolas.petit@ulg.ac.be

Professeur, Université de Liège
Codirecteur, Liege Competition and Innovation Institute ("LCII")

Introduction

1. Pour les besoins de ce cas, nous posons pour hypothèses que Rant détient une position dominante sur certains marchés de la publicité en ligne, et qu'il référence préférentiellement certains agents économiques sur sa page de recherche naturelle⁵.

2. Nous plaçons notre recherche dans un cadre purement positif – *de lege lata* – sans chercher à critiquer le droit applicable – *de lege ferenda*. Pour couper à toute controverse, on admet qu'un degré d'effets anticoncurrentiels est nécessaire à la caractérisation d'une infraction.

I. Pratiques de Rant sur la page de recherche dite "naturelle"

3. C'est la légalité de ces politiques de préférence qui est interrogée. L'une consiste à favoriser des opérateurs qui le rémunèrent dans les résultats de recherche naturelle. On parlera de préférence à la rémunération. L'autre à favoriser des opérateurs à qui il est lié capitalistiquement. On parlera d'autopréférence. Dans un cas comme dans l'autre, Rant ne leur applique pas l'algorithme de recherche neutre (*search algorithm*). Il applique donc d'autres algorithmes. Dans le premier cas, un algorithme de publicité *via* recherche (*search advertising algorithm*). Dans le second cas, un algorithme de positionnement de produit (*product placement algorithm*). Invariablement, Rant ne semble pas informer les internautes de l'application de ces algorithmes.

⁵ Nous pouvons d'ores et déjà, par hypothèse conservatrice, dériver de la part de marché de Rant sur le marché de la publicité en ligne que celui-ci attire vers sa page de recherche naturelle un nombre majoritaire d'internautes.

4. Avant d'examiner la légalité de ces pratiques au regard de l'article 102 TFUE (2.), dissipons quelques doutes quant à l'applicabilité du droit de la concurrence à des pratiques potentiellement abusives mises en œuvre dans les activités gratuites de recherche naturelle (1.).

1. Sur l'applicabilité du droit de la concurrence aux pratiques d'une entreprise dominante commises hors marché

5. Les pratiques de préférence opèrent sur un service *a priori* non marchand, puisque les internautes ne payent pas pour le référencement. La plupart des agissements litigieux ne sont pas observés sur l'un des marchés publicitaires en ligne sur lesquels elle détient une position dominante, mais sur un versant, un côté, une autre face du marché, qui concerne l'activité de référencement de résultats non publicitaires que les internautes viennent consulter. Si la lettre de l'article 102 TFUE semble expressément exclure qu'un abus puisse intervenir hors marché, le droit de la concurrence n'empêche pas de condamner des pratiques abusives prises sur un marché distinct de celui où s'exerce l'abus, sous réserve de la preuve d'une connexité entre les deux marchés⁶.

Où est donc ce deuxième marché ?

6. Ce problème est fictif. Le droit de l'abus de position dominante n'impose en rien de prouver qu'un abus s'exerce sur un marché. Dans l'affaire *Rambus*, la Commission soupçonnait un fabricant de processeurs d'avoir abusé en dissimulant sa technologie à ses concurrents au cours de réunions⁷. Dans l'affaire *AstraZeneca*, la Commission critiqua un fabricant pharmaceutique qui avait tenté de flouer une autorité publique⁸. Des abus peuvent donc intervenir "hors sol".

⁶ Arrêt du 14 novembre 1996, *Tetra Pak c/ Commission*, C-333/94 P, EU:C:1996:436, § 27 et arrêt du 17 décembre 2003, *British Airways c/ Commission*, T-219/99, EU:T:2003:343, § 127.

⁷ Décision de la Commission du 9 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE, aff. COMP/38.636 – *Rambus*.

⁸ Décision de la Commission du 15 juin 2005 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE, aff. COMP/A-37.507/F3 – *AstraZeneca*.

7. Au demeurant, s'il était nécessaire de trouver un marché auquel rattacher de possibles abus, il serait parfaitement possible de considérer qu'en l'espèce, on se trouve sur la face gratuite d'un marché biface.

8. Si cela n'était pas encore suffisant, la question de savoir si l'activité de référencement, gratuite, constitue un marché peut, en tant que telle, être tranchée dans l'affirmative. La commissaire Vestager a ainsi récemment déclaré que l'activité de référencement est faussement gratuite, les clients payant en nature: "*Consumers use search engines that produce incredibly accurate results. Social networks let people keep in touch with friends, wherever they are in the world. And they don't pay a single penny for those services. Instead, they pay with their data*".⁹

9. Des données empiriques confirment d'ailleurs que l'utilisation de données personnelles représente une valeur marchande dépensée par les utilisateurs lorsqu'ils naviguent sur Internet¹⁰. Il est pertinent de relever que certaines entreprises rémunèrent directement l'internaute qui partage ses données de connexion. Notamment, l'application Screenwise Trends Panel¹¹ rémunère ses utilisateurs 3 \$ par semaine pour enregistrer leurs habitudes de navigation. L'entreprise Handshake¹² autorise quant à elle ses utilisateurs à négocier directement le prix de leurs données de connexion avec des entreprises qui souhaitent en faire l'acquisition. En conséquence, et pour nous placer dans une hypothèse conservatrice, nous dirons que les pratiques litigieuses opèrent sur le "marché de l'achat en nature de résultats de recherche naturelle par les internautes", ce que les spécialistes anglo-saxons résument graphiquement en parlant d'*eyeballs*, et que l'on pourrait assimiler à une audience ou à un lectorat gratuit.

10. Ce versant du marché est bel et bien interdépendant avec les marchés dominés sur le versant de la publicité. Car plus il y a d'utilisateurs du côté gratuit, plus les annonceurs publicitaires se presseront du côté payant. La condition de "connexité" requise en jurisprudence est donc bel et bien remplie.

2. Sur la légalité des pratiques de préférence de Rant

11. Cela étant posé, examinons séparément les deux déclinaisons des pratiques de préférence de Rant.

2.1 Préférence à la rémunération

12. La première est celle de la préférence à la rémunération. Rant offre à des opérateurs qui le rémunèrent de désactiver son algorithme de recherche neutre/organique. Le cas échéant, Rant y substitue un autre type d'algorithme dit "de recherche publicitaire"¹³, afin de faire remonter sur un espace réservé de la page leurs résultats de recherche. Cette préférence à la rémunération pourrait distordre la concurrence en avantageant les opérateurs référencés qui payent, par rapport à ceux référencés qui ne payent pas. Toutefois, de telles distorsions du *level playing field* ne paraissent pas violer le droit européen de la concurrence¹⁴. L'article 102 c) TFUE, qui interdit la discrimination tarifaire abusive, (i) n'interdit pas de traiter différemment des situations non comparables¹⁵; (ii) n'interdit pas la discrimination du premier degré qui consiste à allouer une ressource rare – ici, les positions préférentielles du classement – à ceux qui les valorisent le plus; (iii) est en pratique essentiellement appliqué aux situations dans lesquelles l'entreprise dominante favorise une entreprise qui lui est liée dans un marché aval¹⁶.

13. Ceci étant, il faut réserver l'hypothèse d'un abus non pas vis-à-vis des opérateurs référencés, mais vis-à-vis des internautes qui utilisent Rant pour rapatrier des résultats de recherche naturelle – ils achètent en nature – et reçoivent sans en être informés des résultats classés par un algorithme de "recherche publicitaire".

14. Cette question soulève à son tour deux sous-hypothèses d'abus: l'un d'exploitation, l'autre d'exclusion. Premièrement, il pourrait y avoir un abus d'exploitation si l'internaute qui croit observer des résultats retournés par un algorithme de recherche neutre/organique se voit présenter sans en être informé des résultats classés par un algorithme de recherche publicitaire payant. Ceci est d'abord un problème économique, car la qualité du service fourni ne correspond pas au service attendu. Or, l'information est ce sur quoi les usagers se fondent pour participer à des transactions économiques.

15. De plus, cette pratique soulève un problème moral de déloyauté. L'utilisateur pourrait s'estimer lésé, berné, voire trompé. En droit européen de la concurrence, on rappellera que, dans l'affaire *AstraZeneca*, les juges européens avaient condamné la fourniture d'informations trompeuses à une autorité publique¹⁷.

9 M. Vestager, Making data work for us, Speech delivered in Copenhagen, Data Ethics even on Data as Power, 9 septembre 2016.

10 C. Liem et G. Petropoulos, The economic value of personal data for online platforms, firms and consumers, Brugel, 14 janvier 2016 (disponible à l'adresse: http://bruegel.org/2016/01/the-economic-value-of-personal-data-for-online-platforms-firms-and-consumers/#_ftnref14).

11 Screenwise Trends Panel (disponible à l'adresse: <https://www.screenwisetrends.com>).

12 Handshake (disponible à l'adresse: <http://handshake.uk.com>).

13 M. Cave and H. Williams, The Perils of Dominance: Exploring the Economics of Search in the Information Society, ICOMP, March 2011.

14 On observera que l'objet d'un site de référencement, c'est de classer, ce qui implique de différencier, distinguer, discriminer.

15 Le texte de l'article 102 c) dispose qu'il est abusif "[d]'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence".

16 V. D. Geradin et N. Petit, Price Discrimination under EC Competition Law: The Need for a case-by-case Approach, *GCLC Working Paper 07/05*, pp. 35-37 (disponible à l'adresse: https://www.coleurope.eu/system/files_force/research-paper/gclc_wp_07-05.pdf).

17 Arrêt du 1^{er} juillet 2010, *AstraZeneca c/ Commission*, T-321/05, EU:T:2010:266, § 355, confirmé par l'arrêt du 6 décembre 2012, *AstraZeneca c/ Commission*, C-457/10 P, EU:C:2012:770, § 68.

Mais est-ce réellement le cas ?

16. Au fond, cette question nécessite d'examiner si les clients sont en droit d'attendre de Rant un classement neutre. Or, en l'espèce, Rant et, plus généralement, les moteurs de recherche ne sont soumis *a priori* à aucune obligation légale de neutralité. Les consommateurs ne peuvent pas revendiquer un droit à des résultats neutres, qui aurait été enfreint. Toutefois, si des États membres, comme les Pays-Bas par exemple, introduisaient des législations sur la neutralité du Net, alors des violations de l'article 102 TFEU seraient envisageables.

17. En revanche, un droit à l'explication a été introduit sur tout responsable de traitement de données quant à "*l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage, visée à l'article 22, paragraphes 1 et 4, et, au moins en pareils cas, des informations utiles concernant la logique sous-jacente, ainsi que l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour la personne concernée*"¹⁸. À compter de l'entrée en vigueur du règlement 2016/79, cette prescription pourrait être considérée comme suffisante pour éliminer tout problème d'abus.

18. Par ailleurs, il pourrait être utile d'examiner si Rant a créé de telles attentes légitimes dans sa communication commerciale et institutionnelle. Car, en effet, on sait depuis l'affaire *Huawei c/ ZTE* que, lorsqu'une entreprise dominante "*crée des attentes légitimes auprès des tiers*" qu'elle va octroyer un service à certaines conditions, il peut être abusif de ne pas servir à ces conditions¹⁹. Le cas échéant, la violation des "attentes légitimes" des internautes qui assument recevoir des critères de recherche neutres pourrait être constitutive d'abus.

19. À notre connaissance, Rant ne s'est jamais publiquement engagée à employer un algorithme neutre sur sa page de recherches naturelles. Marissa Mayer, à l'époque responsable chez Google, expliquait : "*Search engines use algorithms and equations to produce order and organisation online where manual effort cannot. These algorithms embody rules that decide which information is 'best,' and how to measure it. Clearly defining which of any product or service is best is subjective*"²⁰. Ceci étant, dans leur article scientifique fondateur de 1998, Serguei Brin et Larry Page, les fondateurs de Google, qui a installé la norme, concluaient par les phrases suivantes : "*(...) it could be argued from the consumer point of view that the better the search engine is, the fewer advertisements will be needed for the consumer to find what they want. (...) But we believe the issue of advertising causes enough mixed incentives that it is crucial to have a competitive search engine that is transparent and in the academic realm*"²¹."

18 Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

19 Arrêt du 16 juillet 2015, *Huawei c/ ZTE*, C-170/13, EU:C:2015:477, §§ 52-53.

20 M. Mayer, Do not neutralise the web's endless search, *Financial Times*, 14 juillet 2010.

21 S. Brin, et L. Page, The Anatomy of a Large-Scale Hypertextual Web Search Engine, in Seventh International World-Wide Web Conference (WWW 1998), 14-18 avril 1998, Brisbane, Australie. (disponible à l'adresse : <http://infolab.stanford.edu/~backrub/google.html>).

20. Le statut d'icônes de la recherche par Internet acquis depuis lors par les fondateurs de Google permet de croire que les internautes sont fondés à alimenter des attentes légitimes quant à la transparence du classement, et à la non-interférence de considérations publicitaires sur la partie de la page collationnant les résultats de recherches naturelles (organiques). Alternativement, des sondages et enquêtes d'opinion pourraient être réalisés pour comprendre quelles anticipations forment les internautes en la matière.

21. Sur ce point, on ajoutera que les attentes légitimes des internautes peuvent également résulter de la mise en page des résultats de recherche. Si certains résultats sont signalés comme sponsorisés, le consommateur peut raisonnablement en déduire que les autres résultats sont issus d'une recherche naturelle inaltérée.

22. Deuxièmement, il pourrait y avoir un abus d'exclusion si Rant maintenait délibérément l'opacité autour de la préférence contre rémunération dans ses résultats, afin de conserver le revenu publicitaire réalisé (ou de le maximiser), mais sans risquer que les internautes ne désertent sa plateforme de recherche au profit de concurrents. Certes, cette piste est intéressante, mais elle postule que les sites concurrents ne pratiqueront pas la préférence contre rémunération. Or, ce postulat est illogique, puisque les moteurs de recherche concurrents, qui ne sont pas dominants, sont plus libres que Rant de se livrer à de la préférence contre rémunération.

2.2 Autopréférence

2.2.1 Abus d'exploitation ?

23. Rant a mis en place une politique d'autopréférence, selon laquelle il désactive son algorithme de recherche neutre/organique, et applique sur une section de la page de recherche un algorithme de "placement de produit" qui privilégie les sites avec qui il a des liens capitalistiques, et ce, toujours sans en informer les usagers. Comme pour l'hypothèse précédemment évoquée, il pourrait y avoir *mutatis mutandis* un problème d'abus d'exploitation, dans la non-divulgaration aux internautes de l'emploi d'un algorithme de placement de produit dans la section de page qu'ils croient réservée aux résultats naturels/organiques.

2.2.2 Abus d'exclusion ?

24. En revanche, il y a également ici un problème plus évident d'abus d'exclusion, *via* un risque de discrimination abusive de deuxième ligne (aussi connue sous le nom de "discrimination accessoire") contraire à l'article 102 c) TFUE. Cette disposition prévoit qu'il est interdit pour une entreprise dominante "[d']appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence". Dans ses conclusions sous l'arrêt *Post Danmark A/S c/ Konkurrencerådet*, l'avocat général Mengozzi a défini la discrimination de seconde ligne comme une pratique tarifaire discriminatoire "*dont les effets anticoncurrentiels se produisent sur le ou les marchés des 'partenaires commerciaux', leur 'infligeant*

un désavantage dans la concurrence”²². À cette aune, la politique d'autopréférence de Rant semble traiter inégalement ses partenaires commerciaux selon qu'ils ont, ou non, avec lui des liens capitalistiques, et pourrait, le cas échéant, conduire à désavantager dans la concurrence les entreprises qui ne lui sont pas liées.

25. Qu'en est-il ? La preuve du “désavantage dans la concurrence” à l'égard “de partenaires commerciaux” en vertu de l'article 102 c) ne crève pas les yeux²³. La décision de la Commission dans l'affaire *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg*²⁴ suggère que la condition de désavantage concurrentiel nécessite la réalisation d'une analyse économique de “compétitivité”, mesurant la part relative des coûts liés à la discrimination par rapport aux coûts totaux de l'activité. Cette jurisprudence confirme au reste que toute politique de différenciation tarifaire d'une entreprise dominante n'est pas illégale²⁵.

26. Or, les faits ne fournissent aucune information sur ce point. Toutefois, la mécanique algorithmique mise en place par Rant accrédite l'hypothèse d'un désavantage concurrentiel affectant certains partenaires commerciaux. Il faut bien comprendre que si les sites discriminés, c'est-à-dire les concurrents des entreprises liées, ne sont pas de manière évidente des “partenaires commerciaux”, ils le deviennent du fait de la pratique de Rant, car en les défavorisant, Rant les pousse à employer ses autres solutions – c'est-à-dire l'algorithme de recherche publicitaire, et les autres colonnes de placement –, afin qu'ils demeurent prééminents. En effet, s'ils veulent conserver un placement avantageux, les concurrents défavorisés des entreprises liées capitalistiquement à Rant devront payer Rant pour obtenir l'application de l'algorithme de recherche publicitaire déjà discuté, et ainsi contrecarrer l'application de l'algorithme de placement de produit dont bénéficient les entreprises liées. Ce surcoût est, de toute évidence, un désavantage dans la concurrence pour ces partenaires commerciaux.

27. De plus, au regard de la jurisprudence européenne, la pratique de Rant paraît constituer un “cas type” de discrimination accessoire. En jurisprudence, les affaires *Deutsche Bahn*²⁶, *GT-Link*²⁷ ou encore *E.ON*²⁸ démontrent que l'article 102 TFUE appréhende les cas dans lesquels les opérateurs dominants utilisent leurs ressources – par exemple une infrastructure – pour favoriser des filiales

au détriment de leurs concurrents. De plus, ces affaires démontrent qu'il n'est pas requis d'établir l'existence d'une “facilité essentielle”.

28. En revanche, à un degré plus profond d'analyse, l'application de l'article 102 c) pourrait laisser subsister quelques doutes. Premièrement, la jurisprudence rendue en application de l'article 102 TFUE capte essentiellement des configurations où sont en cause des relations capitalistiques fortes de type “contrôle”, et fut, le cas échéant, essentiellement appliquée en pratique à des entreprises verticalement intégrées. Il n'est pas certain qu'elle puisse être appliquée à des liens capitalistiques moins étroits, comme des prises de participations minoritaires. On sait par exemple que de nombreux opérateurs de l'économie numérique entretiennent des liens capitalistiques non contrôlants avec de nombreux autres opérateurs économiques. C'est le cas de Google et Uber, ou encore d'Apple et Didi. La jurisprudence n'est pas claire sur la solution à apporter si celles-ci favorisaient ces “entreprises liées” mais non contrôlées. Le recours à la notion d'abus de position dominante collective verticale, employé dans l'affaire *Irish Sugar*, pourrait apporter un début de solution²⁹. Nonobstant, cette jurisprudence isolée est tombée en désuétude.

2.2.3 Abus d'exclusion (bis) ?

29. Enfin, une dernière hypothèse d'abus d'exclusion est envisageable. Ainsi, il pourrait être considéré qu'en favorisant des opérateurs avec qui il entretient des liens capitalistiques, Rant parvient à orienter les internautes vers des sites Internet qu'il contrôle. Le cas échéant, Rant augmente l'échelle de son écosystème de données personnelles et de recherche utiles à ses activités de moteur de recherche. Cette pratique élève donc encore davantage les barrières à l'entrée sur les activités de recherche. En 2009, Eric Schmidt, le CEO de Google, déclara³⁰ : “Scale is key. We just have so much scale in terms of the data we can bring to bear. (...) We are a company that operates at scale (...) trust me it is a scale company.” Et au sujet de Microsoft, il déclara : “We think search is about comprehensiveness, freshness, scale and size for what we do. It's difficult for them to copy that”³¹.

30. On se trouve donc dans l'hypothèse classique d'une discrimination abusive dont les effets se produisent sur le marché de la recherche sur lequel opèrent les concurrents de l'entreprise dominante et relevant le cas échéant de l'article 102 b) TFUE.

22 Conclusions de l'avocat général Mengozzi, CJUE, 24 mai 2011, *Post Danmark AIS c/ Konkurrencerådet*, C-209/10, EU:C:2012:172, § 46.

23 Dans une affaire *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB c/ STIM*, la Cour a insisté sur le fait qu'il incombait aux juges, dans les affaires de discrimination accessoire, d'établir la preuve d'un désavantage concurrentiel. Arrêt du 11 décembre 2008, *Kanal 5 Ltd et TV 4 AB c/ Föreningen Svenska Tonsättare Internationella Musikbyrå (STIM)*, C-52/07, EU:C:2008:703, § 44.

24 Décision de la Commission, 23 juillet 2004, COMP/A.36.568/D3 – *Scandlines Sverige AB v. Port of Helsingborg*.

25 *Ibidem*, § 285.

26 Arrêt du 18 juin 2015, *Deutsche Bahn AG c/ Commission*, C-583/13 P, EU:C:2015:404.

27 Arrêt du 17 juillet 1997, *GT-Link AIS c/ De Danske Statsbaner (DSB)*, C-242/95, EU:C:1997:376.

28 Décision de la Commission du 4 mai 2010, Case COMP/39.317 – *E.ON Gas*.

29 Décision de la Commission du 14 mai 1997, IV/34.621, 35.059/F-3 – *Irish Sugar plc.*; arrêt du 7 octobre 1999, *Irish Sugar c/ Commission*, T-228/97, EU:T:1999:246.

30 E. Schmidt, 2009 ANA Annual Conference, 6 novembre 2009 (disponible à l'adresse : https://www.youtube.com/watch?v=s8aZY_3297M&feature=channel).

31 *Ibidem*.

II. Pratiques de Rant sur l'onglet "réseau social"

31. Sur l'onglet "réseau social", Rant offre des résultats de recherche issus des réseaux sociaux. Or, il s'avère que Rant classe de manière prioritaire toutes les références relatives à Twitter, avec qui il entretient des liens capitalistiques. En revanche, les références relatives à d'autres réseaux sociaux sont déclassées à des positions inférieures. De nouveau, il est permis d'inférer que Rant utilise un autre algorithme dit "de placement de produit" pour Twitter, et non son algorithme naturel, qu'il n'applique qu'aux autres réseaux sociaux.

32. On se trouve donc de nouveau face à une politique d'autopréférence, susceptible de relever de l'interdiction, d'une part, des abus d'exploitation pour non-divulgateur aux internautes en vertu de l'article 102 a) et, d'autre part, des discriminations accessoires prévues à l'article 102 c) TFUE.

33. Cette conclusion semble valable, quelle que soit la caractérisation de l'onglet "réseau social": soit il s'agit d'un simple filtre de la page générale de recherche, comparable à Rant images, Rant vidéos, ou Rant actualités; soit il s'agit d'un agrégateur de résultats de recherche sur réseaux sociaux, comparable à SkyScanner; soit il s'agit d'un moteur de recherche vertical, comparable à Google Scholar. À tous points de vue, Rant réseau social est uniquement accessible au départ de la page de recherche naturelle de Rant. Et cliquer sur l'onglet "réseau social" est équivalent à ajouter après une requête le terme "réseau social" dans la boîte de recherche de la page Rant générale. Il s'agit donc d'un service spécialisé, destiné à circonscrire le champ des retours de référence.

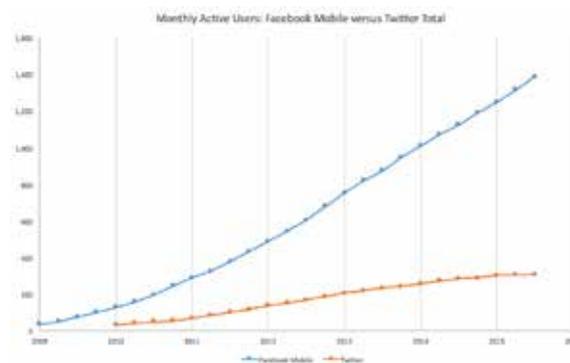
34. La condition de désavantage concurrentiel à l'égard des partenaires commerciaux est difficile à apprécier. Voici pourquoi. Selon une étude menée par le Pew Research Center, les utilisateurs des réseaux sociaux ont des profils distincts. Le réseau social LinkedIn est une plateforme de candidature B2B, sur laquelle les heures idéales pour publier sont les mardi, mercredi et jeudi entre 10-11 heures et 17 et 18 heures³². Les utilisateurs de Facebook sont relativement jeunes, majoritairement entre 18 et 49 ans, avec des profils horaires de publication sensiblement différents. Enfin, sur Twitter, les profils des usagers sont encore distincts, et le réseau est souvent fréquenté pendant le week-end, pendant la pause de midi et après le travail. Cela signifie que, du point de vue des usagers, mais aussi des annonceurs souhaitant faire de la publicité sur réseaux sociaux, ces diverses plateformes ne

sont pas substituables, mais complémentaires³³. Dès lors, il serait tentant de conclure qu'en avantageant Twitter sur sa plateforme, Rant ne retire aucun revenu publicitaire à LinkedIn et Facebook, qui sont en toute hypothèse fréquentés par les annonceurs.

35. Certes, en avantageant Twitter, Rant attire les internautes vers le visionnage de son réseau social affilié. Or, plus la part d'internautes fréquentant Rant Web et utilisant l'onglet "Rant social" – et finissant sur Twitter – est importante, plus les incitations des annonceurs à prioriser la publicité sur Twitter au détriment de LinkedIn et Facebook seront fortes. De plus, Rant devrait dégager de plus grands profits *via* cette pratique, car il est vraisemblable que plus de clics sur les annonceurs se feront *via* Twitter que sur LinkedIn et Facebook.

36. Toutefois, tant que Facebook et LinkedIn demeurent les réseaux qui, respectivement, réunissent le plus grand nombre d'utilisateurs (v. graphique 1) et le plus grand revenu publicitaire (v. graphique 2), il n'est pas évident de considérer que la discrimination accessoire créée à leur endroit un désavantage de compétitivité. ■

Graphique 1



Source: B. Thompson, How Facebook Squashed Twitter

32 On pourrait sans doute y ajouter Xing.

33 S. Greenwood, A. Perrin et M. Duggan, Social Media Update 2016, 11 novembre 2016 (disponible à l'adresse: <http://www.pewinternet.org/2016/11/11/social-media-update-2016>).

Graphique 2

Bargain users

Microsoft's proposed acquisition of LinkedIn values each monthly user at \$247, below the average per user value over the company's history but above the per user valuation for Facebook or Twitter.



Source: M. Fahey, Microsoft got LinkedIn's users at a discount, CNBC, 14 juin 2016 (disponible à l'adresse: <http://www.cnbc.com/2016/06/14/microsoft-got-linkedin-users-at-a-discount.html>)

Droit de l'UE (Partie II)

Lauren Leblond

lleblond@u-paris10.fr

Maître de conférences, Université Paris Nanterre

I. Le couplage d'un objet connecté et d'une application gratuite peut-il constituer une vente liée illicite ?

1. “Rant est en train de concevoir une voiture sans chauffeur qui fonctionnera avec ses services de cartographie en temps réel. Pour utiliser le véhicule, il faudra donc nécessairement passer par l'application Rant map. Cette pratique est-elle licite ou faut-il y voir une vente liée illicite ?”

2. En d'autres termes, le couplage d'un objet connecté (en l'occurrence, la voiture sans chauffeur) avec une application gratuite (en l'occurrence, l'application Rant map) constitue-t-il une vente liée illicite ?

1. Vente liée : Du produit lié payant au produit lié “gratuit”

3. L'affaire de référence en matière de vente liée est l'arrêt *Microsoft* rendu par le Tribunal de l'Union européenne en 2007³⁴. Le Tribunal a décidé que la vente liée du système d'exploitation et du lecteur multimédia était un abus de position dominante. Dans le cas qui nous est soumis, l'application fictive Rant map rappelle fortement l'application existante Google Maps. Une spécificité importante doit dès lors être soulignée : l'application est “gratuite” pour l'utilisateur dans le sens où il n'a pas à fournir de contrepartie financière. La contrepartie fournie à l'entreprise est la collecte et l'utilisation

des informations obtenues sur l'utilisateur³⁵. Les données collectées au moyen de cette application permettent à l'entreprise de se développer non pas sur la face gratuite du marché de l'application, mais sur la face payante du marché de la “publicité hyper ciblée”. Le produit lié apparaît donc “gratuit” à l'utilisateur de l'application, car la contrepartie qu'il fournit n'est pas financière.

4. Pour que le risque d'une vente liée illicite existe, encore faut-il considérer que l'absence de prix pour le produit lié n'empêche pas de qualifier la pratique de “vente” liée.

2. Les conditions de la vente liée

5. Pour qu'il y ait vente liée illicite, quatre conditions doivent être réunies : tout d'abord, l'entreprise détient une position dominante sur le marché du produit liant (la voiture) ; ensuite, le produit liant et le produit lié sont deux produits distincts ; par ailleurs, les consommateurs n'ont pas le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié ; enfin, la pratique restreint la concurrence³⁶. Aux vues des conditions de la vente liée, l'apparente gratuité de l'application n'est pas un obstacle à la constitution d'une vente liée. Reprenons à présent les différentes conditions de la pratique abusive afin d'examiner si ces conditions sont réunies en l'espèce.

2.1 L'entreprise est-elle en position dominante sur le marché du produit liant (le marché de la voiture sans chauffeur) ?

6. La voiture connectée n'est plus du tout un concept de science-fiction comme cela pouvait l'être il y a encore trente ans pour les téléspectateurs de la série *K 2000*. Ce marché est désormais en plein essor et de nombreux prototypes sont développés par les fabricants (par exemple les

35 V. B. Lasserre, “Free” goods and services: Is there such a thing? (Demain la concurrence, Paris, 13 juin 2016), 1^{er} septembre 2016, *Concurrences* n° 3-2016, Art. n° 80853, www.concurrences.com.

36 V. TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, préc. ; Communication de la Commission du 24 février 2009, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes.

34 TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, aff. 201/04.

voitures Tesla S, BMW i3 ou encore F015 de Mercedes-Benz). Cependant, le marché de la voiture connectée n'existe pas encore. L'entreprise Google prévoit par exemple la mise sur le marché de ses voitures vers 2020³⁷. En conséquence, aux vues des données du cas fictif, on ne peut pas savoir si l'entreprise Rant sera en position dominante sur le marché des voitures sans chauffeur. On ne peut donc pas savoir si la première condition de la vente liée illicite sera remplie.

2.2 La voiture sans chauffeur et l'application sont-elles des produits distincts ?

7. Pour qu'il y ait une vente liée illicite, il faut que les produits couplés soient des produits distincts. En d'autres termes, il faut que l'un des produits couplés puisse être remplacé par un autre produit. Cette condition, posée sous l'influence du droit américain, est désormais une condition classique³⁸. Pour déterminer si l'un des produits a un substitut, il faut se demander s'il existe une demande autonome des consommateurs pour chacun des produits. En l'occurrence, existe-t-il une demande autonome des consommateurs, d'une part, pour la voiture sans chauffeur et, d'autre part, pour l'application de cartographie ? La question est délicate. Des éléments de réponse sont disséminés dans différentes sources.

8. Un premier élément de réponse apparaît dans la Communication du 24 février 2009 sur les pratiques d'éviction abusives. Il est précisé dans cette communication qu'il y a vente liée illicite lorsqu'en l'absence de cette pratique *« de nombreux clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, permettant de la sorte une production indépendante du produit liant comme du produit lié »*³⁹. Nous avons vu qu'à l'heure actuelle, la voiture sans chauffeur n'était pas encore sur le marché. On ne peut donc pas savoir s'il existera demain une demande autonome des consommateurs pour chacun des produits. Cependant, nous sommes en l'espèce dans le secteur des technologies de l'information et de la communication (TIC).

9. Un deuxième élément de réponse se trouve dès lors dans l'arrêt *Microsoft* du Tribunal du 17 septembre 2007. Le Tribunal relève dans cet arrêt que *« le secteur des technologies de l'information et de la communication est un secteur en constante et rapide évolution, de sorte que des produits qui, au départ, apparaissaient comme distincts peuvent ultérieurement être considérés comme n'en formant »*

37 V. R. Acas, E. Barquissau, Y.-M. Boulvert, E. Dosquet, F. Dosquet et J. Pirotte, *Objets connectés. La nouvelle révolution numérique*, ENI Éditions, mars 2016, p. 57.

38 TPICE., 12 décembre 1991, *Hilti*, aff. T-30/89 ; CJCE, 2 mars 1994, aff. C-53/92 P : les pistolets et les chargeurs de clous sont-ils substituables par d'autres produits ? ; TPICE, 6 octobre 1994, *Tetra Pak II*, aff. T-83/91 ; CJCE, 14 novembre 1996, aff. C333/94 P : les machines utilisées pour mettre le lait en carton et les cartons sont-ils substituables par d'autres produits ? ; TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft I*, aff. T-201/04, et Commission, 16 décembre 2009, *Microsoft II* (procédure clôturée suite à des engagements pris par Microsoft) : les systèmes d'exploitation informatiques et les lecteurs multimédias ou navigateurs Internet sont-ils substituables par d'autres produits ?

39 Communication de la Commission du 24 février 2009, préc., pt 51.

*qu'un, aussi bien du point de vue technologique qu'au regard des règles de concurrence*⁴⁰. En d'autres termes, lorsque les voitures sans chauffeur apparaîtront sur le marché, la demande des consommateurs sera susceptible d'évoluer très rapidement. Il est probable que la voiture et l'application ne forment bientôt plus qu'un seul produit aux yeux des consommateurs.

10. Un troisième et dernier élément de réponse est à relever dans l'étude Droit de la concurrence et données, publiée le 10 mai 2016 par l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt. Pour savoir si une demande autonome des consommateurs existe pour le produit lié – en l'occurrence, pour l'application qui a été ultra personnalisée au moyen des données que Rant récolte sur les utilisateurs depuis longtemps –, il faut donc déterminer si un substitut à ce produit lié existe. Or on peut avoir le sentiment que les données permettant de concevoir cette application sont facilement disponibles. Il peut donc sembler assez simple de trouver un substitut. En réalité, l'étude rappelle que ce n'est pas si aisé. Il faut comparer ce qui est comparable : pour qu'il y ait un substitut à ces données, il faudrait qu'un concurrent puisse réussir l'exploit de réunir le même volume de données, avec la même variété, la même précision, la même actualisation... Cela peut parfois relever de la gageure.

11. En définitive, la deuxième condition de la vente liée est-elle remplie ? Le produit liant – la voiture sans chauffeur – et le produit lié – l'application de cartographie – seront-ils deux produits distincts pour lesquels il existera une demande autonome des consommateurs ? En d'autres termes, certains utilisateurs de la voiture sans chauffeur Rant voudront-ils nécessairement utiliser une autre application de cartographie que celle de Rant ? Rien n'est moins sûr, car l'existence d'un réel substitut – c'est-à-dire une application concurrente avec des données équivalentes permettant un service personnalisé de même qualité – est loin d'être certaine.

Qu'en est-il de la troisième condition ?

2.3 Est-il impossible pour les consommateurs d'obtenir le produit liant sans le produit lié ?

12. Si les consommateurs ne peuvent pas obtenir le produit liant sans le produit lié, alors la troisième condition de la vente liée illicite est remplie. En l'occurrence, pour déterminer si cette condition est remplie, il faut savoir ce qui empêche les utilisateurs de la voiture Rant de télécharger une application concurrente sur leur smartphone puis de le poser sur le tableau de bord de la voiture afin de faire interopérer l'application concurrente et la voiture. Est-ce une contrainte réelle subie par les utilisateurs de la voiture Rant, ou est-ce un choix délibéré de ces derniers ? S'il existe une contrainte réelle, une contrainte technique par exemple, alors la condition est remplie. Si c'est un choix délibéré des utilisateurs du

40 TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, préc., pt 913.

fait de la qualité supérieure de l'application de Rant sur les applications concurrentes, alors la condition n'est pas remplie. Les éléments qui sont fournis dans l'énoncé du cas fictif ne permettent pas de trancher ce point.

2.4 Le couplage effectué par Rant restreint-il la concurrence ?

13. Pour examiner si le couplage restreint la concurrence, il faut préalablement déterminer le marché sur lequel une restriction de concurrence pourrait être envisagée. Il n'y a pas de raison apparente laissant craindre une telle restriction sur le marché de la voiture sans chauffeur : l'application de Rant sera nécessairement utilisée dans les voitures Rant, mais cela ne veut pas dire que l'application ne pourra pas être utilisée dans les autres types de voitures. En revanche, une restriction sur le marché de la donnée semble plus probable, car les utilisateurs de la voiture Rant devront chacun se servir de l'application Rant. Rant sera donc la seule entreprise à pouvoir récolter les données des utilisateurs de ses voitures.

14. Il est important de souligner ici que le marché de la donnée est un marché absolument considérable. La donnée est désormais l'or noir des entreprises du numérique. Il est donc aisé de présumer que, demain, le marché de la donnée sera encore plus gigantesque qu'aujourd'hui et qu'il sera donc bien plus gros que le marché de la voiture. Le marché de la voiture aura ainsi certainement un chiffre d'affaires bien moindre que le marché de la publicité ciblée. En conséquence, même si tous les utilisateurs des voitures Rant utilisent demain l'application Rant, la vente liée envisagée ne permettra de capter qu'une infime partie du marché de la donnée. En d'autres termes, l'effet d'exclusion sur le marché de la donnée sera minime. Nous ne sommes certes pas en matière d'entente, mais en matière d'abus de position dominante : il n'y a donc pas de seuil de sensibilité⁴¹. En principe, même une restriction de concurrence minime pourrait donc conduire à un abus de position dominante. Pour autant, nous sommes en l'espèce sur un marché émergent et en pleine expansion. Or, dans l'arrêt *Microsoft/Skype* de 2013, le Tribunal a indiqué que l'intervention du droit de la concurrence sur ce type de marché devait être très prudente du fait de la volatilité de ces marchés⁴². L'intervention du droit de la concurrence nous semble donc peu probable. En définitive, la quatrième condition, celle de la restriction de concurrence, n'est certainement pas remplie.

41 CJUE, 6 octobre 2015, *Post Danmark II*, pt 73 : "Il en découle que la fixation d'un seuil de sensibilité (de minimis) en vue de déterminer une exploitation abusive d'une position dominante ne se justifie pas. En effet, cette pratique anticoncurrentielle est, de par sa nature même, susceptible de provoquer des restrictions de concurrence non négligeables, voire d'éliminer la concurrence sur le marché sur lequel opère l'entreprise concernée."

42 Communiqué de Presse, Trib. UE, 11 décembre 2013, *Microsoft/Skype* : "Dans ce contexte, le Tribunal estime que, même si l'acquisition de Skype permet à Microsoft de détenir une part de 80 à 90% d'un segment des communications grand public, correspondant aux communications vidéo faites à partir de PC fonctionnant sous Windows, le système d'exploitation développé par Microsoft, les parts de marché ainsi que le degré de concentration élevés sur ce segment du marché ne sont pas indicatifs d'un pouvoir de marché permettant à Microsoft de nuire de façon significative à la concurrence effective sur le marché intérieur. En effet, le secteur des communications grand public est un secteur récent en pleine expansion se caractérisant par des cycles d'innovation courts et dans lequel de grandes parts de marché peuvent s'avérer éphémères."

3. Conclusion générale

15. Évaluer si les quatre conditions de la vente liée sont réunies est une opération délicate. Il nous semble que la réponse est négative. Cela dépend tout d'abord de l'existence d'une position dominante sur le marché de la voiture ; ensuite, de l'existence de produits distincts (les données utilisées par l'entreprise Rant pour personnaliser son application ont-elles un réel substitut ?) ; en outre, cela dépend de l'existence d'une réelle obligation de la part des utilisateurs de ne pas utiliser d'application concurrente (or ce sera peut-être un choix délibéré de leur part si l'application de Rant est la plus performante) ; et enfin, cela dépend de l'existence d'une restriction de concurrence (ce qui n'est pas certain, car même s'il n'y a pas de seuil de sensibilité en matière d'abus de position dominante, nous sommes en l'espèce dans un secteur récent en pleine expansion sur lequel le juge européen n'intervient qu'avec prudence). Il semble en définitive peu probable qu'il faille envisager une vente liée illicite sur le fondement de l'abus de position dominante dans le cadre de notre cas fictif.

II. Récolte des données et refus de les communiquer à des tiers

16. "Les ressources de Rant sont en très grande partie issues de son activité publicitaire. Un des facteurs d'attractivité mis en avant par Rant est la qualité et le nombre des données accessibles au moteur de recherche qui lui permettent de proposer à l'internaute une offre publicitaire ciblée. Ces données, en permettant une meilleure contextualisation de la publicité, améliorent la performance des campagnes publicitaires.

La pratique consistant, pour Rant, à se servir des données récoltées grâce à l'historique de navigation Rant vous semble-t-elle licite ?" (1.)

"D'autres acteurs de l'économie digitale souhaiteraient avoir accès à ces données, mais Rant refuse de les communiquer en vertu du droit à la protection de la vie privée. Qu'en pensez-vous ?" (2.)

1. La récolte des données par l'historique de navigation est-elle licite du point de vue du droit de la concurrence ?

17. La première partie de la question 4 consiste à déterminer si la récolte des données peut constituer un abus de position dominante. En droit européen, le principe bien établi est que les préoccupations en matière de vie privée ne relèvent pas du droit de la concurrence, mais des règles de protection de données⁴³. Cependant, une exception a récemment été envisagée par les autorités de concurrence nationales française et allemande dans leur étude commune sur les données. La dégradation de la politique de confidentialité pourrait désormais être appréhendée sous l'angle de l'abus de position dominante lorsque deux conditions sont réunies : d'une part, "un opérateur collecte des données en violant de manière manifeste la législation relative à la protection des données personnelles", d'autre part, "il existe une forte interaction entre la collecte des données et la position sur le marché de l'entreprise"⁴⁴. L'autorité de la concurrence allemande a précisément engagé une procédure à l'encontre de Facebook au mois de mars dernier pour déterminer si les conditions générales que l'entreprise impose aux utilisateurs, et plus spécifiquement celles relatives à l'utilisation de leurs données personnelles, constituent un abus de position dominante sur le marché des réseaux sociaux. Il est éclairant à ce sujet d'apprendre que moins d'une personne sur cinq lit intégralement les avertissements sur la confidentialité (18%)⁴⁵. Ce chiffre paraît d'ailleurs assez optimiste à la lecture de certaines études qui établissent qu'un internaute standard aurait besoin de 76 jours de travail par an pour lire l'ensemble des conditions générales de tous les services dont il coche pourtant obligatoirement la case "J'ai lu et j'accepte les conditions générales d'utilisation"⁴⁶.

18. En définitive, la récolte des données par l'historique de navigation est-elle licite du point de vue du droit de la concurrence ? En principe, oui, sous réserve que l'évolution entamée par les autorités française et allemande prenne de l'ampleur.

43 CJCE, 23 novembre 2006, arrêt *Asnef Equifax*, aff. C-238/05, pt 63 : "Par ailleurs, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé, en substance, au point 56 de ses conclusions, les éventuelles questions relatives à l'aspect sensible des données à caractère personnel ne relevant pas, en tant que telles, du droit de la concurrence, elles peuvent être résolues sur le fondement des dispositions pertinentes en matière de protection de telles données"; Commission, 3 octobre 2014, concentration, décision d'autorisation du rachat de WhatsApp par Facebook, § 164 : "Toutes les préoccupations liées à la vie privée résultant de l'augmentation de la concentration des données relevant du contrôle de Facebook en raison de la Transaction ne tombent pas dans le champ d'application des règles de droit européen de la concurrence, mais dans celui des règles européennes de protection des données."

44 V. l'étude Droit de la concurrence et données, publiée le 10 mai 2016 par l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt, p. 28.

45 V. l'eurobaromètre de la protection des données (juin 2015) : "Only a fifth of respondents fully read privacy statements (18%)" sur le site ec.europa.eu.

46 V.I. Nodet, Je n'ai pas lu les Conditions Générales d'Utilisation (CGU) ! Suis-je lié(e) ? dans *Réseaux sociaux : 101 questions juridiques. À l'initiative de l'ADJ*, C. Manara (dir.), éd. Diatemo, 2013, p. 45. Le chiffre donné dans ce chapitre a été antérieurement tiré de la référence suivante : Reading the Privacy Policies You Encounter in a Year Would Take 76 Work Days, *The Atlantic*, 1^{er} mars 2012, <http://www.theatlantic.com/technology/archive/2012/03/reading-the-privacy-policies-you-encounter-in-a-year-would-take-76-work-days/253851>.

2. Le refus de communiquer les données à d'autres acteurs en vertu du droit à la protection de la vie privée est-il licite du point de vue du droit de la concurrence ?

19. En règle générale, l'entreprise peut refuser de communiquer ses données à d'autres acteurs en vertu du principe de libre utilisation des ressources acquises ou créées et du principe de liberté contractuelle. La théorie des infrastructures essentielles constitue cependant une exception à la règle. Cette théorie nécessite la réunion de cinq conditions. Les quatre premières permettent de déterminer le caractère essentiel de l'infrastructure et, par là même, la position dominante de l'entreprise (2.1). La cinquième et dernière condition permet, quant à elle, de déterminer si l'entreprise abuse de sa position dominante. Ce sera le cas toutes les fois où l'accès à l'infrastructure est refusé dans des conditions restrictives injustifiées (2.2).

2.1 Les données récoltées par l'historique de navigation de Rant constituent-elles bien une infrastructure essentielle ?

20. Pour qualifier une infrastructure d'essentielle, quatre conditions doivent être réunies : premièrement, l'infrastructure ne connaît pas de substitut (2.1.1), deuxièmement, l'infrastructure est indispensable pour exercer une activité concurrente (2.1.2), troisièmement, l'infrastructure ne peut pas être reproduite dans des conditions économiques raisonnables (2.1.3), quatrièmement, l'accès à cette infrastructure est possible (2.1.4). Regardons si les conditions sont réunies en l'espèce.

2.1.1 Il n'existe aucun substitut réel ou potentiel à l'infrastructure

21. L'étude des autorités de concurrence allemande et française sur les données a montré qu'il convenait de privilégier l'idée selon laquelle la donnée est partout⁴⁷. Certaines données sont rares et il n'existe pas nécessairement de substitut. La question est donc de savoir s'il existe un réel équivalent. Pour le déterminer, il faut regarder les caractéristiques des données (rareté, variété, volume, actualité⁴⁸...). S'il n'y a pas de substitut, la première condition est remplie.

47 V. M. Cousin et C. Lemaire, Big data et droit de la concurrence. Que retenir de l'étude conjointe menée par les autorités allemande et française de concurrence ? mai 2016, disponible sur le site www.ashurst.com (consulté le 2 novembre 2016) ; v. l'étude Droit de la concurrence et données, publiée le 10 mai 2016 par l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt, p. 44.

48 B. Lasserre, "Free" goods and services: Is there such a thing? préc., n° 25. L'auteur rappelle que la répliquabilité d'une part, le volume et la variété des données nécessaires d'autre part, sont si riches d'enjeux et ont une importance tellement cruciale pour le secteur de la publicité en ligne qu'une enquête sectorielle sur ce secteur est en cours afin d'approfondir ces questions.

2.1.2 L'accès à l'infrastructure doit être indispensable pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole ou une position dominante

22. Les données récoltées grâce à l'historique de navigation sont-elles indispensables pour que les acteurs puissent exercer une activité concurrente sur un autre marché ? De quel marché connexe parle-t-on ? Il faudrait que des précisions soient apportées afin de pouvoir répondre plus précisément, mais il est en revanche certain que, pour cette condition aussi, il convient d'apprécier les qualités intrinsèques des données en cause (degré de précision, fréquence, obtention, ancienneté).

2.1.3 L'infrastructure ne peut pas être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère

23. Dans notre cas, l'infrastructure est créée progressivement par les consommateurs eux-mêmes qui délivrent les données au fur et à mesure qu'ils effectuent des recherches sur le moteur Rant. Si le moteur de recherche est en position dominante depuis un certain temps, comme c'est le cas par exemple pour le moteur de recherche Google, il est probable que cette condition soit remplie.

2.1.4 L'accès à l'infrastructure est possible

24. Nous ne voyons pas d'obstacle à ce que cette dernière condition soit remplie. Elle ne nous semble pas appeler d'interrogation particulière.

25. Les éléments exposés dans le cas fictif ne sont pas suffisants pour déterminer si les données détenues par le moteur de recherche Rant doivent être qualifiées d'infrastructures essentielles. Pour autant, cela ne semble pas obligatoirement à exclure. Dès lors, il convient d'examiner la cinquième et dernière condition nécessaire pour appliquer la théorie des infrastructures essentielles, celle qui permet de qualifier d'abus de position dominante la détention de ce type d'infrastructures : l'accès à cette infrastructure est-il refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ?

2.2 L'accès à l'infrastructure essentielle potentielle est-il refusé dans des conditions restrictives injustifiées ?

26. Si les données détenues par le moteur de recherche Rant étaient finalement qualifiées d'infrastructures essentielles, le droit à la protection de la vie privée pourrait-il constituer une justification objective au refus de l'entreprise Rant de communiquer les données aux autres acteurs de l'économie digitale ? Pour répondre à cette question, il convient d'envisager les deux types de justification objective : d'une part, le comportement est "objectivement nécessaire", par exemple pour des raisons touchant à la santé ou à la sécurité (2.2.1); d'autre part, le comportement "produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anti-concurrentiels produits sur les consommateurs"⁴⁹ (2.2.2).

49 V. Communication de la Commission du 24 février 2009, préc., pts 28 à 30; CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. 209/10.

2.2.1 Premier type de justification: Une justification externe à la concurrence

27. Le refus de Rant de communiquer les données à des entreprises tierces est-il "objectivement nécessaire" pour protéger le droit à la protection de la vie privée de ses utilisateurs ? Dans une hypothèse telle que celle présentée dans notre cas fictif, la question qu'il pourrait être opportun de se poser serait celle de savoir si les entreprises à qui l'accès aux données est refusé respectent ou ne respectent pas les règles en matière de protection des données personnelles. Dans le cas où une entreprise évincée respecte les règles en matière de protection des données personnelles, alors, selon nous, le comportement d'éviction ne pourra pas être justifié. Dans le cas où une entreprise évincée ne respecte pas les règles en matière de protection des données personnelles, alors il serait bénéfique de considérer que le comportement d'éviction pourrait être justifié. Il nous semble en effet intéressant de considérer ce refus comme objectivement nécessaire. Le comportement adopté par Rant apparaîtrait alors "indispensable et proportionné" pour protéger la vie privée de ses utilisateurs. Une telle solution nous semble opportune. Toutefois, à l'heure actuelle, les questions relatives à la protection des données personnelles préoccupent davantage les autorités allemande et française que la Commission européenne.

2.2.2 Second type de justification: Un gain d'efficacité

28. L'entreprise Rant peut-elle justifier son refus de communiquer les données aux autres acteurs de l'économie digitale par des considérations d'efficacité de son service ? En d'autres termes, le refus de Rant peut-il se justifier par un souci de qualité du service qu'il propose aux utilisateurs ? De manière préliminaire, rappelons que le moteur de recherche est un service gratuit : la concurrence ne se fait donc pas par les prix, mais uniquement par la qualité du produit fourni. Il peut dès lors être particulièrement important pour une entreprise d'avoir une politique très stricte s'agissant de la protection de la vie privée des internautes. En effet, certains utilisateurs valorisent beaucoup les services qui protègent leur vie privée. Pour nous en convaincre, prenons deux exemples. Le premier exemple est l'affaire Snowden. Le scandale déclenché en juin 2013 par la révélation de plusieurs programmes secrets de surveillance de masse américains ou britanniques a fortement remué l'opinion. Cet événement a d'ailleurs conduit à l'apparition de produits high-tech plus sécurisés sur le marché. Le deuxième exemple est la saga juridique qui a opposé l'entreprise Apple au gouvernement américain à la suite de la tuerie de San Bernardino en décembre 2015. Apple a refusé d'aider le gouvernement à décrypter l'iPhone de l'un des tueurs. La politique très stricte de protection des données personnelles de ses utilisateurs est précisément l'un des paramètres phares de la qualité du service d'Apple. En définitive, la protection des données personnelles est un élément de plus en plus valorisé par les consommateurs. Il peut donc apparaître opportun d'envisager une évolution qui conduirait à ce qu'une entreprise qui se trouve

dans des circonstances similaires à celles dans lesquelles se retrouve Rant dans notre cas fictif puisse justifier son refus de communiquer les données qu'elle possède à des entreprises tierces par le souci de proposer à ses utilisateurs un service de qualité.

29. Il convient quand même de souligner que les finalités poursuivies par les entreprises ne sont pas toujours claires et que certaines politiques commerciales peuvent même apparaître “schizophrènes”. Prenons l'exemple de l'application de messagerie instantanée WhatsApp. En avril 2016, WhatsApp annonce que les messages de ses utilisateurs sont désormais totalement cryptés. L'objectif poursuivi par l'entreprise est alors la protection de la vie privée de ses utilisateurs. En améliorant la protection des données, elle améliore la qualité de son service sur la face “gratuite” de son marché. Puis, quelques mois plus tard, en août 2016, les utilisateurs apprennent que WhatsApp compte partager certaines données de ses utilisateurs avec Facebook. L'objectif poursuivi par l'entreprise à travers ce changement brutal de finalité de politique commerciale est alors un meilleur ciblage des messages publicitaires. Le partage des données améliore la qualité de son service sur la face payante du marché. L'exemple des décisions prises par l'entreprise WhatsApp illustre bien le fait que les objectifs actuellement poursuivis par les entreprises de l'économie digitale sont parfois contradictoires et peuvent conduire à une politique commerciale apparemment “schizophrène”.

30. En partant du postulat selon lequel les données détenues par l'entreprise Rant constituent une infrastructure essentielle, on s'est demandé ci-dessus si cette dernière pouvait refuser le partage de ces données en vertu du droit à la protection de la vie privée. Existe-t-il une justification objective au refus de communiquer de telles données à des tiers ? Deux types de justifications ont été examinées : tout d'abord, une justification externe à la concurrence a été envisagée. Il convient alors de regarder les conditions générales imposées aux utilisateurs des services des entreprises à qui cet accès est refusé : ces entreprises respectent-elles les règles en matière de protection des données personnelles ? Ensuite,

c'est une justification concurrentielle qui a été envisagée. Certes, le droit européen ne considère pas que la protection de la vie privée est un enjeu concurrentiel. Cependant, nous avons vu que certaines autorités européennes nationales amorçaient une évolution en ce sens.

Conclusion générale

31. Comme nous l'avons constaté à travers nos développements, il est actuellement difficile d'apporter des réponses définitives aux questions relatives à la concurrence et aux données. Pour autant, l'idée phare de l'étude de mai 2016 portant sur ce sujet est que ces dernières sont en train de devenir le nouvel instrument de domination du marché. Lorsqu'un acteur fournit un produit ou un service “gratuit” et fonde son modèle économique sur la captation des données, l'examen de son comportement au regard du droit de la concurrence ne devrait pas seulement tenir compte du prix pécuniaire, mais aussi du prix non pécuniaire, c'est-à-dire de l'évaluation des données collectées. L'étude souligne encore qu'une meilleure connaissance des clients grâce aux données permet la personnalisation des offres, et pourrait même conduire à la discrimination par les prix. On arriverait alors au paradoxe d'Internet : les utilisateurs ont l'impression que les services d'Internet sont gratuits, et pourtant la masse de données récoltées sur chacun d'entre nous pourrait très bien servir demain à ce que les prix des produits soient adaptés à chaque utilisateur selon ses ressources financières, mais aussi, pour certains produits (assurances, prises en charges des dépenses de santé...), selon son mode de vie : est-ce qu'il conduit bien ? Est-ce qu'il a une bonne hygiène de vie ? Quel est son état de santé ? Pour les utilisateurs aisés, qui adoptent des comportements à risque, et qui en plus ne sont pas en parfaite santé, l'addition à payer pour des services présentés comme “gratuits” pourrait finalement se révéler bien onéreuse. ■

Report on the analysis of the first fictitious case under PRC Anti-Monopoly Law: Chinese law

Thomas K. Cheng

tkhcheng@hku.hk

Professeur, Université de Hong Kong

1. The three fictitious cases drafted by Professor Anne-Sophie Choné-Grimaldi raise interesting issues under Chinese competition law. One of the cases focuses on online distribution and restrictions on such distribution, on which there is scant case law or agency decisional practices. Therefore, this report will not cover that case and will focus on the search engine case and the intermediation platform case (see roundtable 3).

2. There are four kinds of practices at issue in this case: (1) search bias, (2) tab preference, (3) tying between self-driving cars and online map services, and (4) refusal to share data. The first issue to be determined is whether Rant is dominant in the search engine advertising market, which in turn depends on how the relevant market is defined. If the relevant market is defined as online advertising, it is unlikely that Rant would be found to be dominant. However, Rant is much more likely to be dominant if the relevant market only includes search engine advertising. Although market definition is highly case-specific and one should hesitate to draw too much guidance from a precedent, the Supreme People's Court ("SPC") faced very similar arguments in *Qihoo v. Tencent*, in which the defendant argued that the relevant market does not only include online chat software but encompasses also online platforms anchored by other kinds of services. The court rejected this argument because this way of defining market will overstate the substitutability of the services provided by different platforms. While different platforms may be fungible from the advertisers' perspective, they are quite distinct from the end users' perspective. By the same logic, the court would likewise find that search engine provides a different kind of service to end consumers and therefore should be defined as a distinct market from social media even though they may be fungible in the eyes of the advertisers.

3. If the relevant market is defined as search engine advertising, then there is a strong argument that Rant should be dominant given its market share of 70% to 90%. However, as mentioned earlier, one should not be

overconfident on this point as the SPC held that Tencent was not dominant despite holding similar market shares. The court emphasized the fact that there were numerous and well-resourced competitors in the market, and there were low barriers to entry, and low network effects and customer stickiness.

4. Assuming that Rant is dominant in the search engine advertising market, the next question is whether any of the four practices constitutes abuse of dominance. The search bias and tab preference both can be classified as instances of discriminatory treatment, which is expressly prohibited by Article 17(6) of the Anti-Monopoly Law ("AML"). Article 17(6) states that "*applying differential treatments to counter-parties to transactions who have the same qualifications with respect to transaction price and other transaction terms, without any justification*" constitutes an abuse of dominance. This is reiterated in the State Administration of Industry and Commerce ("SAIC") Regulations on Abuse of Dominance. Article 7 of the Regulations applies to discriminatory treatment of transactional counterparties. However, it should be pointed out that the focus of Article 7 is on transaction terms, such as price or discount, payment conditions or methods, transactional quantity, product type or quality. In fact, one can argue that Article 7 does not apply to conduct at issue because search bias and tab preference do not discriminate between different types of customers. Those who are favored are paid customers and those who are not favored have no transactional relationship with Rant.

5. There is no directly relevant case law or agency decisional practice on search bias and tab preference. Most of the discriminatory treatment cases have been court cases. However, one main difference between the PRC cases and the conduct at issue is that the PRC cases were concerned with differential treatment of end consumers. There was no downstream competitive impact in those cases. From the slew of discriminatory treatment cases decided by the courts such as *Li Fangping v. China Netcom*, *Feng*

Yungming v. Fujian Highway, and *Tongyuan Oil Transport v. Taizhou Petrochemical*, one can conclude that the Chinese courts have generally been unsympathetic to discriminatory treatment claims. They seem generally open to justifications. Some of the reasons the courts have used to reject past discriminatory treatment claims may apply to the search bias and tab preference claims. These include the parties are free to pay for favorable treatment, the agreements are negotiated on an equal and voluntary basis between parties, and the favored parties paid for the preference and there was hence adequate consideration. These justifications are likely to support Rant's more favorable treatment of firms with whom it has connections called "capitalistic links" in the fictitious case.

6. There is ample guidance from the courts and the SAIC on the proper analysis for tying claims. In *Qihoo v. Tencent*, the SPC laid down five elements in a tying claim: (1) the tying and tied products are separate products, (2) the defendant is dominant in the tying product market, (3) there is coercion of users to use the tied product, (4) the tie is improper, against transactional conventions, consumer habits and product functions; and (5) the tie produces foreclosure effect. Article 6 of the SAIC Regulations on Abuse of Dominance similarly states that tying of products or services that is contrary to transactional customs, consumer habits, and product functionality without proper justifications is prohibited. Article 8 further elaborates that proper justifications include (1) normal operational activity or efficiency, (2) economic efficiency, (3) public benefit, and (4) economic development. *Qihoo v. Tencent* suggests that the Chinese courts would be quite demanding in terms of evidence of foreclosure effects and would be receptive to justifications for tying conduct.

7. Based on the foregoing, it is unlikely that the tie at issue would be deemed to be illegal under the AML. Dominance would need to be shown in the tying market, which in this instance is self-driving cars. The case gives us no information on Rant's position in that market. Assuming that there is dominance, the separate products requirement and the coercion requirement seem to be met. Furthermore, the case gives us no information about transactional conventions, consumer habits, and product functionalities. More importantly, it is not entirely clear the tie would produce significant foreclosure effects.

Online mapping services have many possible uses. It is unlikely that even complete foreclosure in the self-driving car segment would have significant impact in the overall mapping services market.

8. The final claim concerns refusal on Rant's part to share search data. The SAIC Regulations on Abuse of Dominance again provide useful guidance on how to approach a refusal to deal or essential facilities claim. Article 4 of the Regulations prohibits refusal to deal in general and Article 4(5) sets out the essential facilities doctrine, which contains the following five elements: (1) feasibility of replicating facility, (2) dependence of third parties on the facility for their effective operation, (3) economic efficiency, (4) feasibility to provide access, and (5) no serious impact on facility owner's operation from providing access. In the *Sichuan Pharmaceutical* case, the Chongqing AIC asserted that if a refusal to deal resulted in a sacrifice of profit, it is more likely to be illegal. In *Wuxi Baocheng v. Wuxi Huarun*, the Jiangsu High People's Court noted that there are four elements to a successful refusal to deal claim: (1) the defendant must possess a dominant position, (2) the defendant refused to deal, (3) the refusal excluded or restricted competition, and (4) there was no reasonable justification for the refusal.

9. Assuming that Rant has a dominant position in the search advertising market, the key question is whether the refusal restricts competition and whether there is a proper justification. If competitors are still able to compete, albeit only slightly less effectively, it does not seem that competition has been restricted, and there would not be a successful refusal to deal claim. There seems to be no sacrifice of profit and no desire to monopolize the downstream market. Regarding data protection, there is no case law or agency decisional practice on whether refusal to share data is justified by data protection law. China does not have a comprehensive data protection regime. On the essential facilities doctrine claim, it is not clear whether it is feasible for competitors to replicate the data. It seems that it would be feasible to provide access. The degree of dependence is probably not high as competitors would still be able to sell search advertising. However, apart from the data privacy law, it would seem that allowing access would not have significant impact on Rant's operation. Overall, more facts would be needed to determine whether the doctrine applies. ■

Data-opolies: The US point of view

Maurice E. Stucke

mauricestucke@konkurrenzgroup.com

Cofondateur, Konkurrenz Group, Washington, DC

Allen P. Grunes

allengrunes@konkurrenzgroup.com

Cofondateur, Konkurrenz Group, Washington, DC

Introduction

1. In contrast to the European Commission, the U.S. Department of Justice (“DOJ”) and Federal Trade Commission (“FTC”) have not meaningfully prosecuted monopolistic abuses over the past sixteen years. The DOJ criminally prosecuted more persons in one year under the Migratory Bird Treaty Act (227 in 2012) than it has civilly and criminally prosecuted monopolies over the past 35 years (13 since 1980). Between 2005 and 2015, the DOJ opened twenty-two monopolization investigations, and brought only one case (in 2011).

2. The U.S. Supreme Court’s view on monopolies has also become forgiving. It surmised in one 2004 decision (and the first time in the Sherman Act’s history) that charging monopoly prices is “*an important element of the free-market system*,” and that monopoly pricing serves as an inducement to “*attract (...) business acumen in the first place*” and engage in “*risk taking that produces innovation and economic growth*.”⁵⁰

3. There is no empirical support that monopolies—whether in dynamic or static markets—are generally good for society.⁵¹ The richer empirical record rejects the Court’s Schumpeterian belief that monopoly rents are necessary “*to safeguard the incentive to innovate*.”⁵² As Professor Jonathan Baker notes, the claim that monopoly enhances incentives to innovate ignores important ways that greater competition enhances these incentives.⁵³ Thus firms often increase research and development investment in response to greater investment by

their rivals. The claim also ignores the ability of firms exercising market power to restrict, deter, or eliminate new forms of competition through exclusionary conduct.

4. Yes, one might say. But with the expansion of the data-driven economy, one has less to fear of monopolization. One reason, some claim, is that data-driven markets have low entry barriers. They are not susceptible to network effects. Data is ubiquitous, low cost, and widely available and thus has little, if any, competitive significance. Accordingly, dominant firms cannot exclude smaller rivals’ access to key data or use data to gain a competitive advantage. Moreover, it is harder to monopolize markets with free products or services. Consequently, competition will always come from surprising sources. After all, Facebook displaced MySpace, and Google displaced Yahoo.

5. We debunk these myths in our recent book, *Big Data and Competition Policy* (Oxford University Press, 2016). Our aim here is to summarize several reasons why data-driven markets can be monopolized, and identify one recent example of a data-driven exclusionary tactic. Thus, prosecuting monopolistic abuses is even more important in certain online industries.

⁵⁰ *Verizon Commc’ns Inc v. Law Offices of Curtis V Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 407 (2004).

⁵¹ M. E. Stucke, Should the Government Prosecute Monopolies? 2009 *University of Illinois Law Review* (2009): pp. 497, 507–29.

⁵² *Trinko*, 540 U.S. at 407.

⁵³ J. B. Baker, Taking the Error Out of “Error Cost” Analysis, 80 *Antitrust LJ* (2015): pp. 1, 14.

I. Why online markets can be monopolized

1. Entry barriers can be higher because of data-driven network effects

6. Some argue that data does not lend itself to entry barriers. This at times is true. Others, however, go further in claiming that “[o]nline markets are notable for their low entry barriers and typically do not require big data for entry.”⁵⁴ Google’s Chairman, for example, stated that “the barriers to entry are negligible, because competition is just one click away.”⁵⁵

7. There is no empirical support for concluding that entry barriers are invariably low (or, conversely, high) across online markets. The reality is that entry analysis for data-driven markets, as in other markets, will likely be fact-specific.

8. One problem is that the courts, competition agencies or dominant firms, in relying exclusively on antitrust’s traditional entry factors, may erroneously conclude that entry barriers are generally low in online industries. Indeed, under the traditional factors, the entry barriers may seem low, obviating the need for intervention.

9. For example, many online industries are dynamic and fast-growing. The General Court, in upholding the European Commission’s decision to not intervene in Microsoft’s acquisition of Skype, observed how the consumer communications sector was “a recent and fast-growing sector which is characterised by short innovation cycles in which large market shares may turn out to be ephemeral.”⁵⁶ In such a dynamic context, the Court noted, “high market shares are not necessarily indicative of market power and, therefore, of lasting damage to competition which Regulation No 139/2004 seeks to prevent.”⁵⁷

10. Another historical entry factor is any “technical or economic constraints which might prevent users from switching providers.”⁵⁸ Customers generally are not locked in if they can easily switch to other free products or services. The General Court did not find any “technical

or economic constraints” when users could download several communications applications on their operating device, and the software was free, easy to download, and took up little space on their hard drives.⁵⁹

11. Finally, launching a competing app may not require a lot of time and investment. And the requisite technology to enter may be standardized.

12. Focusing on these traditional factors, the agency or court may conclude that entry barriers are low. Take, for example, search engines, like Google, Bing, Yahoo!, and DuckDuckGo. They are free and easy to use. Users can switch easily from one search engine to another. Seemingly users are not locked in by any data portability issues. Moreover, search engines do not display the classic direct network effects that the courts and agencies have identified. Thus, in chastising the FTC for even investigating Google for monopolization, one U.S. senator claimed that “[c]ompared to almost any other market in the history of antitrust regulation, online search has effectively zero barriers to entry.”⁶⁰

13. If this were true, then the zero (or low) entry barriers and low switching costs should prevent any search engine from intentionally degrading quality (in terms of the relevance of the response to a search inquiry). As the European Commission’s statement of objections involving Google reflects, that is not the case.⁶¹ Moreover, if entry barriers were low, Microsoft would not have spent over “\$4.5 billion into developing its algorithms and building the physical capacity necessary to operate Bing.”⁶²

14. So, in focusing on traditional entry barriers, the agency, court, or politician will likely miss other important entry barriers—namely, data-driven network effects. Our book explores how data can amplify four potential network effects: first, classic network effects; second, network effects arising from the scale of data; third, network effects from the scope of data; and finally, how network effects on one side of a multi-sided platform can spill over to the other side.

15. This does not mean that markets susceptible to network effects always lead to dominance. As the European Commission aptly stated, “[t]he existence of network effects as such does not a priori indicate a competition problem in the market affected by a merger.”⁶³ Instead, the extent to which network effects have increased entry

54 D. S. Tucker and H. B. Wellford, Big Mistakes Regarding Big Data, *Antitrust Source*, December 2014, p. 1.

55 E. Schmidt, Executive Chairman of Google, Why Google Works, *Huffington Post*, 20 January 2015, http://www.huffingtonpost.com/eric-schmidt/why-google-works_b_6502132.html.

56 Case T-79/12 *Cisco Systems Inc v. Commission*, ECLI:EU:T:2013:635, 11 December 2013, § 69.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*

59 *Ibid.*

60 <https://www.wyden.senate.gov/download/?id=94C57310-59D3-4D6E-84BE-FF957413BCC3&download=1>.

61 European Commission, Fact Sheet: Commission Sends Statement of Objections to Google on Comparison Shopping Service, 15 April 2015, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_en.htm; M. E. Stucke and A. Ezrachi, When Competition Fails to Optimize Quality: A Look at Search Engines, 18 *Yale J.L. & Tech* (2016): p. 70, <http://ssrn.com/abstract=2598128>.

62 The FTC Report on Google’s Business Practices, *Wall Street Journal*, 8 August 2012, p. 76 (“FTC Staff Report”), <http://graphics.wsj.com/google-ftc-report>.

63 *Facebook/WhatsApp* (Case Comp/M.7217), Commission Decision C(2014) 7239 final, 3 October 2014, § 130.

barriers must “*be assessed on a case-by-case basis.*”⁶⁴ Our point is that competition authorities in assessing mergers and monopolistic abuses will have an incomplete picture of the market realities if they consider only the traditional entry barriers and traditional network effects. They must be aware of additional data-driven network effects, which can lead to market concentration and dominance. Thus, even if one devises a better search engine or social network, with these data-driven network effects, the innovations of “one” will not immediately convert the many.

2. Data-opolies’ increased incentive to engage in anticompetitive conduct

16. The data-driven network effects (traditional, scale of data/trial-by-error, scope of data, and spill-over) can also provide dominant online firms with breathing room to engage in anticompetitive behavior to illegally maintain their monopoly.

17. The data-driven network effects in these online markets can amplify the stakes of gaining and losing users, and increase the incentives for both anticompetitive and procompetitive behavior. Depending on the network effect, the loss of users can degrade the product’s quality and reduce the likelihood of attracting (and retaining) users, advertisers or sellers. With each user the platform acquires relative to its competitors, a quality gap may emerge. If the quality differences become apparent to users, the feedback loop can accelerate—attracting both new users and users of the competitors’ products.

18. When the stakes are so great, competition can be fierce, and consumers can benefit. But the incentives also increase for online platforms to resort to anticompetitive practices and mergers to tip the market in their favor.

3. The nowcasting radar

19. As the incentives to engage in anticompetitive behavior increase, the means to punish rivals can also increase. Before the Big Data era, dominant tech firms were less aware of what their customers and rivals were doing (or planning to do). As our book discusses, some platforms have a relative advantage in accessing and analyzing data to discern consumer trends well before others. Companies can nowcast, i.e., “predict the present” by using search inquiries, social network postings, tweets, etc.

20. Nowcasting can yield a competitive advantage (and, at times, increase overall welfare). In monitoring search queries, Google can predict flu outbreaks well before the government health agencies can. Twitter’s data can help companies identify emerging trends. Google and Apple, in controlling the mobile phone app stores, immediately know when users download rivals’ apps.

21. Nowcasting also represents a potent data-based weapon, not previously available for monopolies, to monitor new business models in real time. The nowcasting radar can help some dominant firms identify nascent competitive threats. The data-opoly can use its relative advantage in accessing and processing personal data (such as watching for trends in its proprietary data from posts on a social network, search queries, emails, etc.) to quickly identify (and squelch) nascent competitive threats. The dominant firm can acquire entrants before they become significant competitive threats or blunt the entrant’s growth (such as by manipulating its search engine results to make it harder to find the company or by removing it from the app store). For example, Facebook warns its investors: “*Platform partners may use information shared by our users through the Facebook Platform in order to develop products or features that compete with us.*”⁶⁵ Thus, it is as if the monopoly invented a radar system to monitor in real time the competitive portals. It can track nascent competitive threats shortly after they take off, and intercept or shoot them down long before they become visible to competition authorities and others.

22. Consequently, one cannot conclude that data-driven industries are incapable of being monopolized. Instead the feedback loop from data-driven network effects can reinforce dominance and prevent the sales of a rival’s platform from gaining momentum. The strong can use anticompetitive tactics to become even stronger both on the free and advertising sides of the multi-sided market, and use their nowcasting radar to squelch any nascent threats to their dominance. The reality is that monopolies are not only possible in data-driven markets, but in some industries, given the network effects, are very likely.

II. General difficulty in identifying monopoly cases that the government should bring

23. Although monopolies may exist, not every dominant firm will necessarily abuse its dominant position. In the U.S., the protection goes further: monopolies are not liable for being a monopoly, i.e., charging excessive prices, reducing privacy protections, or otherwise degrading quality.

64 Ibid.

65 Facebook Inc, Annual Report Pursuant to Section 13 or 15(D) of the Securities Exchange Act of 1934 for the fiscal year ended December 31, 2012, p. 15, <http://www.sec.gov/Archives/edgar/data/1326801/000132680113000003/fb-12312012x10k.htm>.

24. Anticompetitive behavior to attain or maintain the monopoly is not always transparent. Usually the complainants involve competitors. The suspicion is that if the competitor complains, the challenged action is procompetitive, as the competitor's incentives (e.g., concern about a rival's aggressive behavior and efficiency) are misaligned with the consumers' interests (e.g., lower prices) or society's interest (e.g., allocative and productive efficiency). This suspicion, however, ignores the fact that in many instances a competitor is in a better position than anyone else to detect exclusionary conduct. If a competitor cannot obtain a needed input, cannot obtain discounts from a third party due to an MFN, or cannot efficiently access customers, only the competitor—not the consumer—will be in a position to complain. In fact, the consumer may never see the competing offering.

25. Moreover, relative to per se or quick look cases, monopolization cases are harder to prove under the rule of reason. The agencies may have even greater difficulties in using their traditional antitrust tools to assess monopoly power in data-driven markets. Defining the relevant market with the SSNIP test may be challenging in multi-side markets where the price on one side is zero. Multi-sided markets can also raise challenges in assessing market share and market power (especially where the company may face more competition on one side of a multi-sided market).

III. Unique case involving Google

26. The FTC Bureau of Competition staff, from the released portions of its inadvertently produced report, recommended in 2012 suing Google for several anticompetitive practices. The FTC commissioners instead closed the investigation after Google voluntarily agreed to change some practices. The FTC legal staff discussed the competitive significance of data and “*substantial scale effects*” in the Internet search, search advertising and search syndication markets.⁶⁶ One alleged anticompetitive practice was Google's use of exclusivity provisions to prevent its rival Microsoft from achieving scale, including the volume of search queries its search engine Bing received. Google used contractual restrictions, according to the FTC legal staff, to deny Microsoft critical scale and impair its ability to compete effectively in the markets for general search and search advertising.⁶⁷

66 FTC Staff Report, above note 13, p. 76.

67 *Ibid.*, pp. 94, 96, 98, 100, 102, 104.

27. One can access a search engine in various ways, such as the browser one uses. Twenty companies (including AOL), the FTC legal staff found, account for 90% of all search query volume in the United States. To steer users to its search engine, a search engine provider (like Google, Microsoft, or DuckDuckGo) can enter into distribution agreements with these entry points—namely, hardware manufacturers, independent software vendors, and Internet service providers—“*to distribute toolbars and establish default settings that direct user searches to [its] search engine.*”⁶⁸ Google, the FTC legal staff reported, had exclusive or restrictive agreements with four of the top five companies, and twelve of the top twenty.⁶⁹ Google, for example, is the default engine on Apple's Safari Internet browser. Google reportedly paid Apple USD 82 million in 2009, and USD 1 billion in 2013 and 2014 for this partnership.⁷⁰ Google's internal documents, the FTC legal staff found, showed that “*Google's interest in renewing deals with some of its largest syndication customers may have been, in part, to keep Microsoft from gaining scale.*”⁷¹ Interestingly, Amazon decided it was in its long-term interest to funnel some query volume to Microsoft's Bing, even if it was losing money on each query.⁷² One wonders why others did not do this. Perhaps, as the European Commission generally noted from its market investigation, the distributors' major concern was Google's bargaining power.⁷³

28. A dominant data-driven company can use exclusionary tactics to prevent rivals from achieving the minimum efficient scale.⁷⁴ Scale can be especially important in data-driven industries, such as search and search advertising. In unfairly preventing smaller rivals and potential entrants from accessing critical data, the dominant firm can use the network effects (learning-by-doing, scope, and spill-over effects) to widen the quality gap over rivals, attract more users and advertisers, and expand its platform.

29. The FTC staff did not recommend bringing a case involving search bias by Google. Whatever the merits of such a case, it is worth noting that the FTC legal staff appears to have made a critical error that is best understood in the context of network effects. The staff concluded that Google's conduct in demoting rival offerings was “*anticompetitive*” and “*likely helped to entrench Google's monopoly power over search and search*”

68 *Microsoft/Yahoo! Search Business* (Case Comp/M.5727), Commission Decision C(2010) 1077, 18 February 2010, § 50.

69 FTC Staff Report, above note 13, p. 104.

70 Apple Working on Its Own Search Engine; Aims to Take on Google: Report, *IBN Live*, 10 February 2015, <http://ibnlive.in.com/news/apple-working-on-its-own-search-engine-aims-to-take-on-google-report/527597-11.html>; J. Rosenblatt and A. Satariano, Google Paid Apple \$1 Billion to Keep Search Bar on iPhone, *Bloomberg Business*, 21 January 2016, <http://www.bloomberg.com/news/articles/2016-01-22/google-paid-apple-1-billion-to-keep-search-bar-on-iphone>.

71 FTC Staff Report, above note 14, p. 108.

72 *Ibid.*, p. 112.

73 *Microsoft/Yahoo! Search*, above note 19, § 246.

74 F. Pasquale, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information* (Cambridge MA: Harvard University Press, 2015), p. 67.

advertising.”⁷⁵ Apparently relying on language in the *Microsoft* decision,⁷⁶ the staff evidently thought that a court would be unwilling to balance procompetitive justifications against anticompetitive harm when the procompetitive justifications included product improvement claims.⁷⁷ Yet in markets with data-driven network effects, a dominant firm can almost always claim that its product has been improved by virtue of the network effects that flow from its data advantage. To blindly credit these network effects as evidence of product improvement is to create, in effect, an antitrust exemption in the world of Big Data.

Conclusion

30. Many tech firms’ business models depend on collecting and monetizing consumer data. Several network effects can enable the company to become so firmly entrenched, so dominant in a given market, that it has both the ability and incentive to squelch competition, including by mavericks who challenge that data-dependent business model. When that happens, the incentive to innovate and take on the data-opoly is diminished. Consumers, even though they continue to get many apps and services for free, are nonetheless harmed, including through the loss of technology and competition that advances their privacy interests.

31. Competition authorities must respond swiftly to prevent data-opolies from benefitting from unfair data-driven practices. Data-driven network effects can increase firms’ incentives to resort to anticompetitive tactics. The opportunities for such conduct also increase, especially for data-opolies with a nowcasting radar. As the benefits from illegality increase, so too must the magnitude and probability of punishment to deter the anticompetitive behavior. Otherwise, monopolization pays.

32. Monopolization pays today. Although the EU is more active investigating abuse of dominance cases, this cannot be left to one jurisdiction. While running for president, Barack Obama criticized the Bush administration for having “*what may be the weakest record of anti-trust enforcement of any administration in the last half century.*”⁷⁸ Obama noted that “*in seven years, the Bush Justice Department has not brought a single monopolization case.*”⁷⁹ Obama promised to “*reinvigorate anti-trust enforcement*” and “*step up review of merger activity.*”⁸⁰ Now the same criticism has been made about his administration.

33. The reality is that if competition authorities continue to ignore data-driven exclusionary and predatory conduct, we will likely see more industries dominated by a few firms. This we cannot afford. ■

⁷⁵ FTC Staff Report, above note 13, p. 86.

⁷⁶ *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34, 81, 82 (D.C. Cir. 2001).

⁷⁷ *Ibid.*, p. 150 n. 462.

⁷⁸ Statement of Senator Barack Obama for the American Antitrust Institute, http://www.antitrustinstitute.org/files/aa-i-%20Presidential%20campaign%20-%20Obama%209-07_092720071759.pdf.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.*

Synthèse

Laurence Idot

laurence.idot@sfr.fr

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Le cas sur les moteurs de recherche qui nous a été soumis a été examiné à l'aune de quatre systèmes juridiques, qu'il est tentant de classer en deux catégories. Les intervenants ont décidé de se limiter au droit de la concurrence, en excluant des débats la régulation sectorielle, qui peut conduire à l'adoption de dispositions préventives pour assurer la neutralité du Net. Si l'on respecte un ordre historique, il est possible de mettre dans le premier groupe le droit antitrust américain et la section 2 du Sherman Act sur les monopolisations, texte qui a fortement inspiré le droit japonais et plus particulièrement la section 3 de la loi antimonopole de 1947. Ce texte doit être lu à la lumière de l'article 2 (5), qui définit la monopolisation⁸¹. Cette section 3 est par ailleurs explicitée par des lignes directrices⁸². Un deuxième bloc est constitué par le droit européen, l'article 102 TFUE, mais également par le droit chinois et plus particulièrement l'article 17 de la loi antimonopole⁸³, qu'il faut lire à la lumière des Regulations on Abuse of Dominance établies en 2011 par le State Administrative for Industry and Commerce (SAIC).

2. Il existe une convergence entre ces quatre systèmes en ce sens que, pour répondre aux conditions des différentes interdictions, deux éléments constitutifs doivent être établis. Indépendamment du point de savoir si les pratiques sont, ou non, abusives, il faut identifier, en premier lieu, une position dominante en droit de l'Union et en droit chinois⁸⁴, condition que l'on peut rapprocher du pouvoir de monopole requis en droit américain et en droit japonais. Pour l'établissement de cette première condition, un consensus existe sur la nécessité au préalable de procéder à la délimitation des marchés.

L'on peut *a priori* identifier un marché de la publicité en ligne, mais la question est de savoir s'il est possible d'aller plus loin et d'isoler un sous-marché de la publicité sur les moteurs de recherche. Un consensus s'est dégagé sur le fait que les analyses traditionnelles se heurtaient en

ce domaine à de nombreuses difficultés tenant au caractère multiface des moteurs de recherche, à l'existence d'importants effets de réseaux. Le SNIPP test est en ce domaine inadapté. À ces données, s'ajoute le fait que de nombreuses prestations présentent de prime abord un caractère gratuit.

Les conséquences sont comme toujours importantes. Pour tous les intervenants, le fait de retenir le marché plus large de la publicité en ligne ne permettrait pas de conclure à l'existence du premier élément constitutif tant pour les droits du premier groupe, que pour ceux du deuxième groupe. La position dominante ou la monopolisation ne peuvent être identifiées que si l'on admet un marché plus limité de la publicité *via* les moteurs de recherche. Dans ce cas de figure, une forte part de marché n'est pas nécessairement suffisante. Ainsi, en droit américain, il faut prendre en compte les différents facteurs énumérés dans l'arrêt *Brown Shoe*⁸⁵, tandis qu'en droit chinois, l'article 18 de la loi antimonopole liste différents facteurs. En conséquence, même des parts de marché très élevées ne permettent pas nécessairement de conclure à l'existence d'une position dominante et Thomas Cheng nous a donné des exemples en ce sens. Tout dépend du point de savoir s'il existe, ou non, de fortes barrières à l'entrée. Les développements d'Allen Grunes sur le droit américain vont exactement dans le même sens. En définitive, il semblerait que ce soit en droit de l'Union qu'il soit le plus facile de franchir ce premier obstacle. C'est en toute hypothèse le parti qui a été adopté par Nicolas Petit, lequel a au préalable éliminé la question de savoir si le caractère gratuit des prestations offertes aux utilisateurs constituait un obstacle à l'applicabilité même des règles de concurrence.

3. Ce préalable réglé, nos intervenants ont décidé de regrouper les deux premières questions, dans la mesure où elles portent toutes deux sur les classements opérés par les moteurs de recherche (I.) avant d'aborder l'utilisation de l'application Rant map (II.) et l'accès aux données récoltées grâce à l'historique de navigation (III.).

81 Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Act No. 54 of April 14, 1947), v. une traduction en anglais, http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/index.html.

82 The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act, disponibles http://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines.files/guidelines_exclusionary.pdf.

83 Anti-monopoly Law of the People's Republic of China, adopted at the 29th meeting of the Standing Committee of the 10th National People's Congress of the People's Republic of China on August 30, 2007. V. une traduction en anglais, http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm.

84 La position dominante est définie en droit chinois à l'article 18 de la loi antimonopole.

85 *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

I. Les pratiques de classement des moteurs de recherche

4. Suivant le libellé du cas, il faut distinguer les pratiques sur la page de recherche dite “naturelle” et les pratiques sur l’onglet “réseaux sociaux”. Cela étant, pour reprendre l’expression de Nicolas Petit, il est sans doute préférable d’opérer une distinction entre “la préférence à la rémunération” et “l’autopréférence”, cette deuxième pratique valant aussi bien pour les recherches sur la page naturelle que pour celles sur l’onglet social.

1. La préférence à la rémunération

5. S’agissant de la préférence à la rémunération, deux approches ont été au départ développées. Pour le droit européen et le droit chinois, l’interdiction des pratiques suppose *a priori* la qualification de pratiques discriminatoires. Un consensus s’est dégagé parmi les deux intervenants pour considérer que cela paraissait peu probable, en tout cas si l’on envisageait la notion d’abus d’exclusion. La solution du droit de l’Union selon laquelle l’article 102 c) TFUE, qui prohibe la discrimination tarifaire abusive, n’interdit pas de traiter différemment des situations non comparables, est partagée par le droit chinois, où les juridictions se sont montrées très peu réceptives à l’interdiction de pratiques discriminatoires.

6. Les droits américain et japonais semblent quant à eux plus réticents vis-à-vis de la notion de discrimination. Cela ne veut pas dire que toute violation des règles de concurrence est exclue. En effet, comme l’a bien montré Allen Grunes, bien que le droit américain ne s’intéresse qu’aux pratiques d’exclusion, l’on pourrait envisager de remettre en cause les pratiques *via* une théorie de la tromperie, de la “*deception*”. Mme Obama a ainsi insisté sur la nécessité de démontrer un effet d’exclusion, tout en rappelant l’existence d’une disposition de la loi antimonopole, l’article 19, qui interdit les pratiques déloyales⁸⁶.

7. Mais en définitive, l’on parvient à un consensus. En effet, la voie de la tromperie n’est pas totalement exclue en droit européen, en particulier si des réglementations sur la neutralité du Net étaient mises en place. Cela faciliterait l’identification d’un abus d’exploitation, lequel consisterait dans la non-divulgaration aux internautes de l’emploi d’un algorithme de placement de produit dans la section de page qu’ils croient réservée aux résultats naturels/organiques.

⁸⁶ Le chapitre V de la loi antimonopole de 1947 est consacré aux pratiques déloyales.

2. Les pratiques d’autopréférence

8. Pour les pratiques d’autopréférence, les approches sont plus contrastées. Le fait que Rant avantage ses filiales (autopréférence) ne semble pas modifier sensiblement les solutions en droit américain et en droit japonais. Pour ces dernières, cela s’explique par l’approche adoptée, qui insiste plus sur le caractère déloyal des pratiques vis-à-vis des consommateurs que sur les effets d’une discrimination sur la concurrence. En droit américain, il faudrait par exemple établir l’effet d’éviction, ce qui paraît difficile. Cela étant, bien que le point de départ de l’analyse soit différent, notre collègue chinois est parvenu à la même conclusion.

9. En définitive, l’autopréférence ne soulève de réelles difficultés qu’en droit de l’Union. Il existe un risque de discrimination abusive de deuxième ligne ou de “discrimination accessoire” contraire à l’article 102 c) TFUE. À l’abus d’exclusion, pourrait s’ajouter, comme dans le cas précédent, un abus d’exploitation.

La conclusion est similaire pour les pratiques sur l’onglet “réseaux sociaux”. L’on se trouve, en effet, de nouveau confronté à une politique d’autopréférence, dans la mesure où Rant privilégie une société dans laquelle il détient une participation monopolistique. En conséquence, en droit de l’Union, comme dans le cas de l’autopréférence pour la recherche sur la page dite “naturelle”, la pratique est susceptible de relever de l’interdiction d’une part des abus d’exploitation pour non-divulgaration aux internautes en vertu de l’article 102 a) et, d’autre part, des abus d’éviction sous forme de discrimination accessoire prévue à l’article 102 c) TFUE.

II. L’utilisation de l’application Rant map

10. Un consensus s’est plus facilement dégagé sur cette pratique. Non seulement nos intervenants ont eu de sérieux doutes quant à la possibilité d’identifier la première condition de l’interdiction, qu’il s’agisse de la position dominante ou de la monopolisation, mais, à la différence des hypothèses précédentes, ils ont tous raisonné par rapport aux solutions habituelles en matière de ventes liées. Ces questions sont bien connues en droit de l’Union⁸⁷ et en droit américain⁸⁸. Dans les deux systèmes juridiques, les affaires *Microsoft* respectives font référence. Les ventes liées sont également prohibées en droit chinois, comme l’explique le point 6 des Regulations on Abuse of Dominance, mais le point 8 admet

⁸⁷ V. en droit de l’Union, TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, aff. 201/04. V. égal., les passages consacrés aux ventes liées dans les Orientations de la Commission.

⁸⁸ V. not., *United States v. Microsoft Corporation* 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

des justifications. Il existe de plus une jurisprudence mentionnée par Thomas Cheng. Quant au droit japonais, l'analyse des ventes liées est exposée au point 4 des Lignes directrices sur les abus d'exclusion.

11. L'interdiction des ventes liées est subordonnée dans nos quatre systèmes juridiques de référence à des conditions très proches; elles sont au nombre de quatre en droit de l'Union et en droit américain: le produit liant et le produit lié sont des produits distincts, l'entreprise est dominante ou a un substantiel pouvoir de marché sur le produit du marché liant, les consommateurs n'ont pas d'autre choix que d'acheter ou d'utiliser le produit lié; la pratique produit un effet d'éviction. Le droit japonais s'aligne sur les solutions américaines, même si la présentation opérée est centrée sur la preuve de l'effet d'éviction, qui implique la prise en compte de différents facteurs⁸⁹. Le droit chinois ajoute une cinquième condition, puisque la liaison doit également paraître inadaptée au regard des pratiques commerciales et des habitudes des consommateurs, mais cela n'entraîne pas de conséquences significatives.

Indépendamment de la position dominante, la question est de savoir si les deux produits peuvent être considérés comme distincts. Comme l'ont indiqué tous les intervenants, le sujet est délicat et l'on trouve des arguments en faveur des deux thèses. Les rapporteurs américains et japonais insistent davantage sur l'effet d'exclusion, qui doit être démontré. Or en l'état de développement du marché, cela s'avère difficile.

12. Quoi qu'il en soit, tous nos intervenants ont envisagé la possibilité de justifier les pratiques, notamment par des raisons de sécurité, et tous sont d'accord pour conclure que l'interdiction de la pratique leur semble peu probable.

III. L'accès aux données des historiques de navigation

13. La dernière partie du cas soulevait trois questions: la récolte des données de navigation, l'accès à ces données, l'incidence de la réglementation sur les données personnelles.

⁸⁹ Lignes directrices préc., p. 20 et suiv.

1. La récolte des données

14. S'agissant de la première question, déterminer si la récolte des données peut être jugée contraire au droit de la concurrence paraît de prime abord surprenante. Nos intervenants chinois et japonais ne l'ont d'ailleurs pas mentionnée. La difficulté est tout à fait nouvelle, mais le problème vient de se poser en Europe. Comme l'a rappelé Lauren Leblond, une telle éventualité a été envisagée par les autorités française et allemande dans leur étude sur les données⁹⁰. Allant plus loin, le Bundeskartellamt vient même d'engager une procédure à l'encontre de Facebook. Cela a valeur d'exemple et a conduit Allen Grunes à se demander si finalement le droit antitrust américain ne permettrait pas également d'intervenir *via*, à nouveau, la théorie de la tromperie, la *deception*. Si la tromperie entraîne des effets anticoncurrentiels en permettant à l'entreprise de maintenir son monopole, l'on pourrait admettre une violation de la section 2 du Sherman Act.

2. Le refus de donner accès à ces données

15. Nos intervenants se sont sentis indéniablement plus à l'aise sur la deuxième question: le refus de donner accès à ces données pourrait-il être constitutif d'une infraction au droit de la concurrence? Tous les droits de la concurrence connaissent, en effet, le refus de vente ou le refus de contracter et ont parfois développé dans des cas exceptionnels une théorie des facilités essentielles. Si l'on part du droit américain, où le problème a été examiné en premier, force est de constater que ne pèse pas sur le monopoleur un devoir de traiter avec ses concurrents. Cela ne veut pas dire pour autant que le monopoleur a un droit de refuser de traiter avec ses rivaux. Suivant la doctrine *Colgate*⁹¹, c'est uniquement en l'absence de l'intention de créer ou de maintenir un monopole que le juge reconnaît un droit au producteur de choisir librement les parties avec lesquelles il entend traiter. Cela étant, dans le cas particulier, si l'on reconnaissait un droit d'accès aux données, l'on irait beaucoup plus loin que la jurisprudence *Aspen Skiing*⁹², qui a précisé les limites de cette jurisprudence. Une juridiction qui imposerait un droit d'accès exercerait en réalité une fonction régulatoire en précisant ce qui doit être vendu et à quel prix. Le droit japonais insiste également sur l'intention d'éliminer la concurrence, mais introduit par ailleurs la notion de discrimination⁹³. De même, le droit chinois traite le refus de contracter dans le point 4 des Regulations on Abuse of Dominance tandis que le point 5 examine les conditions de la théorie des facilités essentielles.

⁹⁰ Étude conjointe de l'Autorité de la concurrence et du Bundeskartellamt, Droit de la concurrence et données, 10 mai 2016, disponible <http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/rapport-concurrence-donnees-vf-mai2016.pdf>.

⁹¹ *U.S. v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).

⁹² *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

⁹³ V. Lignes directrices, pt 5, p. 25 et suiv.

16. Si l'on revient au cas d'espèce, pour Lauren Leblond, il n'est pas certain que les données récoltées par Rant puissent être qualifiées de "facilités essentielles". À titre personnel, j'ajouterais que l'Autorité de la concurrence s'est récemment interrogée sur le point de savoir si une base de données répondait à la qualification de "facilités essentielles" pour conclure en l'espèce par la négative⁹⁴. Cela étant, comme l'a rappelé également l'Autorité, même en l'absence de facilité essentielle, un refus d'accès opposé de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut constituer un abus de position dominante. Or tel était le cas dans l'affaire soumise à l'Autorité⁹⁵.

En conclusion, nos systèmes juridiques ne sont pas opposés. Dans les quatre systèmes, la balance penche davantage en faveur de la licéité de la pratique, sauf à prouver une discrimination.

3. L'incidence de la réglementation de la protection des données personnelles

17. L'incidence de la réglementation de la protection des données personnelles a donné lieu à des réponses moins convergentes. En Asie, la situation est différente en Chine, où cette préoccupation n'existe pas encore, et le Japon où une loi de 2003 organise une protection proche

de celle mise en place en Europe. Aux États-Unis, comme l'a rappelé Allen Grunes, il existe une tension entre les préoccupations liées à la protection de la vie privée et celles du droit antitrust. Imposer une obligation d'accès pourrait constituer une atteinte à la vie privée. En droit de l'Union, il ne faut pas oublier que des justifications objectives peuvent faire échec à la qualification d'abus. Selon Lauren Leblond, le nécessaire respect de la réglementation sur la protection des données personnelles pourrait être présenté comme une justification objective. Jusqu'à présent, les régulateurs dans ces deux secteurs se sont largement ignorés. Récemment, les rencontres se sont multipliées⁹⁶.

18. S'il fallait ajouter quelques conclusions générales, plusieurs impressions ressortent de la confrontation à laquelle nous avons assisté. En premier lieu, mais c'était inévitable, les réponses ont été mesurées. Les cas en droit de la concurrence sont complexes et, en l'absence d'un dossier complet, il est difficile de prendre parti. En deuxième lieu, les outils du droit de la concurrence existent, mais ils doivent être adaptés à ces nouvelles situations. Enfin, et ce sera la dernière remarque, qui est optimiste. Certes, il existe des nuances dans les différents droits, mais c'est malgré tout la convergence qui domine. L'on peut s'en féliciter, car ces questions sont par nature internationales et les autorités de concurrence seront nécessairement amenées à coopérer pour régler les problèmes que nous n'avons fait qu'aborder aujourd'hui. ■

94 Aut. conc., déc. n° 14-D-06, 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegecim dans le secteur des bases de données d'informations médicales, v. pts 153 à 191 ; *adde*, sur recours, Paris, 24 septembre 2015, pour un rejet du recours.

95 *Idem*, pts 191 à 220.

96 V., not., Rendez-vous de l'Autorité du 8 mars 2016, Les données et la concurrence dans l'économie numérique, en particulier l'intervention de M. Buttarelli, Contrôleur européen, de la protection des données, v. la vidéo disponible, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/rdv.php?id_rub=631&id_article=2752.

	Droit de l'UE	Droit américain	Droit chinois	Droit japonais
<p>La pratique de classement des moteurs de recherche</p> <p>i) Licéité de la préférence à la rémunération</p> <p>ii) Licéité de l'autopréférence</p>	<p>i) Pratique anticoncurrentielle établie si PD : discrimination tarifaire abusive. Tromperie pas exclue.</p> <p>ii) Pratique anticoncurrentielle probablement établie si existence de discrimination accessoire (abus d'exploitation possible).</p>	<p>i) Pas favorable à la qualification de pratique discriminatoire. Favorable à l'interdiction des pratiques d'exclusion (théorie de la tromperie).</p> <p>ii) Pratique anticoncurrentielle non établie. Mais caractère déloyal de la pratique vis-à-vis des consommateurs.</p>	<p>i) Pratique anticoncurrentielle établie : discrimination tarifaire abusive.</p> <p>ii) Pratique anticoncurrentielle non établie. Mais caractère déloyal de la pratique vis-à-vis des consommateurs.</p>	<p>i) Pas favorable à la qualification de pratique discriminatoire. Favorable à l'interdiction des pratiques d'exclusion §pratiques déloyales).</p> <p>ii) Pratique anticoncurrentielle non établie. Mais caractère déloyal de la pratique vis-à-vis des consommateurs.</p>
<p>La licéité d'une application liée à un produit</p>	<p>Interdiction de la pratique peu probable. En tout état de cause, possible justification pour des raisons de sécurité.</p>	<p>Interdiction de la pratique peu probable. En tout état de cause, possible justification pour des raisons de sécurité.</p>	<p>Interdiction de la pratique peu probable. En tout état de cause, possible justification pour des raisons de sécurité.</p>	<p>Interdiction de la pratique peu probable. En tout état de cause, possible justification pour des raisons de sécurité.</p>
<p>Accès aux données des historiques de navigation</p> <p>i) La licéité de la récolte des données</p> <p>ii) L'accès à ces données</p> <p>iii) Incidence sur les données personnelles</p>	<p>i) ADLC et BKartA favorables à la qualification de pratique anticoncurrentielle.</p> <p>ii) Favorable à la licéité de la pratique sauf si preuve de discrimination.</p> <p>iii) La protection des données personnelles est une justification objective à prendre en compte.</p>	<p>i) Peu probable. Mais, théorie de la tromperie possible.</p> <p>ii) Favorable à la licéité de la pratique sauf si preuve de discrimination (doctrine Colgate).</p> <p>iii) La protection des données personnelles est une justification objective à prendre en compte.</p>	<p>i) /</p> <p>ii) Favorable à la licéité de la pratique sauf si preuve de discrimination.</p> <p>iii) La protection des données personnelles ne fait pas l'objet de textes spécifiques.</p>	<p>i) /</p> <p>ii) Favorable à la licéité de la pratique sauf si preuve de discrimination. Preuve de l'intention d'éliminer la concurrence.</p> <p>iii) La protection des données personnelles est une justification objective à prendre en compte.</p>

Martine
Behar-Touchais

mo.touchais@wanadoo.fr

Professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

David Bosco

david.bosco@univ-amu.fr

Professeur, Université d'Aix-Marseille

Thierry Pénard

thierry.penard@univ-rennes1.fr

Professeur, Université de Rennes I

ABSTRACT

Le cas n°2 a mis en scène les pratiques d'un fabricant de produits électroniques qui organise son réseau de distribution et s'intéresse à la commercialisation en ligne de ses produits ; il a été traité en droit de l'UE (et en droits français et allemand), en droit américain et en droit japonais. Un économiste a apporté son éclairage. Le directeur juridique du groupe Carrefour est également intervenu.

Case 2 illustrates the practices of an electronics manufacturer who is organizing his distribution network and is interested in e-commerce to sell his products; The case was studied in the scope of the EU, French, German, US and Japanese competition laws. An economist and the legal director of the Carrefour Group have also shared their points of view on the case.

II. La distribution en ligne

1. Asoft, entreprise implantée dans votre État, conçoit et commercialise des produits électroniques grand public. Cette entreprise distribue ses produits par différents canaux : sur son propre site Internet (Asoft.com) et par l'intermédiaire de distributeurs qui agissent on-line ou off-line. Les contrats de distribution conclus sont des contrats de distribution sélective, avec des critères qualitatifs (le distributeur doit proposer à la vente toute la gamme des produits Asoft et doit suivre le programme de formation annuel organisé par Asoft) et quantitatifs (1 distributeur maximum pour 100 000 habitants).

2. Plusieurs pratiques sont actuellement étudiées ; leur validité mérite d'être examinée au regard des contraintes issues du droit de la concurrence.

3. Dans les contrats de distribution conclus (contrats de distribution sélective), Asoft autorise ses distributeurs à vendre on-line mais fixe certaines contraintes qui n'existent pas dans la distribution off-line :

(i) le distributeur doit mettre à la disposition des utilisateurs une hotline qui fonctionne 24 h/24 ;

(ii) le distributeur se voit interdire de proposer des biens d'occasion sur son site (alors qu'il peut le faire en magasin) ;

(iii) sur le site Internet sur lequel les produits Asoft sont proposés, ne doivent pas être proposés à la vente des produits de consommation alimentaire.

4. Asoft s'oppose à ce que ses distributeurs agréés revendent ses produits sur des "places de marché" (marketplace), car il estime que cela dégrade son image de marque.

5. Asoft interdit à ses distributeurs de fournir des renseignements aux plateformes de comparaison technique qui comparent et notent les différents produits présents sur le marché, en fonction de leurs caractéristiques techniques.

6. Asoft s'est engagé, auprès de ses distributeurs indépendants, à pratiquer, sur son propre site Internet, le tarif qu'il leur communique mensuellement au titre des "tarifs conseillés".

7. La livraison à domicile est gratuite. Lorsque le produit est acheté sur son site, Asoft offre une garantie après-vente de trois ans gratuite, sachant que cette garantie n'est pas systématiquement offerte par les distributeurs indépendants, ce qui peut rendre plus intéressant, pour le consommateur, d'acheter directement auprès de la tête de réseau. ■

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénal sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122-5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorized use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300,000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L. 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

La distribution sélective à l'épreuve de la vente en ligne : Point de vue d'économiste

Thierry Pénard

thierry.penard@univ-rennes1.fr

Professeur, Université de Rennes I

1. Internet modifie les comportements d'achats des Français. Selon l'observatoire FEVAD/Médiamétrie, 78% des internautes français achètent en ligne (soit 35,5 millions de Français). Les consommateurs bénéficient de prix généralement plus bas lorsqu'ils achètent auprès de *pure players* (Cdiscount, Amazon) ou sur des places de marché comme eBay ou PriceMinister. L'Autorité de la concurrence, dans une enquête sur le commerce en ligne dans les secteurs de l'électronique grand public, la parapharmacie, les cosmétiques de luxe et la parfumerie, avait constaté en 2012 que les prix étaient en moyenne plus faibles sur Internet que dans les magasins physiques, même en prenant en compte les frais de livraison. Les écarts de prix étaient de l'ordre de 10% sur les produits bruns et de 5 à 10% sur les produits blancs, mais quasiment nuls sur la parfumerie (un secteur dominé par la distribution sélective)¹. Mais les prix ne sont pas le seul atout du commerce en ligne, les consommateurs sont aussi attirés par la possibilité de commander à toute heure, par les services informationnels (fiches descriptives, comparatifs, recommandations et avis de consommateurs) et/ou par l'offre plus large qu'en magasin. De fait, un site Internet n'a pas, contrairement à un magasin, de contraintes de place et peut donc proposer une plus grande variété de produits aux consommateurs. Cette offre de longue traîne que l'on retrouve sur des sites marchands et places de marché témoigne de la complémentarité entre le canal Internet et le canal physique. Ces deux canaux se complètent plus qu'ils ne se substituent. Ainsi, 69% des acheteurs en magasin se sont renseignés avant sur Internet et 52% se renseignent en magasin avant d'acheter en ligne. Les parcours des clients associent désormais des consultations de sites Internet (pour se renseigner, comparer, commander...) et des déplacements en magasin (pour acheter ou retirer une commande). Face à ces parcours moins linéaires, les entreprises cherchent à multiplier les points de contact avec leurs clients et à mieux intégrer l'ensemble des canaux de vente (approche omnicanal). Dans le cas d'un réseau de distribution, une telle approche suppose une forte coordination et peut susciter des tensions entre la

tête de réseau et les points de vente, surtout lorsqu'ils sont indépendants comme dans les réseaux de distribution sélective ou exclusive.

2. Dans quelle mesure le commerce en ligne constitue-t-il une menace pour la distribution sélective ? Est-il légitime que les producteurs ayant recours à ce format de distribution contrôlent le canal Internet, et en limitent le développement ?

I. La distribution sélective, source d'efficacité économique

3. Les entreprises ont la possibilité de mettre en place un réseau de distribution sélective lorsque leurs produits nécessitent du conseil (biens complexes ou de haute technicité) et disposent d'une forte image de marque. C'est le cas pour des produits de luxe (lunettes, parfums, maroquinerie) ou des produits électroniques (home cinéma). Le producteur sélectionne les vendeurs qui remplissent certains critères objectifs de nature qualitative. Ces critères doivent être proportionnés et non discriminatoires. En particulier, ils ne doivent pas éliminer en soi un canal de vente. Même si la distribution sélective réduit la concurrence intramarque, elle est aussi source d'efficacité économique. Tout d'abord, elle protège les investissements spécifiques du producteur et de ses distributeurs et les incite donc à investir. Elle garantit aux consommateurs une qualité de service et empêche tout parasitisme entre distributeurs.

4. Avec le développement d'Internet, certains producteurs ont commencé à interdire à leurs distributeurs agréés de vendre en ligne. L'argument était qu'un site Web ne permet pas de fournir le même niveau de service qu'en magasin et que ce nouveau canal allait faire baisser les prix (à travers des offres discount), ce qui nuirait à

¹ Aut. conc., avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique.

l'image de marque. Les craintes portaient plus spécifiquement sur le risque de parasitisme des *pure players* (qui pourraient bénéficier des conseils et assistances fournis en magasins sans en supporter les coûts). La Commission européenne et l'Autorité de la concurrence ont rappelé à plusieurs reprises que les distributeurs physiques agréés étaient aussi autorisés à vendre sur Internet, avec éventuellement quelques restrictions et encadrements par la tête de réseau: “*Une fois agréés, les distributeurs doivent avoir la faculté de vendre sur leurs sites Internet de la même façon que dans leurs magasins et points de vente physiques traditionnels*” (source: Commission européenne).

5. L'encadrement peut porter sur la qualité ou le design du site Web, sur l'obligation d'une hotline, ou sur la détention de magasins physiques. À l'occasion de la décision *Festina/Bijourama*, l'Autorité de la concurrence a validé le critère introduit par Festina d'un minimum d'un magasin physique pour pouvoir vendre sur Internet²: “*Lorsqu'elle vient en concurrence avec un réseau de distribution physique organisé, notamment un réseau de distribution sélective, la vente exclusive sur Internet pose la question de la prise en compte des coûts de constitution de réseau et du parasitisme, c'est-à-dire le fait pour une entreprise de tirer bénéfice des actions ou des efforts engagés par une autre, sans en partager les coûts.*” Pour l'Autorité de la concurrence, les *pure players* seraient tentés de développer des stratégies de parasitisme. Toutefois, on peut objecter que le risque de parasitisme existe dans les deux sens: les consommateurs peuvent s'informer sur le site d'un *pure player* et aller acheter en magasin et inversement. Les synergies sont donc bilatérales. Internet permet de fournir des services pré- et post-achat de qualité équivalente à ceux fournis en magasin. Le critère de détention de points de vente physiques pour intégrer un réseau de distribution sélective et avoir l'autorisation de vendre en ligne paraît donc discutable. Ce critère est de plus en plus difficile à justifier en termes d'efficacité économique et d'intérêt des consommateurs.

II. Le commerce en ligne sous contrôle

6. Pourquoi les têtes de réseau ou les producteurs s'efforcent-ils de contrôler le canal Internet? Est-ce légitime qu'ils encadrent le développement de la vente en ligne au sein de leur réseau? La théorie des contrats incomplets développée entre autres par Oliver Hart, récemment lauréat du prix Nobel d'économie, apporte un éclairage. Les relations interentreprises, et notamment les relations verticales entre producteurs et distributeurs, se caractérisent par de l'incertitude et de l'incomplétude

contractuelle (Grossman et Hart, 1986; Hart et Moore, 1990)³. Les contrats sont incomplets parce que les entreprises ne peuvent pas décrire tous les événements et contingences pouvant survenir pendant la durée du contrat, et parce que certains termes du contrat ne sont pas vérifiables par des tiers. Par exemple, de nombreux contrats de distribution sélective ont été rédigés avant l'apparition des sites marchands, des réseaux sociaux et des places de marché. Il faut donc renégocier les contrats pour tenir compte de ces nouveaux canaux de communication et de vente. En présence de contrats incomplets, il est alors optimal de donner plus de droits de décision et de contrôle à la partie dont les actions ont le rendement économique le plus élevé. Même si cette allocation en faveur d'une des parties réduit les incitations à investir de l'autre partie, elle renforce les incitations de la partie la plus efficace. Dans le cas d'un réseau de distribution sélective, le producteur ou la tête de réseau a un rôle important en matière de R&D, de design de produit, de marketing. Ses investissements ont un fort impact sur l'image de marque et sur la demande. Il est donc légitime de lui accorder l'autorité ou les droits de décider comment vendre en ligne: cela peut prendre la forme d'obligations en matière d'assortiment, de services ou de prix uniformes entre magasins et sites Internet. Pour autant, l'Autorité de la concurrence ne peut laisser le producteur imposer toutes sortes de restrictions à ses distributeurs, notamment lorsqu'elles portent sur l'accès aux places de marché.

III. Distribution sélective et places de marché

7. Un certain nombre de producteurs ou têtes de réseau interdisent la vente de leurs produits sur des places de marché, soit explicitement, soit implicitement, par l'imposition de critères comme l'obligation d'une adresse Web contenant le nom du distributeur ou l'interdiction d'utiliser un site portant le logo d'un tiers ou présentant plusieurs offreurs pour un même produit. Ces restrictions apparaissent excessives compte tenu des retombées positives des places de marché pour les distributeurs et les consommateurs. La théorie des marchés bifaces apporte les arguments nécessaires (Rochet et Tirole, 2004)⁴. En effet, les places de marché sont des plateformes de mise en relation de deux faces: une face “vendeurs” et une face “acheteurs”. Chacune de ces faces génère des externalités de réseau pour l'autre face: l'utilité d'être présent sur une place de marché pour un vendeur augmente avec le nombre d'acheteurs et vice versa. De nombreux échanges économiques ne seraient pas réalisables sans ces

2 Déc. n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=184&id_article=607.

3 S. Grossman et O. Hart (1986), The Costs and Benefits of Ownership: A Theory of Vertical and Lateral Integration, *Journal of Political Economy* 94, pp. 691-719. O. Hart et J. Moore (1990), Property Rights and the Nature of the Firm, *Journal of Political Economy* 98, pp. 1119-1158.

4 J.-C. Rochet et J. Tirole (2006), Two-Sided Markets: A Progress Report, *Rand Journal of Economics* 37, pp. 645-667.

places de marché. Leur intérêt est de réduire les coûts de transaction, de mutualiser les coûts (économie d'échelle), de créer de la confiance, de stimuler les effets de réseau et d'améliorer les appariements entre offre et demande. Ces places de marché sont aussi porteuses d'innovations (nouveaux services, nouveaux usages, nouveaux modèles économiques). L'Autorité de la concurrence a rappelé à l'occasion d'une enquête concernant Adidas qu'il était interdit d'utiliser des clauses ou critères excluant *de facto* les places de marché⁵. Elle a donc obtenu d'Adidas qu'il supprime la clause interdisant à ses revendeurs agréés la commercialisation de ses produits sur les places de marché. Adidas a donc été invité à définir des critères qualitatifs de sélection des places de marché qui seront autorisées à vendre ses produits. L'Autorité de la concurrence n'a pas précisé la forme que pourraient prendre ces critères. Mais, il nous paraît légitime de faire reposer ces critères sur une distinction entre places de marché généralistes et places spécialisées ou sectorielles. Pour ces dernières, les risques de parasitisme intra- et intermarque sont réduits

et les gains peuvent être substantiels aussi bien pour les distributeurs (mutualisation des coûts de distribution en ligne, accès à une expertise technique et marketing...) que pour les consommateurs (effets de réseau, accroissement de la variété de l'offre et des services). Dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, un producteur peut tout à fait protéger son image de marque et étendre sa clientèle s'il autorise ses distributeurs à accéder à des plateformes spécialisées qui hébergent de manière sélective uniquement des produits de marque.

8. En définitive, l'essor des *pure players* et des places de marché nécessite des adaptations de la part des réseaux de distribution sélective. Mais, l'importance des services numériques et la part croissante des actifs intangibles dans les activités commerciales font de la distribution sélective un mode de distribution plus que jamais moderne et efficace. ■

⁵ Communiqué de presse du 8 novembre 2015, L'Autorité de la concurrence clôt une enquête à l'encontre d'Adidas, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2668.

Observations sur le cas *Asoft* : Point de vue de juriste

David Bosco

david.bosco@univ-amu.fr

Professeur, Université d'Aix-Marseille

1. En guise d'introduction, nous rappellerons brièvement les conditions qui entourent la validité de contrat de distribution sélective en droit européen et en droit français, en particulier dans le cas d'un réseau organisé autour de critères quantitatifs.

2. La jurisprudence européenne décide depuis longtemps qu'un réseau de distribution sélective échappe à l'article 101 du TFUE si la sélection s'opère à partir de critères purement qualitatifs⁶. Il s'agit là d'une application de la théorie des restrictions accessoires ; l'opération principale ne suscite pas de préoccupation de concurrence dès lors que les critères sélectifs promeuvent la qualité des biens ou services commercialisés. Lorsque des critères de nature quantitative sont introduits, comme c'est le cas dans l'affaire *Asoft*, l'analyse change, car alors l'article 101 trouve à s'appliquer.

3. Lorsque les parties ont une part de marché inférieure à 30%, elles jouissent d'une relative sécurité juridique parce que le règlement sur les restrictions verticales⁷ présume en ce cas que l'accord sélectif a des effets favorables à la concurrence. La tête de réseau dispose d'une grande liberté d'organisation de son réseau dès lors qu'aucune restriction caractérisée n'a été stipulée. Si aucune clause n'est justiciable de la qualification de restriction caractérisée (ou de celle de restriction exclue), tout est permis, ou presque. D'une certaine manière, le règlement d'exemption européen a vidé le contentieux des réseaux quantitatifs.

4. L'analyse est plus complexe dès lors que le pouvoir de marché des parties est plus important. Au-delà de 30% de parts de marché, finalement, l'analyse concurrentielle commence. La jurisprudence française paraît

exiger que le critère quantitatif qui préside à la sélection soit justifié et objectif⁸, tandis que la jurisprudence européenne a posé l'exigence d'un critère "défini", c'est-à-dire un critère dont le contenu est précis et peut être vérifié⁹.

5. Dans le cas *Asoft*, le pouvoir de marché de l'entreprise n'est pas mentionné. Le critère quantitatif est précis et vérifiable. Il faudrait encore déterminer s'il est justifié et objectif, mais les précisions manquent à cet égard.

I. Observations sur la question 1

6. "Dans les contrats de distribution conclus (contrats de distribution sélective), *Asoft* autorise ses distributeurs à vendre on-line mais fixe certaines contraintes qui n'existent pas dans la distribution off-line :

(i) le distributeur doit mettre à la disposition des utilisateurs une hotline qui fonctionne 24 h/24 ;

(ii) le distributeur se voit interdire de proposer des biens d'occasion sur son site (alors qu'il peut le faire en magasin) ;

(iii) sur le site Internet sur lequel les produits *Asoft* sont proposés, ne doivent pas être proposés à la vente des produits de consommation alimentaire."

7. Cette question pose le problème d'éventuelles discriminations imposées aux distributeurs off-line. Les lignes directrices sur les restrictions verticales indiquent que,

6 CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c/ Commission*, aff. 26/76.

7 Règlement n° 330/2010 du 20 avril 2010, *JOUE* n° L. 102/01 du 23 avril 2010.

8 V. Cass. com., 13 janvier 1998, n° 95-13423, ou encore Cons. conc., déc. n° 96-D-72 du 19 novembre 1996 relative aux pratiques constatées dans la distribution des montres Rolex. V. encore CA Paris, 9 décembre 1997, *Rolex* : D. 1998, p. 340 ; CA Paris, 9 novembre 2000, *Sté Marley c/ Sté Rolex France* : LPA 11 avril 2001, n° 72, p. 15, obs. P. Arhel ; et en matière de distribution automobile, Cass. com., 6 mars 2007, n° 05-17.0117, *Bull. civ.* 2007, IV, n° 76, Cass. com., 25 septembre 2012, n° 11-20712.

9 CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24 c/ Jaguar Rover France*, aff. C-158/11. La portée de cette jurisprudence au-delà de la distribution automobile est discutée en doctrine : v. C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant 2013, n° 917 (pour une lecture étroite de l'arrêt). *Adde* dans le même sens D. Ferrier, *Distribution sélective quantitative : quels critères ?* D. 2012, p. 2156 et Ph. Le Tourneau, *Les contrats de concession*, Litec, n° 109 ; *adde* encore N. Ereseo, *Concurrences* n° 3-2012, p. 116 (qui craint une application générale de cette jurisprudence tout en la critiquant) ; *contra* J. Vogel, *Une sécurité juridique renforcée pour la distribution sélective quantitative*, *RJDA* n°10/12, p. 755.

“[d]ans un système de distribution sélective, les distributeurs devraient être libres de vendre, tant activement que passivement, à tous les utilisateurs finals, y compris par internet. En conséquence, la Commission considère comme une restriction caractérisée toute obligation visant à dissuader les distributeurs désignés d'utiliser internet pour atteindre un plus grand nombre et une plus grande variété de clients en leur imposant des conditions pour la vente en ligne qui ne sont pas globalement équivalentes à celles qui sont imposées pour la vente dans un point de vente physique. Cela ne signifie pas que les conditions imposées à la vente en ligne doivent être identiques à celles qui sont imposées à la vente hors ligne, mais plutôt qu'elles doivent poursuivre les mêmes objectifs et aboutir à des résultats comparables et que la différence entre elles doit être justifiée par la nature différente de ces deux modes de distribution”¹⁰. En somme, grossièrement résumée, la position de la Commission européenne promeut un traitement non discriminatoire de la vente en ligne; une éventuelle discrimination de la distribution on-line doit être justifiée par la nature de ce mode de commercialisation.

8. C'est à la lumière de ce principe que devraient être appréciées les différentes clauses visées dans la question 1. Pour ce qui concerne, par exemple, la clause relative à la hot-line, on peine à comprendre le fondement de la discrimination introduite entre les deux modes de distribution en ligne et hors ligne. Il pourrait être considéré que cette clause caractérise une restriction à la vente en ligne, et ne peut donc profiter de l'exemption collective. Dans sa pratique décisionnelle, l'Autorité française de concurrence a eu l'occasion de stigmatiser les clauses disproportionnées relatives à une hot-line. Dans l'affaire des produits dermo-cosmétiques, l'initiateur du réseau avait stipulé dans son contrat de distribution sélective que le distributeur agréé revendeur sur Internet “devrait mettre en permanence une personne qui devra être en mesure de donner par téléphone ou par voie de courrier électronique, sous deux heures, des informations précises sur les produits Rogé Cavallès”, exigeance d'autant plus forte qu'elle ne s'insère pas dans les horaires d'ouverture du magasin physique du distributeur agréé”¹¹. Après négociation avec l'Autorité française, le fournisseur a modifié la clause pour ce qui concerne le délai de réponse obligatoire de façon à le rendre plus praticable¹².

10 Lignes directrices sur les restrictions verticales, § 56.

11 Déc. 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.

12 Le délai de réponse obligatoire était fixé à 2 heures maximum pour les messages laissés dans la boîte vocale ou la messagerie électronique du distributeur agréé. Il a été porté “à 6 heures maximum si les messages sont laissés entre 9 heures du matin et 18 heures pendant les jours ouvrables; à 15 heures si les messages sont laissés de 18 heures à 6 heures du matin pendant les jours ouvrables et à 24 heures pour une demande d'information intervenant les dimanches et jours fériés, ce délai étant prolongé d'autant dans l'hypothèse où le jour férié précéderait ou suivrait immédiatement un dimanche”.

II. Observations sur la question 3

9. “Asoft interdit à ses distributeurs de fournir des renseignements aux plateformes de comparaison technique qui comparent et notent les différents produits présents sur le marché, en fonction de leurs caractéristiques techniques.”

10. La question posée en troisième lieu est originale. Il est question d'une clause interdisant aux distributeurs de fournir des informations aux sites de comparateurs techniques. Il semble que ce problème n'ait pas été évoqué par les autorités de concurrence ou la jurisprudence. On trouve, en revanche, des prises de position sur la question voisine des sites de comparateurs de prix. Sans doute est-il possible de raisonner ici par analogie, voire *a fortiori*, si l'on veut bien croire que les enjeux concurrentiels d'une comparaison de prix sont plus sensibles que ceux d'une simple comparaison technique.

11. En France, l'Autorité de la concurrence avait pris position sur la question des comparateurs de prix en 2012 dans un avis remarqué¹³. L'Autorité y considérait que les comparaisons de prix pouvaient être un facteur d'amélioration de l'intensité concurrentielle et que les risques concurrentiels étaient finalement assez limités¹⁴. L'Autorité ne se prononçait pas sur la question des clauses interdisant le recours à un site de comparaison de prix. Mais, en tout état de cause, l'Autorité n'a pas semblé trouver ici matière à mener une action particulière. Elle se montre sensible, en y faisant écho, aux efforts d'autorégulation des sites comparateurs de prix¹⁵. En somme, une clause d'interdiction de recourir aux sites de comparaison pourrait, vraisemblablement, susciter un affaiblissement de la concurrence, car ces sites sont en mesure d'améliorer l'information des consommateurs. Il n'est, cependant, pas certain que l'Autorité française se soucie d'une telle restriction.

12. Le droit européen est cependant plus explicite sur la question des interdictions de recourir aux sites de comparaison de prix. Dans son rapport préliminaire sur l'enquête sectorielle relative au commerce électronique¹⁶, la Commission expose ses vues sur les restrictions portées à l'usage des outils de comparaison de prix par les distributeurs. Elle expose que les sites de comparaison de prix sont une façon, pour les distributeurs, de présenter leurs offres sur des sites largement consultés et donc d'améliorer leur visibilité sur Internet. Pour la Commission,

13 Avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, pt 152 et suiv.

14 Les risques identifiés étaient liés au manque de loyauté de l'information délivrée, au risque d'un détournement stratégique du fonctionnement des comparateurs par un référencement partiel et trompeur des offres, aux modalités de classement et référencement des commerçants favorisant les partenaires les plus rentables, au travers de la rémunération au coût par clic.

15 L'Autorité évoque l'établissement d'une charte de déontologie basée sur le volontariat (pt 170).

16 Commission Staff Working Document, Preliminary Report on the E-commerce Sector Inquiry, Brussels, 15 September 2016, SWD(2016) 312 final.

les interdictions absolues de recourir à ces outils, dès lors qu'elles ne sont pas liées à des critères qualitatifs, limitent la liberté des distributeurs d'utiliser une méthode de promotion susceptible de générer du trafic sur leur propre site Internet¹⁷. Ces interdictions limitent aussi la possibilité d'attirer des consommateurs hors zone de chalandise. À l'inverse, les restrictions d'usage des comparateurs liés à des critères objectifs de qualité peuvent générer des efficacités (celles engendrées par la distribution sélective qualitative elle-même).

13. En conclusion, la Commission considère que les interdictions générales de recourir aux sites de comparaison de prix non liées à des critères de qualité excluent une méthode effective pour les distributeurs de générer du trafic sur leur site Internet. Il n'est certes pas dit qu'en cela ces clauses limitent les ventes passives des distributeurs et peuvent être qualifiées de restrictions caractérisées. Mais le pas semble près d'être franchi! Un même raisonnement peut être tenu quant aux sites de comparaison technique, sous cette réserve que les sites de comparaison de cette nature paraissent moins répandus sur la toile. Une interdiction d'y recourir limiterait, certes, les opportunités des distributeurs de générer du trafic sur leur site, mais seulement dans une moindre mesure. ■

17 V. § 502.

Synthèse

Martine Behar-Touchais

mo.touchais@wanadoo.fr

Professeur, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

1. La table ronde sur ce cas relatif à la distribution en ligne était composée d'une rapporteuse japonaise (Pr. Hiroko Obana), d'un rapporteur américain (M. Allen Grunes) et d'un rapporteur européen "à deux têtes" (Pr David Bosco et Pr Florian Bien).

Il faut aussi noter que ce rapport conclusif a été rédigé sur la base des *slides* envoyées avant le colloque, et des réactions orales lors de la table ronde, mais sans avoir les rapports définitifs des membres de la table ronde. Or chacun sait qu'entre ce qui se dit à l'oral lors d'un colloque et ce qui s'écrit après, il y a parfois de grandes différences.

Ce rapport conclusif renvoie donc pour le détail au grand tableau comparatif des solutions données par les différents droits, qui a été parallèlement concocté, à la suite du colloque, après les différents rapports.

2. Ceci étant précisé, ce cas concerne le commerce en ligne.

On sait qu'en matière de distribution par Internet en Europe, les règles sont énoncées aux §§ 52 et 54 des lignes directrices du règlement n° 330/2010: "*En principe, tout distributeur doit être autorisé à utiliser internet pour vendre ses produits (...)* Si un client visite le site internet d'un distributeur et prend contact avec ce dernier et si ce contact débouche sur une vente, y compris une livraison, il s'agit là d'une vente passive" (§ 52). "*Toutefois, dans le cadre du règlement d'exemption par catégorie, le fournisseur peut imposer des normes de qualité pour l'utilisation du site internet aux fins de la vente de ses produits, comme il le ferait pour un magasin*" (§ 54).

On a pu en déduire le droit du distributeur d'utiliser Internet pour vendre ses produits, que le fournisseur distribue lui-même sur Internet¹⁸, ou qu'il prétende que son produit ne peut en aucun cas être distribué sur Internet¹⁹. Une clause interdisant aux distributeurs de vendre par Internet serait une restriction par objet, mais aussi une restriction caractérisée (restriction aux ventes

passives). Seule une exemption individuelle serait en théorie possible, mais dans l'affaire *Pierre Fabre* elle a été refusée par la cour d'appel de Paris²⁰.

En revanche, a été admis le droit de la tête de réseau de refuser les *pure players*, c'est-à-dire le droit du fournisseur d'avoir comme critère de sélection l'exigence d'un magasin physique²¹. La Commission européenne a même admis, dans ses lignes directrices sur le règlement n° 330/2010, la possibilité d'exiger un ou plusieurs magasins physiques. Mais l'Autorité française de la concurrence, dans son avis n° 12-A-20 du 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, a prévenu qu'elle examinerait concrètement au cas par cas si l'exigence d'un magasin physique était nécessaire ou disproportionnée. Enfin, la tête de réseau a le droit d'imposer des normes de qualité du site Internet²². Mais ces exigences ne doivent pas être disproportionnées. L'idée est donc bien qu'une entrave qui serait trop forte pourrait s'analyser comme une interdiction en fait d'utiliser Internet.

Si le droit européen est assez clair, qu'en est-il des droits étrangers ?

3. Il ressort de la table ronde, tout d'abord, une permisivité un peu plus grande du droit américain, quant aux restrictions qu'il est possible d'apporter au commerce en ligne des distributeurs sélectifs, par rapport aux droits japonais et européens. On peut aussi relever que les rapporteurs américain et japonais se préoccupent souvent de la justification raisonnable de la restriction. Mais, dans l'ensemble, les solutions sont souvent assez proches.

Nous examinerons successivement les quatre questions posées par le cas *Asoft*, en consacrant un développement beaucoup plus long sur la question 2 relative à l'interdiction faite aux distributeurs sélectifs de revente sur des "places de marché", qui est tout particulièrement au cœur de l'actualité.

18 Cons. conc., déc. n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France.

19 CJUE, 13 octobre 2011, *Pierre Fabre*, aff. C-439/09, cf. nos obs., L'accès Internet, droit essentiel du distributeur en réseau ? *RDC* 2012, n° 2, p. 522.

20 CA Paris, 31 janvier 2013, n° 2008/23812, cf. nos obs., L'épilogue de l'affaire *Pierre Fabre*, *RDC* 2013 n° 4, p. 1401, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca_pierrefabre_jan13.pdf.

21 Déc. *Festina* précitée.

22 Déc. 07-D-07 précitée.

I. Les contraintes pour la vente en ligne différentes de celle de la distribution off-line

Plusieurs contraintes sont prévues dans le cas pratique.

1. La hot-line 24 h/24

4. La première contrainte imposée par Asoft à ses distributeurs est une contrainte spécifique à la vente en ligne. Le distributeur doit proposer une hot-line 24 h/24 à ses clients.

Une différence notable peut cependant être remarquée à propos de cette exigence d'une hot-line qui fonctionne 24 h/24.

La rapporteuse japonaise considère que cela est de nature à améliorer l'image de marque des produits ou services, car cette contrainte diminue l'asymétrie d'information, et profite au consommateur. Elle en déduit que cette clause est proconcurrentielle.

Le rapporteur européen considère au contraire que cette clause est une restriction disproportionnée. Il n'est en effet pas nécessaire d'avoir une hot-line qui fonctionne aussi longtemps sur son site Internet²³. Le communiqué de presse dans l'affaire des produits cosmétiques énonce que *“la création d'une hotline', sous forme de ligne téléphonique et/ou de messagerie électronique, les deux pouvant être cumulées, permet d'offrir, via Internet, le service de conseil personnalisé assuré par une personne diplômée de pharmacie en magasin. Les conditions de fonctionnement de ce dispositif (plages horaires, délais maximum de réponse) ont également été assouplies”*, sur la base des engagements pris par les entreprises en cause.

²³ cf. Déc. 07-D-07 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle.

2. L'interdiction de vendre des produits d'occasion et des produits alimentaires sur le seul site Internet

5. L'interdiction de vendre des biens d'occasion ou des produits alimentaires sur le seul site Internet mais non dans le magasin en dur est vue avec suspicion par tous les rapporteurs.

La rapporteuse japonaise est contre cette restriction s'agissant des produits d'occasion, car cela nuirait fortement à la concurrence sur le marché des produits usagés et affaiblirait la pression concurrentielle de celui-ci sur le marché des nouveaux produits. S'agissant des produits alimentaires, il faudrait distinguer, selon le droit japonais, entre les produits périssables et ceux qui ne le sont pas. Une préoccupation de santé publique pourrait être une préoccupation raisonnable pour interdire la vente en ligne de produits périssables²⁴.

Le rapporteur américain trouve également ces restrictions contestables et s'inquiète de la justification de telles restrictions: n'existent-elles pas dans le seul but d'entraver la distribution en ligne du distributeur ?

Le rapporteur européen rappelle, quant à lui, que les critères off-line et les critères en ligne doivent répondre à un principe d'équivalence, ce qui signifie qu'il peut y avoir des différences, mais elles doivent être justifiées par la différence de nature des deux canaux de distribution. Tel n'est pas le cas des restrictions examinées.

Ce principe d'équivalence des critères off-line et off-line permet d'assurer qu'il n'y aura pas d'entrave détournée au commerce en ligne.

II. L'interdiction faite aux distributeurs sélectifs de revente sur des “places de marché”

6. À cet égard, on peut observer que tous les rapporteurs ont répondu qu'il leur semblait excessif d'interdire de manière absolue aux distributeurs sélectifs de revendre leurs produits sur les *marketplaces*.

²⁴ Cette argumentation semble exclure la vente de produits alimentaires périssables sur Internet, alors que les hypermarchés la pratiquent tous les jours, sans péril pour la santé des acheteurs.

À cet égard, le rapporteur américain s'est montré dubitatif quant à la justification fondée sur la promotion de l'image de marque du produit ou du service, alors que les rapporteurs japonais et européen ont été plus sensibles à la légitimité de protéger l'image de marque, sans pour autant la protéger de manière excessive.

7. L'interdiction de vendre sur les *marketplaces* est une des questions les plus actuelles en matière de distribution sélective. La tête de réseau peut-elle empêcher ses distributeurs de vendre sur ces places de marché, et donc d'avoir accès ce faisant à des millions de clients ?

Le top 3 des dites places de marché était composé, en 2015, d'Alibaba (149 milliards de dollars de volume d'affaires en 2015; 407 millions d'acheteurs), d'Amazon (107 milliards de dollars de volume d'affaires; 300 millions de clients livrés en 2015), et d'eBay (82 milliards de dollars de volume d'affaires; 162 millions d'acheteurs actifs).

Mais toutes les marques ne fuient d'ailleurs pas les places de marché. Par exemple, Spartoo, qui est une *marketplace* de chaussures, sacs, et prêt-à-porter, comporte sur son site 3929 marques, ainsi qu'un onglet "luxe" pour distribuer les marques réputées (Kenzo, Christian Lacroix, Michael Kors, Ralph Lauren, Versace jeans, Sonia Rykiel, Moschino, etc.).

8. Dans ce contexte, qu'en est-il de l'interdiction faite au distributeur sélectif de vendre sur les *marketplaces* ?

En 2007, le Conseil français de la concurrence avait décidé qu'un fabricant pouvait valablement refuser d'agréer les sites de mise en relation, car ces plateformes n'apportaient pas, en l'espèce, de garanties suffisantes concernant la qualité et l'identité des vendeurs, ce qui pouvait faciliter des reventes illicites hors réseau ou la vente de produits contrefaits et nuire à l'image du réseau concerné²⁵.

En 2010, les lignes directrices du règlement (UE) d'exemption n° 330/2010 prévoient que le "*fournisseur peut exiger que ses distributeurs ne recourent à des plateformes tierces que dans le respect des normes et conditions qu'il a convenues avec eux pour l'utilisation d'Internet par les distributeurs*" et que "*si le site internet du distributeur est hébergé par une plateforme tierce, le fournisseur peut exiger que les clients n'accèdent pas au site du distributeur via un site qui porte le nom ou le logo de la plateforme tierce*" (pt 54).

9. Toutefois, un début d'évolution a vu le jour en France.

Dans son avis 12-D-20 18 septembre 2012 relatif au fonctionnement concurrentiel du commerce électronique, l'Autorité française de la concurrence a admis que les sites de places de marché ont la capacité de satisfaire aux critères qualitatifs des produits, par exemple par la création de boutiques virtuelles réservées aux vendeurs agréés, ce qui laisse augurer qu'il n'y aurait plus de raison de les interdire de manière péremptoire, mais seulement s'ils ne respectent pas des critères qualitatifs.

25 Cons. conc., déc 07-D-07, 8 mars 2007, distribution de produits cosmétiques.

Puis, à l'occasion d'une demande de mesures conservatoires, l'Autorité de la concurrence a considéré qu'il existait des indices pour admettre que l'interdiction faite aux distributeurs sélectifs de recourir à des places de marché était anticoncurrentielle²⁶. À cette occasion, l'Autorité a souligné les effets pro concurrentiels des places de marché dans la mesure où elles permettent "*une réduction des barrières à l'entrée*" du secteur du commerce électronique et "*une extension de l'offre proposée en ligne*"²⁷.

Par un arrêt remarqué du 2 février 2016, la cour d'appel de Paris, statuant en référé dans l'affaire *Caudalie*²⁸, a décidé qu'il "*existe un faisceau d'indices sérieux et concordants*" pour considérer la clause litigieuse comme constitutive de "*une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l'exemption communautaire individuelle visée à l'article L. 442-6, I, 6°*".

Certaines entreprises sentent que l'évolution n'était pas favorable à ces clauses d'interdiction. Ainsi, poursuivie par l'Autorité française de la concurrence, la société Adidas a supprimé ces clauses, et les a remplacées par la possibilité de vendre sur des *marketplaces*, si elles respectent certains critères de qualité²⁹.

10. La jurisprudence allemande a aussi hésité³⁰ et s'est divisée en deux groupes de décisions :

– un premier groupe concerne les décisions défavorables aux plateformes, comme la décision de la cour d'appel de Karlsruhe du 25 novembre 2009³¹, confirmant la décision de première instance du Landgericht de Mannheim du 14 mars 2008. S'agissant d'un fabricant de sacs à dos, la cour d'appel valide la clause du fournisseur qui interdisait la vente par ses distributeurs agréés de ses produits de la marque A et B sur des plateformes Internet, telles que eBay. En particulier, la cour d'appel de Karlsruhe ne reconnaît pas que l'interdiction générale du recours à eBay pourrait constituer un critère qualitatif pour sélectionner ses distributeurs. Un autre arrêt, cette fois de la cour d'appel de Francfort le 23 décembre 2015, toujours en matière de sacs à dos, a admis que les fournisseurs de produits de marque pouvaient interdire à leurs distributeurs de vendre sur des *marketplaces*³²;

26 Aut. conc., déc. n° 14-D-07 du 23 juillet 2014, et n° 15-D-11 du 24 juin 2015, toutes deux concernant la distribution des produits bruns, en particulier téléviseurs.

27 La cour d'appel de Paris, le 3 décembre 2015, a rejeté les recours contre ces deux décisions de refus de mesures conservatoires : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ca14d07.pdf>.

28 CA Paris, pôle 1, ch. 3, 2 février 2016, *SAS eNova Santé c/ SAS Caudalie*, n° 15/01542.

29 Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence, 18 novembre 2015 : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=606&id_article=2668.

30 cf. V. Lasserre et P. Le More, *Contrats, conc., consom.* n° 11, novembre 2015, étude 13.

31 *Ibid.*

32 <http://www.osborneclarke.com/connected-insights/blog/frankfurt-appeal-court-finds-brand-owners-ban-sales-branded-goods-online-portals-legal>.

– un deuxième groupe de décisions est favorable aux plateformes. La cour d'appel de Berlin (Kammergericht), par arrêt du 19 septembre 2013³³, confirmant la décision de première instance du Landgericht de Berlin du 21 avril 2009, toujours en matière de sacs à dos, a interdit de subordonner la livraison de ses produits à l'engagement de ses détaillants de ne pas utiliser les plateformes de vente aux enchères de type eBay. Mais d'autres détaillants étaient autorisés à vendre les produits à prix discounts sur de tels sites sous certaines conditions, ce qui faisait que la mesure était discriminatoire, et ce qui diminue la portée de l'arrêt.

La décision du Landgericht de Kiel du 8 novembre 2013, confirmée par la cour d'appel de Schleswig le 5 juin 2014, en matière cette fois d'appareils photo a jugé que l'interdiction de vendre sur des plateformes Internet et des marketplaces était une restriction de la concurrence par objet et par l'effet, contraire au § 1 de la GWB et à l'article 101, § 1 du TFUE, et une restriction caractérisée³⁴.

A été également remarquée la décision du Bundeskartellamt du 27 août 2015³⁵, rendue dans l'affaire *Asics* : Asics a interdit à ses distributeurs d'utiliser les moteurs de comparaison de prix pour leur présence en ligne et d'utiliser la marque Asics sur les sites Internet de tiers pour guider les clients vers leurs propres boutiques en ligne. De l'avis du Bundeskartellamt, les petites et moyennes entreprises, en particulier, ne peuvent pas compenser la perte résultant de cette interdiction. L'Autorité accuse donc Asics d'avoir restreint les activités de vente en ligne de revendeurs agréés petites et moyennes entreprises. En outre, le Bundeskartellamt critique le fait que les distributeurs étaient interdits sans exception de l'utilisation de marchés en ligne tels que eBay ou Amazon.

À cet égard, Andreas Mundt, président du Bundeskartellamt, a relevé que, dans le secteur de l'e-commerce dynamique en plein développement, il faut prendre soin de répondre aux intérêts des fabricants, tout en gardant les marchés et les opportunités ouvertes au profit des distributeurs et des consommateurs. Si les fabricants interdisent à leurs revendeurs autorisés d'utiliser les moteurs de comparaison de prix et les plateformes de vente en ligne ou d'utiliser les marques des fabricants dans leurs propres annonces de moteur de recherche, il ne sera *de facto* plus possible pour les consommateurs de trouver les petits détaillants, en particulier sur Internet. Il a ajouté que *“beaucoup de fabricants de chaussures de course,*

*y compris récemment ASICS, ont établi leurs propres magasins en ligne. Ils coopèrent avec de grands marchés comme Amazon. Si ces fabricants imposent simultanément de profondes restrictions au commerce en ligne pesant principalement sur leurs petits détaillants, le commerce en ligne sera en fin de compte concentré dans les mains des fabricants eux-mêmes et de quelques grands détaillants ou grands marchés”*³⁶.

C'est finalement la cour d'appel de Francfort, alors même que, fin décembre 2015, elle avait validé l'interdiction de revendre sur les marketplaces, qui va finir par trouver la question très incertaine, dans l'affaire *Coty*. Elle va donc saisir la Cour de justice des questions préjudicielles³⁷ suivantes :

“[1] Les systèmes de distribution sélective relatifs à la distribution de produits de luxe et de prestige et visant principalement à préserver l' image de luxe' desdits produits constituent-ils un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE ?

En cas de réponse affirmative à la question 1) :

[2] Peut-on considérer comme un élément de concurrence conforme à l'article 101, paragraphe 1, TFUE l'interdiction absolue, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, sans considération de la question de savoir s'il est concrètement porté atteinte aux exigences légitimes du fabricant en termes de qualité ?

[3] L'article 4, sous b), du règlement (UE) n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, constitue une restriction par objet de la clientèle du détaillant ?

[4] L'article 4, sous c), du règlement (UE) n° 330/2010 doit-il être interprété en ce sens que l'interdiction, faite aux membres d'un système de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, d'avoir recours de façon visible à des entreprises tierces pour les ventes par Internet, constitue une restriction par objet des ventes passives aux utilisateurs finals ?”

La question ne porte que sur l'interdiction absolue de revendre sur les marketplaces, non sur une revente encadrée.

33 V. Lasserre et P. Le More, *op. cit.*

34 En ce sens également : Landgericht de Francfort, 31 juillet 2014 (produits cosmétiques) qui qualifie l'interdiction de restriction caractérisée lorsqu'elle adient avec une clause “logo”, c'est-à-dire une clause interdisant expressément la distribution sous un autre nom supposant l'ouverture du site via un site qui porte le nom ou le logo d'une entreprise tierce. Pour les juges, les lignes directrices doivent être dépassées (notamment le § 54 invoqué par le fournisseur) et, si elles lient la Commission, elles ne lient pas pour autant la chambre allemande.

35 http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/27_08_2015_ASICS.html?sessionId=C13BCCF451BBF7A019BEC2116429041D.1_cid371?nn=3591568 (en anglais).

36 Traduction libre : http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2015/27_08_2015_ASICS.html?sessionId=C13BCCF451BBF7A019BEC2116429041D.1_cid371?nn=3591568.

37 Demande de décision préjudicielle présentée par l'Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Allemagne) (cour d'appel) le 25 avril 2016 – *Coty Germany GmbH c/ Parfümerie Akzent GmbH* (aff. C-230/16).

Ce sera certainement un arrêt aussi important que l'arrêt *Pierre Fabre*, en matière de commerce électronique dans les réseaux de distribution.

11. En attendant, dans son rapport préliminaire sur l'enquête sur le commerce électronique, la Commission européenne a adopté une position particulièrement souple à l'égard de cette interdiction, peut-être pour ne pas se démarquer de ses lignes directrices, qui néanmoins sont très anciennes, pour le monde de l'Internet.

Pour la Commission, certains critères qualitatifs ont le même impact que l'interdiction de vente sur les *marketplaces* (pt 433): "(...) *if the retailer's website has to appear under a domain name which contains the name of the retailer's business, if the website on which products are sold has to be operated by the retailer or in case of a prohibition to sell via marketplaces that have their logo visible.*" "Some manufacturers require specific approval for any marketplace via which the retailer intends to sell their products" (pt 435).

Finalement, elle va adopter une position assez favorable aux clauses restrictives: "*The preliminary findings of the sector inquiry do not show that absolute marketplace bans generally amount to a de facto prohibition to sell online irrespective of the markets concerned*" (pt 469).

La Commission affirme que l'interdiction de vendre sur les *marketplaces* est différente de l'interdiction de vendre en ligne: "*The preliminary findings of the sector inquiry do not indicate that marketplace bans should be considered hardcore restrictions within the meaning of Article 4(b) and/or Article 4(c) of the Vertical Block Exemption Regulation*" (pt 472). Et elle en déduit que l'interdiction de vendre sur les *marketplaces* n'est pas une restriction caractérisée.

Donc si le seuil de part de marché du règlement d'exemption n'est pas dépassé, la clause d'interdiction de vendre sur les *marketplaces* sera exemptée.

En revanche, si le seuil de part de marché est dépassé, ou en cas de retrait du règlement d'exemption par une autorité nationale par exemple, il faudra faire une appréciation au cas par cas: "*This does not mean that the Commission considers absolute marketplace bans in all cases compatible with European competition law*" (pt 473).

Enfin, la Commission admet que l'interdiction sera moins facile à valider si la tête de réseau distribue elle-même sur les *marketplaces* ou si la tête de réseau a agréé la *marketplace* dans son réseau: "*Justifications based on brand protection considerations or on a lack of sufficient pre- or post-sale advice will be less convincing if the manufacturer has accepted the marketplace operator as an authorized seller within its selective distribution agreement or if the manufacturer is itself selling on the marketplace directly to customers*" (pt 474).

12. Que penser de cette évolution ?

Pour trancher, sous réserve bien sûr de ce que décidera la CJUE, il faut rechercher quelle est la place des *marketplaces* dans l'économie actuelle (1.). Ceci nous permettra de savoir si interdire leur usage est une entrave disproportionnée ou non à l'accès à l'Internet.

Et il faut ensuite se demander s'il n'y a pas une solution protectrice de la marque et de l'image du réseau, qui serait moins restrictive de concurrence que l'interdiction pure et simple (2.). Il s'agit donc de savoir si l'encadrement de l'accès aux *marketplaces* ne suffit pas.

1. Le caractère disproportionné de l'atteinte compte tenu de la place des *marketplaces* dans l'économie numérique

13. Les *marketplaces* participent de ce que l'on appelle l'"économie de la mise en relation"³⁸, de manière quasi instantanée, grâce à l'utilisation des plateformes issues des nouvelles technologies. Cette nouvelle économie de la mise en relation instantanée crée un changement rapide des rapports de force grâce au numérique, et elle permet une réduction appréciable des coûts.

C'est ce qui s'appelle en économie une "innovation de rupture" (innovation drastique, innovation déstabilisante, innovation perturbatrice, innovation radicale, innovation de disruption)³⁹. Clayton Christensen définit l'innovation de rupture comme une innovation radicale qui déstabilise et transforme un marché existant ou un secteur en introduisant des caractéristiques nouvelles, plus de simplicité, plus de praticité, plus de disponibilité d'un produit ou d'un service, ou plus d'accessibilité financière.

D'aucuns ont en effet montré qu'il y avait une "*irrésistible ascension des places de marchés*" (*LSA*). Les plateformes sont devenues des "*accélérateurs de particules*", selon l'expression de certains⁴⁰, des "*leviers de croissance et de rentabilité*", pour d'autres⁴¹. Selon le magazine *LSA*, l'an passé, les ventes en ligne en France ont progressé de 14% et, dans le même temps, le volume des ventes réalisées depuis les *marketplaces* a augmenté trois fois plus vite (+ 46%). Le marché français des *marketplaces* est désormais estimé à près de 9% des ventes de produits en ligne.

38 Aussi appelée l'"ubérisation de l'économie" dans une conception large.

39 cf. Disruptive innovation, law and competition (Paris 29 janvier 2016), *Concurrences* n° 3-2016, B. Lassere.

40 <http://www.franceculture.fr/emissions/le-billet-politique-de-frederic-metezeau/l-impuissance-du-politique-face-l-uberisation-de>.

41 "Pour les acteurs du secteur, elles sont un levier de croissance et de rentabilité grâce à leur modèle économique reposant sur des commissions sur ventes" (<http://www.lsa-conso.fr/e-commerce-l-irresistible-ascension-des-places-de-marche,239859>).

Dans le rapport préliminaire de l'enquête de la Commission: 35% des détaillants vendent sur les *marketplaces* (31% sur leur site et sur les *marketplaces*, et 4% exclusivement sur les *marketplaces*) (pt 414)⁴².

Avec de telles innovations, “*la concurrence (...) menace non pas les marges de profit et les produits des entreprises existantes mais leur vie même*”, selon Schumpeter⁴³.

La revue *Challenge*, le 4 avril 2016, indiquait que “*Airbnb vaut 27 milliards de dollars, soit plus de 2 fois le groupe AccorHotels, sans posséder le moindre bâtiment et sans employer du personnel d'accueil ou de ménage*”⁴⁴.

Les augmentations de chiffre d'affaires liées à la vente par le biais d'une plateforme sont telles que l'on peut se demander si interdire le recours à de telles places de marché n'est pas une entrave trop importante au commerce par Internet.

La Commission n'a pas l'air de le penser dans son rapport préliminaire, mais cette position, assez surprenante, pourra-t-elle tenir longtemps ? Avec Internet, les évolutions vont très vite. Les clauses d'interdiction totale de vente sur les *marketplaces* ont peu de chances, de notre point de vue, de tenir très longtemps (sauf peut-être dans l'hyper luxe) ? Ce sera encore plus rapide, si les fabricants vont eux-mêmes vendre sur les *marketplaces*, et l'interdisent à leurs distributeurs.

Et cela est d'autant plus vrai qu'il est possible de protéger les marques d'une manière moins restrictive.

2. La possibilité de protéger les marques d'une manière moins restrictive

14. Si l'interdiction de vente dans des *marketplaces* suscite une vive discussion, il n'en va pas de même de l'encadrement (proportionné) de la revente sur les *marketplaces*, qui nous semble être la seule vraie chance des réseaux.

Des clauses d'encadrement proportionné permettront de protéger les marques et seront au surplus bénéfiques aux consommateurs, qui pourront en attendre une amélioration du service rendu par les plateformes “sélectionnées” et une garantie de qualité.

Le point 457 du rapport préliminaire de la Commission sur l'enquête sur le e-commerce relève que, déjà, certaines *marketplaces* créent des showrooms spécifiques dédiés à certaines marques et conçus conformément aux suggestions des marques.

Face aux plateformes, il nous semble donc que l'évolution se fera avec Internet et non contre Internet.

⁴² Sur 1 009 détaillants ayant répondu.

⁴³ Citation tirée de *Capitalisme, socialisme et démocratie*.

⁴⁴ <http://www.challenges.fr/economie/20160401.CHA7154/comment-l-uberisation-de-l-economie-revolutionne-le-capital.html>.

III. L'interdiction faite aux distributeurs sélectifs de fournir des renseignements aux plateformes de comparaison technique

15. Le cas comporte une autre restriction qui empêche les distributeurs sélectifs de se servir d'instruments permettant aux clients de comparer.

La rapporteuse japonaise, très sensible aux outils qui permettent de diminuer l'asymétrie d'information, considère que cette restriction est très préjudiciable à la concurrence et pourrait même conduire à une diminution des ventes totales au Japon.

Le rapporteur américain se préoccupe une fois de plus de la justification probablement inavouable d'une telle restriction.

Le rapporteur européen, quant à lui, note que la question n'était jusqu'alors abordée qu'au travers des comparateurs de prix, et non des comparateurs techniques.

D'ailleurs, s'agissant des comparateurs de prix, le rapport préliminaire de la Commission sur le e-commerce du 15 septembre 2016⁴⁵ est assez favorable à cet égard à la distribution sélective. Il relève en effet d'une part sa défaveur aux interdictions absolues d'outils de comparaison qui ne sont pas liées à des critères de qualité, car elles limitent la capacité des distributeurs à utiliser cette méthode de promotion pour générer du trafic sur leur propre site Web, et rendent plus difficile, pour les clients potentiels, de trouver le site Web des détaillants limitant ainsi potentiellement la liberté du distributeur autorisé de promouvoir son offre en ligne (pt 502). En revanche, elle semble plus favorable à ces restrictions quand elles sont fondées sur des critères qualitatifs objectifs, car elles peuvent être utilisées pour générer des gains d'efficacité. Or, les fabricants qui exploitent des systèmes de distribution sélective pouvant, en principe, exiger des normes de qualité pour la promotion de leurs produits sur Internet, ils pourraient utiliser de telles restrictions fondées sur des critères de qualité (pt 503).

⁴⁵ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_preliminary_report_en.pdf.

IV. Les engagements de la tête de réseau sur son propre site Internet

16. Dans le présent cas, Asoft accepte aussi d'encadrer son activité sur son propre site Internet. Les engagements pris sont parfois apparemment favorables aux distributeurs (Asoft s'engage à ne pas faire un prix inférieur au prix conseillé), et parfois défavorables aux distributeurs (Asoft offre la livraison ou une garantie de trois ans en cas d'achat sur le site d'Asoft).

1. Engagement favorable aux distributeurs

17. L'engagement de la tête de réseau de pratiquer les prix conseillés sur son site Internet semble apparemment favorable aux distributeurs sélectifs, puisqu'il empêche la tête de réseau de leur faire une concurrence très forte en vendant le produit beaucoup moins cher, puisque la tête de réseau n'a pas les mêmes contraintes.

La rapporteuse japonaise considère que cela pourrait constituer une restriction caractérisée.

Le rapporteur européen est hésitant, car les prix conseillés sont *a priori* admis, dès lors qu'ils ne cachent pas un prix fixe.

18. De notre point de vue, on est face à un prix imposé, puisqu'Asoft s'engage à respecter le prix conseillé. Il y a au moins un engagement d'Asoft de ne pas faire de prix inférieur au prix conseillé. Même si les distributeurs ne s'engagent à rien, ils ne se déterminent plus librement sur le marché, car ils savent qu'Asoft ne fera pas moins cher que le prix conseillé. On se trouve donc face à une entente de prix, une restriction caractérisée privant du règlement d'exemption n° 330/2010.

Compte tenu du fait que cette clause part "d'un bon sentiment", à savoir une volonté de la tête de réseau de ne pas concurrencer ses distributeurs en faisant un prix qu'ils ne peuvent pas faire eux-mêmes en fonction de leurs propres charges, on peut se demander si la clause ne pourrait pas être sauvée.

Sauf à faire admettre que la règle de raison existe toujours en droit de l'Union, nonobstant l'arrêt *Métropole télévision*⁴⁶, il faudrait se fonder sur l'article 101, § 3 et invoquer les gains d'efficacité de cette clause. La difficulté tiendrait toutefois au fait que, si cette clause protège les distributeurs contre un prix "déloyal" de la tête de réseau, c'est le consommateur qui en pâtit, puisqu'il est privé d'un prix plus bas qu'aurait pu faire la tête de réseau sans cette clause.

Donc, il vaut mieux suggérer à Asoft de supprimer cette clause, les distributeurs demeurant protégés contre un prix déloyal, par le droit commun des contrats (art. 1104 du code civil français)⁴⁷, et non par le droit de la concurrence.

2. Engagements défavorables aux distributeurs

19. Par ailleurs, Asoft offre aux clients qui contracteraient sur son site Internet une livraison à domicile gratuite, et une garantie après-vente de trois ans gratuite, ce qu'elle n'offre pas quand le client achète auprès d'un revendeur du réseau.

Il n'apparaît pas très clairement dans le cas si cela résulte d'une clause du contrat de distribution sélective ou d'une pratique unilatérale.

On peut légitimement s'interroger sur l'intérêt d'une telle stipulation clairement défavorable aux distributeurs dans le contrat de distribution sélective. Il serait plus plausible que ce soit un comportement unilatéral d'Asoft, qui s'engage envers les consommateurs, mais non dans le contrat de distribution sélective, à la livraison gratuite et à l'après-vente. Et rien ne nous permet de penser qu'Asoft serait en position dominante.

En tout cas, les rapporteurs ne sont pas défavorables à cette pratique.

La rapporteuse japonaise considère que cette clause ne pose pas *a priori* de difficultés, sauf si Asoft est seule à pouvoir rendre le service en question.

Le rapporteur américain considère que le fait qu'Asoft offre de meilleures conditions sur son site Web que ce que les distributeurs peuvent offrir n'est pas problématique *per se*.

46 TPICE (devenu Trib. UE), 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6), Suez-Lyonnaise des eaux, France Télécom et Télévision française 1 SA (TF1) c/ Commission des Communautés européennes*, aff. T-112/99; l'arrêt *Wouters* n'est pas déterminant, car il statue sous le régime antérieur au règlement n° 1/2003, où la notification était requise pour bénéficier de l'exemption individuelle: CJCE (devenue CJUE), 19 février 2002, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs BV c/ Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, en présence de Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, aff. C-309/99.

47 Cf. arrêt *Huad*, Cass. com., 3 novembre 1992, n° de pourvoi 90-18547: "(...) qu'en l'état de ces constatations et appréciations, d'où il résultait l'absence de tout cas de force majeure, la cour d'appel a pu décider qu'en privant M. X... des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, la société BP n'avait pas exécuté le contrat de bonne foi"; arrêt *Chevassu-Marche*, Cass. com., 24 novembre 1998, n° de pourvoi 96-18357.

En Europe, dans l'affaire *Cartier*, il avait été jugé possible de stipuler une garantie fabricant uniquement sur ce qui est vendu dans le réseau, afin de suppléer au fait que la loi Suisse n'admettait pas la clause d'étanchéité⁴⁸.

Mais ici, c'est très différent, car Asoft ne protège pas le réseau, mais se protège elle-même par rapport à ses distributeurs. Sur le terrain du droit des contrats, les distributeurs pourraient peut-être invoquer la mauvaise foi d'Asoft dans l'exécution du contrat, en s'octroyant des avantages qu'elle refuse à leurs clients. Mais sur le terrain du droit de la concurrence, rien n'empêche les distributeurs sélectifs d'offrir à leurs propres clients une livraison gratuite et une garantie de trois ans, s'ils veulent être compétitifs.

20. Au terme de l'examen succinct de ce cas, on peut s'interroger sur l'avenir de la distribution sélective confrontée à Internet; tant de questions se posent.

On croyait que l'arrêt *Pierre Fabre* avait tout réglé, mais Internet est allé plus vite que la jurisprudence. Entre le temps de la question préjudicielle posée dans l'arrêt *Pierre Fabre*, et l'arrêt lui-même, ce qu'on appelle "la plateformes" a fait son chemin, les places de marché sont devenues des lieux d'échange irremplaçables, et l'ubérisation de l'économie a progressé inexorablement, qualifiée de tsunami ou de facteur de déchirement. On ne sait aujourd'hui quelle nouvelle évolution aura lieu avant que la Cour de justice ne se prononce sur la question préjudicielle relative à l'interdiction de revente sur les *market-places*. Ce sera peut-être la *blockchain* dont on parle tant aujourd'hui.

Lutter contre une telle vague d'innovations paraît impossible; mieux vaut surfer sur elle, c'est-à-dire s'adapter, pour profiter de l'outil plutôt que d'en pâtir. À notre sens, les marques ne pourront se dispenser de toujours faire évoluer leurs réseaux, pour réussir à protéger leur image sur le Web, mais pas contre le Web. Sans cela, ce qui ressemble au combat de Don Quichotte contre les moulins à vent sera perdu d'avance. ■

	Droit de l'UE	Droit américain	Droit japonais
Quelles contraintes pour le distributeur off-line ? i) Hot-line 24 h/24 ii) Interdiction de vendre des produits d'occasion et des produits alimentaires	i) Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Restriction disproportionnée. ii) Position nuancée en fonction des effets et des justifications de la pratique. ->Raison : principe de non-discrimination vente en ligne / vente hors ligne.	i) Plutôt favorable. Justification plausible pour assurer une qualité de service. ii) Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Difficulté de justifier l'existence d'une telle clause.	ii) Plutôt favorable en fonction des effets. Clause de nature proconcurrentielle. ii) Pratique anticoncurrentielle probablement établie pour les produits d'occasion. Risques : affaiblissement du marché des biens d'occasion et pression concurrentielle sur le marché des produits nouveaux. Position nuancée pour l'alimentaire. Question de santé publique avec distinction entre produits périssables ou non.
L'interdiction de revente sur les places de marché	Hésitations permises. Les ANC plutôt sévères. Mais le rapport de la Commission assez souple. -> Question préjudicielle en cours d'examen par la CJUE.	Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Plutôt défavorable à une justification par la protection de l'image de marque.	Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Possible justification par la protection de l'image de marque.
L'interdiction de fournir des informations aux plateformes de comparaisons techniques	Pas de réponse certaine car, pour l'heure, seuls les sites de comparateurs de prix ont fait l'objet d'un examen.	Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Justification impossible.	Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Justification impossible. Sensibilité à l'asymétrie d'informations.
Les engagements auprès des distributeurs i) Prix conseillés ii) Livraisons à domicile et garantie de 3 ans	i) Position nuancée : pratique de prix conseillés autorisée si pas de prix de revente imposés. Sinon entente sur les prix. ii) Plutôt favorable.	i) / ii) Plutôt favorable à cette clause.	i) Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Restriction caractérisée. ii) Plutôt favorable si pratique autorisée pour tous les distributeurs.

48 CICE, 13 janvier 1994, *Métron et Cartier*, aff. C-376/92, Rec. 1994, p. I-15.

Florian Bien*

bien@jura.uni-wuerzburg.de
Professor, Würzburg University

Thomas K. Cheng

tkhcheng@hku.hk
Professor, Hong Kong University

Anne-Sophie
Choné-Grimaldi

annesophiechone@yahoo.fr
Professeur, Université Paris Nanterre

Emmanuelle Claudel

emmanuelle.claudel@gmail.com
Professeur, Université Panthéon-Assas
(Paris II)

ABSTRACT

Le cas n° 3 a mis en scène les pratiques d'une plateforme d'intermédiation qui référence des professionnels ; il a été traité en droit de l'UE, allemand et français, ainsi qu'en droit américain, chinois et japonais. Un économiste a également apporté son éclairage.

Case 3 illustrates the practices of an intermediation platform referencing professionals; The case was studied in the scope of UE, German, French, American, Chinese and Japanese laws. An economist has also shared his point of view.

* Professeur invité à l'Université Paris-Nanterre (Paris X), à l'initiative du Centre du droit civil des affaires et du contentieux économique (CEDCACE).

III. Les plateformes d'intermédiation

1. Le Moov' est une plateforme d'intermédiation qui dispose d'un réseau de coachs sportifs qui se déplacent à domicile, chez les utilisateurs. Les coachs proposent des offres différentes en termes de durée, de tarif ou de sport pratiqué. Sur chaque transaction, la plateforme perçoit une commission de 12 % qu'elle facture au coach. Le consommateur paie directement au coach la prestation fournie.

2. Le Moov' sélectionne les coachs en leur faisant passer des tests d'entraînement. Le Moov' garantit aux utilisateurs de la plateforme la présence d'un coach à leur domicile durant le créneau horaire réservé : si la personne "réservée" est absente, Le Moov' s'engage à envoyer un coach remplaçant qui fournira une prestation similaire à celle proposée par l'absent, au tarif qui avait été convenu.

(1) Le concept connaît un succès croissant. Initialement, seul 1 % des utilisateurs de coachs à domicile utilisait une plateforme d'intermédiaire. Mais depuis six mois, la part de marché a progressé de sorte à se situer aujourd'hui aux alentours de 30 %. Ce succès explique que d'autres plateformes cherchent aujourd'hui à entrer sur ce marché. Mais elles dénoncent un certain nombre de pratiques qui leur semblent entraver la croissance de ce marché :

- Le Moov' contraint les coachs à accepter un engagement d'exclusivité qui leur interdit d'être référencés sur plusieurs plateformes. Rien ne les empêche en revanche de contracter, en direct, avec leur client. C'est ce que Le Moov' nomme un "engagement d'exclusivité simple";
- les coachs qui, prenant un "engagement d'exclusivité renforcé", s'engagent à ne pas proposer leurs prestations, en direct, à des utilisateurs, ont droit à des conditions financières plus intéressantes : le taux de commission de Le Moov' est alors réduit à 10 %;
- Le Moov' interdit à ses coachs de proposer leurs prestations à leurs clients à un prix inférieur à celui pratiqué par Le Moov'. Cette règle s'applique dans tous les cas, que le coach ait choisi l'engagement d'exclusivité "simple" ou "renforcé".

(2) Depuis le mois dernier, une nouvelle plateforme a été créée : elle s'appelle "Bouge!". Elle souhaite conclure un accord avec Le Moov' qui lui permettrait, sur son site, de référencer tous les coachs qui sont déjà référencés sur la plateforme Moov'. Si un utilisateur choisit, via le site Bouge!, un coach référencé par Le Moov', alors ce coach doit verser une commission de 4 % à Bouge! et de 8 % à Le Moov.

3. Qu'en pensez-vous ? ■

Point de vue français : L'approche européenne

Emmanuelle Claudel*

emmanuelle.claudel@gmail.com

Professeur, Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Avant de traiter le cas, rappelons que l'article L. 111-17 du code de la consommation, issu de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, considère comme un opérateur de plateforme numérique "toute personne physique ou morale proposant, à titre professionnel, de manière rémunérée ou non, un service de communication au public en ligne reposant sur :

« 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers ;

« 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service

2. Ces plateformes font actuellement l'objet d'une attention soutenue de la part des autorités de concurrence européenne et française.

3. Il est difficile de dire si le cas présenté doit être traité exclusivement sous l'angle du droit français ou si le droit européen doit y être appliqué. À supposer que l'on accepte de considérer que la plateforme d'intermédiation Le Moov' est en position dominante, et que sa pratique s'étend à l'ensemble du territoire national, on peut poser que le droit européen s'applique. Rappelons que le point 96 des lignes directrices du 27 avril 2004 relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité énonce que "[t]oute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce".

4. Le traitement du cas s'articulera en différentes phases. Seront successivement traités: la délimitation du marché pertinent (I.); la qualification: entente verticale ou pratique unilatérale? (II.); les exclusivités (III.); la clause de parité (IV.); l'accord avec Bouge! (V.).

I. La délimitation du marché pertinent

5. Dans une 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, l'Autorité française a montré les difficultés que pouvait représenter la délimitation du marché pertinent en matière de commerce en ligne. Pour y parvenir, nous nous appuyerons sur une autre décision de l'Autorité de la concurrence, qui nous guidera d'ailleurs tout au long de la résolution de ce cas: celle en date du 21 avril 2015 relative au secteur de la réservation hôtelière en ligne¹. Nous nous appuyerons par ailleurs sur la méthode classique qui consiste à délimiter le marché tout à la fois économiquement et géographiquement.

6. Afin de délimiter le marché économiquement, il nous faut nous demander s'il existe une relation de substituabilité entre le canal de réservation directe de coachs à domicile et celui de la réservation *via* des plateformes en ligne. Selon la réponse, nous concluons qu'il existe :

- soit un marché des coachs à domicile, incluant le canal direct et le canal *via* les plateformes de réservation ;
- soit un marché de l'offre de service de réservation de coachs sportifs à domicile sur des plateformes électroniques.

7. En faveur de la première solution, on peut invoquer le fait que la clause dite "d'exclusivité renforcée" atteste de ce que la société Le Moov' considère que le canal direct lui fait concurrence.

8. C'est cependant la seconde solution qui aura notre préférence, en considération de la particularité du service offert par la plateforme de réservation :

* Le style oral de la communication a été préservé.

¹ Déc. n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par la société Booking.com.

- possibilité de réserver 7 j/7 ;
- remplacement assuré ;
- comparaison des prix et des prestations des coachs.

9. D'un point de vue géographique, nous inclinons en faveur d'un marché national.

10. Il faut cependant avoir en tête que la société Le Moov' est intermédiaire sur un marché qui comprend (au moins) deux faces, puisque mettant en relation deux catégories de clients distinctes :

- les coachs sportifs ;
- les consommateurs de services sportifs à domicile.

11. Le marché amont réunit donc Le Moov' et les coachs ; le marché aval réunit Le Moov' et les consommateurs ; et nous avons même un troisième marché lié, celui réunissant les coachs et les consommateurs.

12. Les pratiques mises en cause se situent sur le marché amont, mais, *“dans la mesure où il s'agit d'un marché biface, il convient cependant de tenir compte de la seconde face du marché et de ses effets indirects éventuels sur le marché en cause”*².

II. La qualification : Entente verticale ou pratique unilatérale ?

13. Pour résoudre cette question, il nous faut au préalable nous demander si Le Moov' peut être considérée comme étant en position dominante.

1. La société Le Moov' peut-elle être considérée comme étant en position dominante ?

14. La réponse à cette question est largement dépendante de la délimitation du marché de référence.

15. Si le marché est le marché des coachs à domicile, la position dominante de la société Le Moov' est loin d'être certaine, mais n'est pas exclue.

16. Le cas nous indique que la société Le Moov', a priori seule plateforme électronique initialement présente sur le marché, est passée très rapidement de 1 % à 30 % de parts

de marché ; son dynamisme laisse augurer un développement rapide. Par ailleurs, la décision n° 15-D-06 a posé que la détention de 30 % de parts de marché suffit à conférer un “pouvoir de marché”. Dans cette configuration, les parts de marché des concurrents sont évidemment essentielles ; or, elles nous sont inconnues. Il y a tout lieu de penser cependant que le marché est largement atomisé si l'on excepte la plateforme Le Moov'. Il faut également prendre en compte les effets de réseau et le capital d'utilisateurs.

17. Si le marché est celui de l'offre de service de réservation de coachs sportifs à domicile sur des plateformes électroniques, la position dominante de Le Moov' devient très probable. En effet :

- elle est la première venue sur le marché, et s'est trouvée ponctuellement en situation de monopole ;
- les arguments tirés du *first-mover advantage* et du *winner takes all*, souvent mis en avant dans le cadre des marchés bifaces, confortent son avantage ;
- il existe des barrières à l'entrée sur ce type de marché.

18. Il faut par ailleurs noter qu'il existe de toute façon un lien entre les deux marchés, *via* la clause de parité. Pour le comprendre, on se reportera utilement aux analyses développées par l'Autorité française de la concurrence dans la décision *Booking.com*. Transposées à notre cas, on pourrait lire : *“Le marché des services de réservation de nuitées d'hôtels sur des plateformes de réservation d'hôtels [= de réservation de coachs sportifs sur des plateformes de réservation] est un marché marqué par l'importance des effets de réseau indirects. Plus un site propose un choix étendu d'hôtels et de nuitées [= de coachs et d'activités], plus il attire de consommateurs, et plus un site a de succès auprès des consommateurs, plus il attire d'hôtels [= de coachs]. De plus, ne pas rejoindre une plateforme ayant du succès auprès des consommateurs peut s'avérer coûteux pour un hôtel [= pour un coach], dans la mesure où les hôtels [= les coachs] concurrents sont présents sur cette plateforme et susceptibles d'attirer les clients vers leur hôtel [= vers eux, les coachs]”*³.

19. L'Autorité ajoute ceci : *“Les barrières à l'entrée sur ce marché résultent également des économies d'échelle importantes liées aux investissements en visibilité auprès de Google et des méta-moteurs de recherche et à l'histoire de recherches des internautes, plaçant les plateformes historiques en tête des recherches naturelles”*⁴. Or, Le Moov' est en quelque sorte la plateforme historique. Elle est sans doute bien référencée par Google.

20. Tous ces arguments militent en faveur d'une domination de la société Le Moov'.

³ Pt 112.

⁴ Pt 113.

² Déc. n° 14-D-18, § 98.

21. On pourrait se demander si la société Le Moov' ne constitue pas en elle-même une infrastructure essentielle. Cela nous semble peu probable. Une plateforme est duplicable et il existe des solutions alternatives pour les coachs, ne serait-ce que par le canal traditionnel B to C; par ailleurs, d'autres plateformes, telles que Bouge!, cherchent à entrer sur le marché.

22. Mais même si Le Moov' ne constitue pas une infrastructure essentielle, il faut noter qu'elle doit être attentive aux conditions d'accès qu'elle pose pour que les coachs puissent la rejoindre. Ces conditions devront être non discriminatoires, uniformes et objectives, et il faudra sans doute les rendre transparentes⁵. À défaut, Le Moov' pourrait être accusée de pratiquer le boycott à l'encontre des coachs non référencés de façon discriminatoire.

2. Peut-il y avoir une entente entre Le Moov' et chaque coach sportif ?

23. La réponse nous semble positive. Il existe un contrat entre la société Le Moov' et les coachs, qui sont en quelque sorte référencés à la suite de tests d'entraînement.

24. Qu'elle est la nature de ce contrat, sachant que Le Moov' est un intermédiaire entre les coachs et les utilisateurs ?

– Est-ce un contrat de distribution ? Il serait alors différent du modèle classique puisqu'il ne repose pas sur deux contrats mais sur trois (un contrat B to B et deux contrats B to C)⁶.

– Est-ce un contrat d'agence ? Pour conclure en ce sens, il faudrait notamment analyser les risques assumés par les coachs⁷. On constate que le service offert est exécuté personnellement par les coachs et que ceux-ci fixent leur prix, autant d'éléments qui font douter de cette qualification. Et quand bien même il s'agirait d'un contrat d'agence, certaines stipulations pourraient tout de même être analysées au regard des articles L. 420-1 C. com. et 101, §1 TFUE. C'est le cas des clauses d'exclusivité et des clauses de parité.

5 V. aff. *Google*, déc. n° 10-D-30 du 28 octobre 2010, publicité sur Internet. V. aussi l'article L. 111-5-1 du code de la consommation (issu de la loi sur l'égalité des chances du 6 août 2015, dite "Macron"), selon lequel la plateforme "est tenue de délivrer une information loyale, claire et transparente (...) sur les modalités de référencement, de classement et de déréférencement des offres mises en ligne".

6 En ce sens, V. J. Senechal (RLDA n° 117 1^{er} juillet 2016): "L'opération de distribution permise par la plateforme ne repose pas sur deux mais sur trois contrats : un contrat de fourniture de bien/service ou contenu numérique entre un F et un client, découlant de deux contrats d'entreprise numérique, l'un entre la plateforme et le fournisseur, l'autre entre la plateforme et le client. L'entremise numérique (...) s'inscrit difficilement dans la distinction jurisprudentielle opposant les actes juridiques accomplis par le représentant et les actes simplement matériels accomplis par l'entrepreneur et le courtier. En outre, dans de nombreuses hypothèses (...) la plateforme (...) ne se contente pas de procéder à des actes numériques d'entremise mais exécute elle-même une part du contrat de fourniture (services de paiements en ligne, d'assurance, de livraison du bien...) (...)"

7 V. lignes directrices restrictions verticales publiées par la Commission, JOUE n° C.130 du 19 mai 2010, pt 18 et suiv.

– Est-ce un contrat de mandat ? On sait que la loi Macron a imposé le recours au mandat dans le cadre des plateformes hôtelières, mais cette qualification ne s'impose pas nécessairement dans d'autres types de plateformes⁸.

3. On peut aussi envisager l'éventuelle application de l'article L. 420-2.2 du code de commerce relatif à l'abus de dépendance économique

25. Il y aurait alors potentiel abus de dépendance économique des coachs sportifs vis-à-vis de la plateforme Le Moov'. Cela supposerait cependant de démontrer :

– une dépendance économique des coachs, en faisant valoir par exemple: la notoriété de la plateforme, l'importance de la part de marché de Le Moov', l'importance du chiffre d'affaires réalisé par les coachs – auprès de Le Moov' –, la difficulté pour eux de trouver des plateformes autres. Cette démonstration est difficile à faire. On sait que la dépendance économique est très rarement retenue en droit français;

– un abus, qui pourrait être démontré par l'imposition de la clause de parité.

4. Il faut enfin s'interroger sur de possibles pratiques restrictives de concurrence

26. On sait que le tribunal de commerce de Paris, dans une décision du 7 mai 2015, a appliqué l'article L. 442-6 du code de commerce dans une configuration assez proche, celle de l'affaire *Expedia*. Pourraient être mis en cause sur ce fondement la clause de parité (sous l'angle du déséquilibre significatif proscrit par l'article L. 442-6 I 2°) et éventuellement le taux de commission si celui-ci était jugé excessif au regard des contreparties offertes aux coachs.

8 Art. L. 311-5-1 nouveau du code du tourisme.

III. Les exclusivités

1. Analyse de la clause d'exclusivité

1.1 Généralités

27. Il faut tout d'abord rappeler que les exclusivités de distribution ou d'achat ne sont pas anticoncurrentielles par elles-mêmes⁹. Sont pris en compte :

- le champ et la portée de l'exclusivité¹⁰ ;
- la durée ou la combinaison dans le temps des contrats ;
- les conditions de résiliation et de renouvellement ;
- la position des opérateurs ;
- les conditions régnant sur le marché en cause ;
- ou encore la position des clients ou des fournisseurs.

28. Peu d'éléments sont fournis dans le cas présenté. On peut cependant, pour conclure au caractère anticoncurrentiel de la clause souscrite par les coachs, se référer à la position hostile des autorités de concurrence française et européenne vis-à-vis des clauses d'exclusivité imposées par des plateformes. Pour exemple, l'Autorité de la concurrence française a considéré, dans la décision *Vente privée.com*¹¹, que si la position dominante de la société Vente privée avait été caractérisée, il y aurait eu abus. Notons par ailleurs que la Commission européenne, dans une décision *Covisint* du 31 juillet 2001, n'a adressé une lettre de classement à la place de marché qu'après avoir constaté qu'elle permettait “*tant aux actionnaires qu'aux autres utilisateurs de participer à d'autres bourses*”.

29. On peut surtout noter que la clause d'exclusivité souscrite par les coachs n'est enfermée dans aucune limitation de durée, ce qui semble la condamner définitivement, qu'elle soit l'expression d'un abus de position dominante ou d'une entente.

30. Attardons-nous plus précisément sur chacune de ces hypothèses.

9 Pour un rappel des règles d'analyse en droit français, on pourra notamment consulter l'étude thématique du Conseil de la concurrence de 2007 consacrée aux exclusivités et contrats de long terme, l'avis n° 09-A-42 du 7 juillet 2009 sur les relations d'exclusivités entre activités d'opérateurs de communications électroniques ou encore la décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009, *Orange Caraïbe*.

10 La durée des clauses d'exclusivité ne doit pas être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur. V. p. ex. la déc. n° 10-D-07 du 2 mars 2010 – Titres cadeaux prépayés.

11 Déc. n° 14-D-18 du 28 novembre 2014, précitée.

1.2 Hypothèse où la société Le Moov'est en position dominante

31. La clause d'exclusivité doit alors être regardée comme constitutive d'une pratique d'éviction.

32. Elle permet en effet à Le Moov', premier entrant sur le marché, de préempter ce marché. Elle limite par ailleurs fortement la concurrence que pourraient se livrer les plateformes entre elles (concurrence *inter-brand*).

33. La société Le Moov' pourrait-elle prétendre que cette clause permet des gains d'efficience ? Cela n'est pas exclu si l'on considère que les exclusivités permettent le développement de la plateforme et lui sont nécessaires. En effet, la clause d'exclusivité évite les risques de parasitisme de la part des coachs et garantit la rentabilité de la plateforme ; elle peut constituer un facteur de “survie”. La rentabilité de la plateforme dépend en effet du nombre de réservations effectuées sur elle (le coach ne verse la commission due que si la réservation se fait par ce moyen).

34. Or, la plateforme :

- permet l'émergence d'un nouveau service innovant ; la clause d'exclusivité peut dès lors apparaître comme une incitation à investir dans ce service¹² ;

- présente différents avantages pour les consommateurs :

- (i) les coachs sont sélectionnés (ce qui est gage de qualité),

- (ii) leur remplacement est assuré en cas de défaillance,

- (iii) la mise en contact entre les coachs et la clientèle est facilitée,

- (iv) une meilleure comparaison est rendue possible entre les prix et les prestations des coachs (la plateforme permet la transparence),

- (v) le service rendu est “offert” à la clientèle (en fait, la plateforme se rémunère sur la commission payée par les coachs ainsi que sur les données que lui livrent les utilisateurs).

35. La plateforme présente en outre des avantages pour les coachs :

- en termes de visibilité (y compris pour les coachs moins connus) ;

- en termes d'accès au marché ;

- en termes de service de réservation.

12 V. déc. n° 08-D-10 du 7 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage.

36. Par ailleurs, la clause d'exclusivité accroît la concurrence entre les coachs répertoriés sur la plateforme (concurrence *intra-brand*) puisque, comme nous l'avons vu, la plateforme permet une meilleure comparaison entre les services qu'ils offrent et les tarifs qu'ils proposent

37. Si ces gains d'efficacité sont jugés établis, il faudra vérifier qu'ils compensent la réduction de concurrence¹³.

1.3 Hypothèse d'une entente entre Le Moov' et les coachs

38. Il faut d'abord s'interroger sur le caractère anticoncurrentiel de la clause. Notons que les clauses d'exclusivité ne sont pas analysées comme des restrictions caractérisées à la concurrence. Il faut donc apprécier au cas par cas les risques de verrouillage du marché en prenant en compte les éléments présentés *supra*, et notamment :

- la durée des exclusivités : on rappellera qu'AU-CUNE durée n'est ici stipulée ;
- la position du créancier de l'exclusivité (Le Moov') ;
- la position des autres plateformes concurrentes ;
- les barrières à l'entrée...

39. Si la clause est jugée anticoncurrentielle, ce qui est probable, il faudra s'interroger sur une possible exemption.

40. Une exemption collective sur le fondement du règlement n° 330/2010¹⁴ est à exclure, la société Le Moov' ayant, quel que soit le marché de référence retenu, une part de marché supérieure à 30 %.

41. Une exemption individuelle supposera réunies les quatre conditions traditionnelles :

- la pratique devra contribuer au progrès économique (on renverra aux précédentes analyses sur les gains d'efficacité) ;
- une part du profit devra être réservée aux utilisateurs (même renvoi) ;
- la condition de proportionnalité devra être remplie. Ce point est à débattre, car il n'est pas certain que la clause d'exclusivité soit absolument nécessaire et qu'il n'existe pas de solution moins attentatoire à la concurrence ;
- une concurrence résiduelle devra perdurer sur le marché. Or, il existe certes un nouvel entrant sur le marché – Bouge! –, mais un accord est conclu avec lui ; les concurrents potentiels se plaignent par ailleurs des barrières à l'entrée.

¹³ V. avis n°09-A-42 – Exclusivités dans le domaine de la télévision payante.

¹⁴ Ce règlement pourra servir de fondement à la solution retenue si le droit européen s'applique au litige. Si seul le droit français s'applique, ce règlement pourra être mobilisé à titre de grille d'analyse.

2. Analyse des rabais d'exclusivité (hypothèse de l'exclusivité renforcée)

42. Un rabais est consenti aux coachs sur le taux de commission qu'ils doivent à la plateforme s'ils s'engagent à ne pas proposer leurs prestations, ni *via* d'autres plateformes ni en direct, à des utilisateurs. Cette pratique est-elle licite ?

43. On distinguera cette fois encore selon que l'on étudie le cas sous l'angle de l'abus de position dominante ou de l'entente.

2.1 Analyse en termes de pratique unilatérale

44. Deux questions doivent être successivement posées

2.1.1 Le rabais présente-t-il un caractère anticoncurrentiel ?

Analyse en droit européen

45. On peut se référer à l'analyse développée par la Commission dans le document publié en février 2009 sur les pratiques d'éviction¹⁵. La Commission analyse les rabais comme une forme d'achat exclusif. On peut considérer qu'il en va ainsi en l'espèce : le rabais est consenti en contrepartie d'un engagement d'exclusivité.

46. Les critères d'analyse sont dès lors les suivants : “*Les obligations d'achat exclusif risquent plus particulièrement de produire des effets d'éviction anticoncurrentiels lorsque, en leur absence, une forte pression concurrentielle est exercée par les entreprises qui, soit ne sont pas encore présentes sur le marché au moment de la conclusion de ces accords, soit ne sont pas en mesure d'entrer en concurrence pour l'approvisionnement total des clients*”¹⁶. On mentionnera par ailleurs que, cette fois encore, l'exclusivité n'est enfermée dans aucune limitation de durée.

47. Au-delà de la Commission, quelle serait l'analyse des juridictions européennes ? Il est souvent relevé qu'elles restent largement fidèles à une approche par la forme. Cette approche, illustrée par l'arrêt *Hoffmann-La Roche* du 13 février 1979¹⁷, perdue en effet. En attestent les arrêts rendus par le Tribunal le 30 septembre 2003 dans l'affaire *Michelin c/ Commission*¹⁸, ou le 9 septembre 2010 dans l'affaire *Tomra Systems e.a. c/ Commission*¹⁹ ou encore le 12 juin 2014 dans l'affaire *Intel*²⁰.

¹⁵ Communication de la Commission, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, *JOUE* n° C.45 du 24 février 2009, pp. 7-20.

¹⁶ Pt 36 des lignes directrices.

¹⁷ Aff. 85/76, pt 89.

¹⁸ Aff. T-203/01.

¹⁹ Aff. T-155/06.

²⁰ Aff. T-286/09.

48. On peut lire, au point 77 de ce dernier arrêt : “*De tels rabais d'exclusivité, appliqués par une entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas – sauf circonstances exceptionnelles – sur une prestation économique justifiant cet avantage financier, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès au marché aux autres producteurs (...)*” De même, il est écrit au point 85 que ces rabais d'exclusivité “*ont par leur nature même la capacité de restreindre la concurrence*”.

Analyse en droit français

49. On constate que l'Autorité française recourt à l'examen des effets pour fréquemment conclure à l'illicéité des clauses. Il suffit pour s'en convaincre de se référer à la position française exprimée à la table ronde de l'OCDE sur les remises groupées et les remises de fidélité en date du 10 juin 2008.

50. De nombreuses décisions sont par ailleurs mobilisables, telles que la décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003, dans laquelle le Conseil a considéré que la prime dite “de fidélité” (jusqu'à 1 %) accordée par les NMPP, en position dominante, aux éditeurs qui leur confiaient l'intégralité de leurs titres était de nature à fausser le jeu de la concurrence en dissuadant les éditeurs de changer de messagerie de presse; ou la décision n° 04-D-13, qui énonce qu'un “*système de rabais sera considéré comme abusif si les critères et les modalités de son attribution font apparaître que le système ne repose pas sur une contrepartie économiquement justifiée*”; ou encore la décision n° 07-D-08 du 12 mars 2007, *Société des caves et producteurs réunis de roquefort*.

51. Il faudra donc rechercher si ce rabais est assorti d'une contrepartie, ce qui est douteux s'agissant d'un rabais tel que celui présent dans le cas qui nous est soumis.

2.1.2 Cette pratique de rabais peut-elle générer des gains d'efficience ?

52. On se reportera une fois encore au document publié par la Commission en février 2009 sur les pratiques d'éviction ou à l'arrêt *Intel* précité. On peut lire, au point 94 de cet arrêt, qu’*“il reste loisible à l'entreprise dominante de justifier l'emploi d'un système de rabais d'exclusivité, en particulier en démontrant que son comportement est objectivement nécessaire ou que l'effet de forclusion potentiel qu'il entraîne peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs”*.

53. Ces avantages sont peu apparents ici. Le rabais encourage-t-il vraiment à investir ? Est-il objectivement nécessaire ? On peut en douter.

2.2 Analyse en termes d'entente

54. On sera bref, car l'analyse est en fait assez proche : l'appréciation du caractère anticoncurrentiel du rabais oblige à repasser par l'analyse de l'exclusivité que nous avons déjà menée, étant précisé que l'atteinte à la concurrence est encore plus nette ici puisque le rabais tend à supprimer toute concurrence, quel que soit le canal de distribution. Une exemption est peu probable : elle est exclue dans le cadre du règlement n° 330/2010 et est très peu probable dans le cadre d'une exemption individuelle : d'une part, le rabais n'apparaît pas nécessaire et il est excessif ; d'autre part, il tend cette fois à supprimer toute concurrence résiduelle.

IV. La clause de parité

55. Ici, interdiction est faite aux coachs de proposer à leurs clients des tarifs inférieurs à ceux pratiqués par Le Moov’.

56. Cette clause présente indéniablement des effets anticoncurrentiels :

- elle affecte la liberté des coachs de fixer leurs tarifs ;
- elle réduit la concurrence par les prix que se livrent les coachs entre eux dans le cadre des relations directes avec leurs clients ;
- elle peut conduire à des pratiques d'alignement tarifaire et à une hausse des prix pratiqués par les coachs ; il est probable en effet qu'ils vont répercuter leur commission en tout ou partie sur les prix pratiqués à leur clientèle.

57. Au niveau européen, ce type de pratique a été analysé par la Commission dans la décision du 12 décembre 2012, *Ebooks*²¹.

58. Au niveau français, elle l'a essentiellement été dans les affaires *Booking.com* et *Expedia*. Nous nous concentrons sur ce niveau, dans lequel on observe des prises de position variées.

59. On peut en effet relever trois positions radicalement hostiles, émanant respectivement de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), du tribunal de commerce de Paris et du législateur, et une position plus nuancée, celle émanant de l'Autorité de la concurrence.

60. Dans un avis rendu par la CEPC en date du 17 septembre 2013²², on peut lire que “*les clauses dites de parité, prévoyant un alignement automatique de différentes*

21 COMP/39.847.

22 Avis n° 13-10.

conditions consenties à des concurrents, sont contraires à l'article L. 442-6-II-d du code du commerce et sont expressément frappées de nullité par cette disposition”.

61. Cette position est partagée par le tribunal de commerce de Paris, lequel, dans une décision *Expedia* du 7 mai 2015, a posé que, “faute de contrepartie suffisante, les clauses visant à l’obtention automatique des meilleures conditions tarifaires et promotionnelles, dans les contrats des hôtels incriminés situés sur le territoire français, sont constitutives d’un déséquilibre significatif au sens de l’article L 442-6 I 2° et sont nulles”.

62. La loi dite “Macron” du 6 août 2016 (art. 133) s’est inscrite dans la même mouvance puisqu’elle énonce que “l’hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit, toute clause contraire étant réputée non écrite”²³.

63. Seule l’Autorité de la concurrence s’est montrée plus nuancée. Dans la décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015, *Booking.com*, l’Autorité a certes considéré que “[l]es clauses de parité mises en œuvre par Booking.com, parce qu’elles sont de nature à restreindre la liberté des hôtels dans la définition de leur politique commerciale et notamment dans leur capacité à fixer librement le prix des nuitées sur les différents canaux, pourraient constituer dès lors une restriction de concurrence prohibée par les articles L. 420-1 du code de commerce et 101§1 du TFUE” (pt 132) et a donc accepté des engagements tendant à les supprimer. Elle a cependant validé la clause de parité dite “restreinte”²⁴.

64. Il faut cependant noter que cette décision est une décision acceptant des engagements. L’analyse concurrentielle est donc plus succincte et l’on manque d’une décision affirmant nettement l’illicéité des clauses de parité étendue.

65. Il demeure, on le voit, que les clauses de parité n’ont globalement pas le vent en poupe! Des justifications peuvent-elles être invoquées? Il nous apparaît que oui. La clause de parité réduit les risques de parasitisme. Elle évite d’une part que les clients recherchent sur Le Moov’ le coach qui leur convient (en termes de prestations offertes notamment) et ensuite contractent directement avec le coach pour obtenir un prix plus bas. Elles évitent d’autre part que les coaches détournent la demande vers leur propre canal de vente en s’exonérant du paiement de la commission.

23 Art. L. 311-5-1 du code du tourisme.

24 Pt 149 de la décision: “Booking.com se réserve la possibilité de conclure et mettre en œuvre des obligations imposant aux hébergements d’offrir des tarifs de nuitée sur le site Internet de Booking.com identiques ou inférieurs à ceux disponibles sur les canaux de distribution directs des hébergements (incluant les canaux de distribution en ligne et hors ligne), y compris via les sites de méta-moteurs de recherche (Canaux directs’) (Clause de parité restreinte)”.

V. L’accord avec la plateforme Bouge!

66. Quel peut être l’intérêt d’un tel arrangement pour Le Moov’, sachant que cet accord ne lui rapportera pas de nouveaux partenaires (le référencement n’est pas réciproque) et qu’il perd une partie de ses commissions (il touchera un taux de 8% au lieu de 12%)? Le seul intérêt est que cette double exposition est susceptible d’attirer plus de clients vers les coachs référencés sur les deux plateformes et donc plus de commissions²⁵.

67. Quel peut être l’intérêt d’un tel arrangement pour Bouge!? Il est plus évident: cet accord peut constituer sa porte d’entrée sur le marché. Par une sorte d’effet réputationnel, les coachs référencés par Le Moov’ et qui seront en quelque sorte communs aux deux plateformes sont susceptibles d’attirer de nouveaux coachs vers Bouge! et qui lui seront personnellement attachés.

68. Ceci posé, on raisonnera en trois temps pour traiter de cette question

1. Qualifications possibles pour cet accord de partenariat

1.1 Une concentration?

69. Plusieurs plateformes ont déjà été notifiées à la Commission européenne²⁶. A-t-on ici affaire à une concentration? Existe-t-il une entreprise commune entre Le Moov’ et Bouge!? C’est douteux, car il faudrait que les deux plateformes créent une structure qu’elles contrôlent toutes deux ou bien alors considérer que Le Moov’ est l’entreprise commune.

70. À supposer que l’on raisonne en ces termes, il s’agirait plutôt d’une entreprise commune “coopérative” que “concentrative”.

71. Ce fondement ne nous semble cependant pas pouvoir être utilement poursuivi. Tout au plus, ainsi que le suggère notre collègue Anne-Sophie Choné, assiste-t-on là à une première étape vers un rapprochement ultérieur.

25 V. aussi l’analyse de notre collègue F. Bien.

26 On peut notamment citer Volbroker.com (plateforme d’intermédiaires financiers), ayant donné lieu à une décision en date du 30 juillet 2000, ou Myaircraft.com (plateforme de constructeurs aéronautiques), ayant donné lieu à une décision du 7 août 2000.

1.2 Une entente horizontale?

72. On pense par exemple à l'affaire *Covisint*. Covisint était une place de marché créée conjointement par DaimlerChrysler, Ford, General Motors, Nissan et Renault. Cette place a été analysée par la Commission comme un accord de coopération.

73. Il y aurait dans notre cas un accord de commercialisation permettant à Bouge! de pénétrer sur le marché²⁷. L'accord ne serait pas réciproque: les coachs référencés de façon autonome par Bouge! ne sont *a priori* pas référencés par Le Moov'.

1.3 Une entente verticale?

74. Cette hypothèse sera développée par notre collègue, Florian Bien.

1.4 Une position dominante collective?

75. On rappellera que cette notion a été développée en droit européen notamment dans les affaires *Airtours*²⁸ en droit des concentrations et *Impala*²⁹ en droit des pratiques anticoncurrentielles. En droit français, elle l'a notamment été dans la décision n° 06-D-18 du 28 juin 2006³⁰.

76. Cette position dominante collective peut être essentiellement rencontrée dans deux types de configuration: soit il existe entre les entreprises concernées des "facteurs de corrélation" qui leur permet d'adopter une stratégie commune; soit le marché présente le caractère d'un oligopole étroit (caractérisé par une grande transparence, des possibilités de repréaillies en cas de déviance et un équilibre collusif non susceptible d'être remis en cause entre les participants).

77. En l'espèce, le facteur de corrélation entre les deux plateformes pourrait être tout simplement l'accord qui les lie (en termes de référencement et de rétrocession de commission). Les deux plateformes peuvent en outre être considérées comme développant une ligne d'action commune: les mêmes coachs sont présents sur les deux sites, et cette situation peut faire accroire aux clients que les deux plateformes constituent en réalité une même entité.

78. Il demeure que cette qualification est rarement retenue et qu'elle est peu évidente ici.

27 V. Communication de la Commission, Lignes directrices sur les accords de coopération horizontale, 6 janvier 2001; V. aussi la décision *Volbroker.com*, 31 juillet 2000, IP/00/896.

28 TPICE, 6 juin 2002, *Airtours*, aff. T-342/99.

29 TPICE, 13 juillet 2006 *Impala/Sony*, aff. T-464/04 – CJCE, 10 juillet 2008, C-430/06.

30 Décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité cinématographique.

2. Problèmes concurrentiels

79. On peut en relever plusieurs³¹: un accord entre "l'opérateur historique" et un nouvel entrant:

- est susceptible de décourager toute velléité de se comporter en "franc tireur";
- risque d'accroître la position dominante de Le Moov';
- risque de permettre des échanges d'informations sensibles entre ces deux concurrents;
- risque d'être utilisé pour exclure certaines entreprises efficaces;
- peut produire des effets cumulatifs, si par effet de mimétisme Bouge! impose également une clause de parité ou d'exclusivité aux coachs qui lui seront propres...;
- invite à poser à nouveau la question de l'existence d'une infrastructure essentielle, surtout si l'accord de coopération s'étendait encore à d'autres plateformes.

3. Examen de possibles efficiences

80. On relèvera essentiellement que l'accord de référencement envisagé n'est pas réciproque. La société Bouge! est donc susceptible de faire concurrence à Le Moov' *via* les coachs qui lui seront propres. Elle pourra percevoir sur eux une commission plus faible que celle que Le Moov' perçoit sur les siens ou sur celle perçue sur les coachs qui leur sont communs. Ceci pourrait indéniablement être un facteur d'animation et de dynamisation concurrentielle. ■

31 V. lignes directrices accord de coopération horizontale, 14 janvier 2011, pt 55 et suiv.

Report on the analysis of the third fictitious case under PRC Anti-Monopoly Law: Chinese law

Thomas K. Cheng

tkhcheng@hku.hk

Professor, Hong Kong University

1. There were four different kinds of practices at issue in this case: (1) simple exclusivity undertaking, (2) reinforced exclusivity undertaking, (3) narrow MFN, and (4) revenue-sharing agreement. The first issue to be determined is whether these practices should be analyzed as monopolistic agreements or as abuses of dominance. There is unlikely to be sufficient market share and market power to trigger the abuse of dominance provisions of the Anti-Monopoly Law (“AML”). Le Moov’ has a current market share of 30%, which is clearly insufficient to trigger a presumption of dominance under Article 19 of the AML, which requires a single undertaking to have at least 50% market share. However, the AML does not state that market share of 50% is required to establish dominance. It merely states that 50% of market share is needed to trigger a presumption of dominance. Therefore, in theory, it would still be possible to establish dominance on the part of Le Moov’ under the factors listed in Article 18 of the AML. It would likely be a very high hurdle to jump though as even a market share in excess of 80% was insufficient to convince the Supreme People’s Court (“SPC”) that Tencent was dominant in *Qihoo v. Tencent*. If an 80% market share failed to establish dominance, there is little chance that 30% would suffice.

2. At the same time, the SPC in *Qihoo v. Tencent* also showed that it was willing to look beyond market share when assessing dominance. Therefore, if there is a strong case that Le Moov’ is dominant under the factors listed in Article 18, it is still possible to find it dominant. The fictitious case does not provide much information on the factors that are listed in Article 18. For example, the case does not mention whether Le Moov’ has the ability to control the sales market or the input purchasing market, although that would seem to be unlikely. There is similarly no information on the financial resources and technical capabilities at Le Moov’s disposal. Article 18 lists dependence of other undertakings on the undertaking at issue as a relevant factor. It is possible that with network effects, Le Moov’ has become such an important

platform for coaches that other coaches are dependent on it. However, given the short duration of the platform and a market share of 30%, such dependence would be difficult to establish. This is especially so given the willingness demonstrated by the SPC in *Qihoo v. Tencent* to question network effects arguments. In that case, the SPC refused to take network effects arguments at face value and showed readiness to examine them critically. The case likewise does not provide much information on entry barriers. However, given the nature of the market, entry barriers are unlikely to be high apart from the exclusivity provisions imposed by Le Moov’.

3. If it is true that Le Moov’ is not dominant under the AML, Le Moov’s various business practices could only be a violation as monopolistic agreements. This is where the AML gets interesting. The first point to note is that due to the jurisdictional division of labor between the National Development and Reform Commission (“NDRC”) and the State Administration of Industry and Commerce (“SAIC”), the two exclusivity undertakings are likely to be under the jurisdiction of different agencies. As the simple exclusivity undertaking does not involve price, it will be handled by the SAIC. Meanwhile, because Le Moov’ offers a discount on its commission rate, which renders the reinforced exclusivity undertaking effectively an exclusivity rebate, this undertaking would fall under the jurisdiction of the NDRC. Regardless of which jurisdiction the two undertakings fall under, it is not at all clear that they can be pursued as a monopolistic agreement under the AML. The exclusivity undertakings are clearly not horizontal agreements, which means they do not fall within the scope of Article 13 of the AML. The same is true of the narrow MFN. Article 14 of the AML applies to vertical agreements, which would cover the two exclusivity undertakings and the MFN clause. However, there are strong indications that the two enforcement authorities and the courts believe that Article 14 only applies to RPM and other similar arrangements. First of all, there is no mention of exclusivity arrangements as prohibited vertical agreements under Article 14 in the

NDRC Regulations on Prohibition of Price Monopoly and the SAIC Regulations on Monopolistic Agreements. The NDRC Regulations focus their discussion of prohibited vertical agreements on RPM. The courts have similarly indicated that exclusivity arrangements are beyond the scope of Article 14. In the *Nanjing Alcohol Distribution* case, which involved vertical territorial allocation, the Nanjing Intermediate People's Court indicated in cryptic language that the AML does not apply to vertical non-price restraints, which would encompass both exclusivity undertakings. This conclusion is bolstered by the Supreme People's Court's observation that the exclusivity agreement at issue in the *Guangdong Football* case did not constitute a monopolistic agreement because the parties were not competitors.

4. The narrow MFN imposed by Le Moov' clearly counts as a vertical price restraint. In fact, the language that refers to RPM in Article 14 could arguably be interpreted to encompass MFN. The legality of MFN clauses has not been settled under the AML. As far as this author is aware, there has been no court case or agency decision that has assessed the legality of MFN clauses. Therefore, at this stage, it is too early to tell whether the narrow MFN imposed by Le Moov' will be illegal under the AML. If the agencies' and the courts' attitude toward RPM is any indication, one can expect the NDRC to take a hardline toward the narrow MFN clause, as it has against RPM in case after case. One can

certainly argue that the NDRC has essentially adopted the per se approach against RPM. Meanwhile, the analysis adopted by the two Shanghai courts in *Ruibang v. Johnson & Johnson* suggests that the courts are likely to take a more nuanced approach toward the narrow MFN clause and will examine the effects of the clause with care.

5. The revenue-sharing arrangement between Le Moov' and Bouge! does seem a bit peculiar in that—at first glance at least—there seems to be few good reasons for Le Moov' to enter into such an agreement with a competitor. Moreover, it is not clear how viable the arrangement is, as Le Moov' can easily undercut Bouge! by cutting its commission below 12%. Le Moov' would still make more than it does through Bouge! as long as it charges more than 8% through Bouge!. One can argue that the arrangement restricts competition to the extent that it represents a tacit commitment on the part of Le Moov' to maintain its commission rate at no less than 8%. Under the current arrangement, there is no incentive for Le Moov' to reduce the commission rate on its website to less than 8% or it would prefer its customers to go through Bouge! instead of its own website. In any case, there is no directly relevant agency decisional practice or case law on an agreement of this nature and it cannot be said with confidence whether this revenue-sharing arrangement would be legal or not under the AML. ■

Zero-priced services on Internet platforms and competition law (european and german laws)

Florian Bien*

bien@jura.uni-wuerzburg.de

Professor, Würzburg University

1. The undertaking Le Moov' in the fictitious case is a multi-sided platform: the platform operator brings two different groups of customers together, coaches and users. These two groups will trade directly with each other. In the case of Le Moov' one can find an important characteristic present in many platforms (i.e., the central role played by indirect network effects): a greater number of users on one side of the market attracts more coaches on the other market side. A greater variety of coaches, in turn, will attract more users to choose their coach via the platform. In general terms: The value of the service provided to the users on one side of most platforms increases with the number of users on the other side of the platform (positive network effects).³² As a consequence, Le Moov' just like most platforms has to convince both market sides, consumers and coaches, to join the platform. For this reason Le Moov' again like most platforms subsidises one side of the market by charging a higher price to the other, the one that is less price sensitive. Le Moov', accordingly, provides its services free of charge to the users whilst coaches have to pay a commission. The same business model can be found in many other "matching platforms"³³ leading to a direct interaction between the two sides of the platform market such as online travel agencies (OTA) like HRS, Booking.com and Expedia. Similar to the Le Moov' case, only the hotels or the airlines have to pay a commission for the matching services provided by the OTA, not the final consumers searching and booking a hotel or a flight (or a coach) via the platform. Of course, the commission rate raises the costs of the hotels and the airlines (and the coaches). Normally, the latter will pass on the additional costs to their clients. The same applies to other matching

platforms such as Amazon and eBay, the ridesharing platforms Uber and Lyft, or real estate platforms. Of a different nature is the functioning of most dating platforms such as Elitepartner, Parship or Meetic. Here, the two sides are roughly equally price sensitive. As a result, both sides are charged the same price if they want to get the contact details of a person whose profile looks interesting to them. Dating platforms also serve as a good example for a pricing strategy that evolves over time. Here, monetisation of services occurs more or less gradually, starting with zero-priced services (e.g., the pure presentation of a profile) and continuing with offering additional functionalities (e.g., putting two people in contact is an extra the user has to pay for).

2. A second type of platforms, the so-called "Audience providing platforms"³⁴ (e.g., Google and other search engines), practices a different business model. Whilst the use of the search engine by consumers and those wanting their websites to be found is free of charge, third parties are also allowed to use the platform, their purpose being to advertise. This category of users finances the whole platform. The same is true for Facebook. It also derives its revenue solely from Internet advertising.

3. From a competition law point of view, zero pricing might raise three main types of problems. In the following, I will give a very short overview of the issues at stake and discuss briefly possible solutions.

* I have to thank my PhD-student Julian Hinderer for having prepared a first draft of this article.

³² Sometimes there might even be negative network effects. This means that the value of the service decreases with the number of users on the other side (e.g., an increasing number of advertising).

³³ Bundeskartellamt, Internet Think Tank, Working Paper – Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p. 3 of the English summary.

³⁴ Bundeskartellamt, Internet Think Tank, Working Paper – Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p. 3 of the English summary.

I. Turnover based notification thresholds in merger control

4. Most merger control regimes like the European, the German or the French are working with turnover based notification thresholds. The merger of Facebook and WhatsApp has shown that this approach does not currently capture certain possibly important deals, potentially having a high impact on competition. This is especially the case in presence of acquisitions of target companies that do not yet generate significant turnover and therefore do not meet the relevant turnover-based thresholds. Consequently, the corresponding merger projects do not have to be notified to the antitrust authority competent for the jurisdictions concerned by the concentration.³⁵ Sometimes these companies nevertheless have a high market potential, which may be reflected in a high transaction volume. This can particularly happen in the digital services sector, but also in the pharmaceutical sector. Established firms take over highly valued start-up biotech companies that are developing drugs that they have not yet marketed and therefore do not meet the relevant turnover thresholds. On the 28th of September 2016, the German government published a draft of a proposed 9th amendment to the German Act against Restraints of Competition (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*). One of the various objectives of the new law is to close the perceived enforcement gap in the area of merger control. The government wants to introduce a new filing threshold, similar to the size-of-transaction test applied in the USA according to the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (“HSR-Act”).³⁶ Transactions shall require notification if the transaction value exceeds €400 million and if a considerable part of the target company’s business activities are conducted in Germany (§ 35 para 1a of the draft law). On a European level, a similar debate on the effectiveness of the traditional turnover-based jurisdictional thresholds has emerged. In October 2016, the Commission published a public consultation dealing *inter alia* with the question whether the jurisdictional thresholds should be complemented by alternative notification requirements such as the transaction value.³⁷ The widening of the notification requirements to high value transactions might make sense in order to capture trans-

³⁵ In the case of the Facebook/WhatsApp merger, the European Commission could control the merger only because of a referral according to article 4, para 5 of the EU Merger Regulation.

³⁶ The American Bar Association points out in its comment (15 August 2016) of the draft law that other jurisdictions that use a “*transaction value criterion couple it with additional tests and exemptions to ensure an appropriate local nexus*” of the merger, p. 3 (available at http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/at_comments_salsil_20160815.authcheckdam.pdf).

³⁷ European Commission, Consultation on Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control (Public survey), 10.10.2016 (available at http://ec.europa.eu/competition/consultations/2016_merger_control/consultation_document_en.pdf).

sactions that are likely to have an impact on competitive process and that do not yet fall within the scope of merger control. For this reason, the proposed change in German law would appear justifiable. On the European level, however, the situation is different. Indeed, the European Union and the Member States share the competence to review proposed mergers that might affect the European economy. Even if a transaction does not trigger EU Merger Regulation the application of the merger regimes of the Member States continues to apply. This makes remaining enforcement gaps even more unlikely. Furthermore, if a concentration is to be reviewed under the national competition laws of at least three Member States, the transaction can be referred to the European Commission (article 4(5) of the EUMR). The Facebook/WhatsApp merger rather confirms the effectiveness of this mechanism. In fact, three (undisclosed) Member States referred the transaction up to the Commission.³⁸ Consequently, the introduction of low value filing thresholds is likely to transfer a large number of previously non-EUMR cases to Brussels. That is why some authors have justly expressed the fear of a “land grab” by European merger control.³⁹ As regards the draft provision of the German law, the somewhat arbitrary threshold of €400 million has to and will be evaluated after three years of practice (§ 43a of the draft law).

II. Free of charge services as market activity within the meaning of competition law

5. Zero-priced services may raise the question of whether competition law can be applied to services for which the client does not pay with money. At least in Germany, courts have consistently held that the provision of free services cannot be regarded as markets from a competition law perspective as monetary turnover and price setting are considered to be essential competitive parameters without which there is no market relationship. A question closely linked to this one is whether services which are provided free of charge can be taken into consideration when determining the relevant market and the competitive pressure exerted on the undertaking in question. The issue came up in the case of the merger of two German dating platforms, Elitepartner and Paarship. The merging parties argued that they also faced competition from platforms providing their services completely free of charge.

³⁸ European Commission, Decision of 3 October 2014, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*.

³⁹ See G. Bushell, No Smiles from the Threshold: EU Merger Control Reform (October 24, 2014), *Kluwer Competition Law Blog* (available at <http://kluwercompetitionlawblog.com/2016/10/24/no-smiles-from-the-threshold-eu-merger-control-reform>).

1. The German perspective

6. Traditionally, German courts do not assume a market relationship if a service is provided free of charge (“no cashflow no market”). The idea behind this approach is that a market is a place where supply and demand meet at a certain price.⁴⁰ Consequently, even the Bundeskartellamt has, in the past, denied the existence of a television viewer market in the case of free TV (as opposed to pay-TV-programs).⁴¹ However, as the price of advertising on the TV is directly linked to the number of viewers of a given program, the market relationship between the broadcaster and the advertisers reflects almost exactly the zero-priced relationship between consumers and the broadcaster. In other words: the actual price paid for a slot in the commercial break of a TV program serves as a proxy of the number of viewers. One might find similar decisions in the case of free advertising newspapers.⁴² The Higher Regional Court of Düsseldorf in the famous hotel booking platform case against HRS took the same approach. The Düsseldorf judges rejected the assumption of the Bundeskartellamt according to which even the relationship between the final consumers and the platform users and not only the relationship between the platform and the hotels had to be regarded as a market within the meaning of competition law. In its decision, the Düsseldorf court nevertheless argued that even if the user’s side is not a market, it still possibly influences the hotels’ market side.

7. In clear contrast to the settled case law of the Higher Regional Court of Düsseldorf, the Bundeskartellamt, in recent times, changed its stance regarding the question.⁴³ Indeed, the Bundeskartellamt rejected the proposal to distinguish between the different business and payment models of the various dating platforms in question. The Bundeskartellamt argued that, according to its investigations, customers considered the services offered by a great variety of platforms as interchangeable. This comprises in particular platforms that are solely financed by advertising and that can thus offer their intermediation services free of charge to consumers. The German Antitrust Authority thus made clear that even free online services, at least as long as they are financed by advertising or premium function services, can also qualify as markets or as part of the market from a competition law point of view. The Bundeskartellamt took the same position in two other merger control cases concerning online platforms with free of charge services offered

to one side of the platform.⁴⁴ The new approach taken by the Bundeskartellamt is emphasized by the fact that the authority released, in June 2016, a discussion paper drafted by the Bundeskartellamt’s Internet Think Tank.⁴⁵ Parallel to that, the president of the Bundeskartellamt, Andreas Mundt, in an editorial in a leading German antitrust journal also defended the new approach taken by its authority vis-à-vis the issue of zero-priced services and pleaded for a clarification by the German legislator. Also in the opinion of Mundt, zero pricing should not exclude the assumption of a market within the meaning of competition law.⁴⁶

8. In fact, the German legislator seems to be willing to satisfy this demand expressed by the Bundeskartellamt and supported by numerous researchers.⁴⁷ In its above-mentioned draft for a 9th amendment of the Act against Restrictions of Competition, the government wants to clarify that the goods or services provided free of charge may also be considered a market activity and therefore fall within the scope of competition law. Thus § 18 para. 2a of the draft law provides as follows: “*Der Annahme eines Marktes steht nicht entgegen, dass eine Leistung unentgeltlich erbracht wird.*” (“*The assumption of a market is not precluded by the fact that a service is provided free of charge.*”)

9. This clarification seeks to expand the scope of the German Act against restrictions of competition in particular to the “free side” of multi-sided markets. The explanatory memorandum (Gesetzesbegründung) of the draft law expressly mentions advert-financed multi-sided markets and platforms whose services are financed by the users of one market side only as examples.⁴⁸ The authors of the draft concurrently made it clear that there can also be free of charge services that cannot be regarded as market activity in the absence of any commercial motivation. They therefore do not fall within the scope of competition law. The draft explanatory memorandum cites the example of private non-profit scholarship providers.⁴⁹

40 Cf. Podszun and Franz, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (NZKart) 2015, p. 121.

41 Bundeskartellamt, BKartA, Decision of 19 January 2006 – Case B 6-92202 – *Springer/ProSiebenSat.1*.

42 BGH, decision of 18 December 1979, case KVR 2/79 – Springer-Elbe Wochenblatt, WuW/E BGH, p. 1685; KG Berlin, decision of 4 March 1986, Kart 1/84 – Niederrheinische Anzeigenblätter, WuW/E OLG, p. 3767; Bundeskartellamt, decision of 30 March 2010, case B6-98/09, para. 60 – Roth + Horsch/Pressevertrieb Pfalz.

43 See BKartA, case summary of 30 March 2015 – case B6 57/15 – *Online Dating Platforms* (available: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2016/B6-57-15.pdf?__blob=publicationFile&v=2).

44 BKartA, case summary of 25 June 2015, B6 39/15, Summary p. 3 – *Online Real Estate Platforms* (available: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Fusionskontrolle/2015/B6-39-15.pdf?__blob=publicationFile&v=2); case summary of 5 August 2015, B8-76/15 – *Online-Comparison Platforms* (available: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Fallberichte/Fusionskontrolle/2015/B8-76-15.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

45 BKartA, Az. B6 113/15, Working Paper – Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p. 36 (The full paper (only German): http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht.pdf?__blob=publicationFile&v=2; English summary: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4).

46 Mundt, *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2016, p. 269.

47 See for instance Dewenter/Rösch/Terschüren, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (NZKart) 2014, p. 387, 389; Körber, *Wirtschaft und Wettbewerb* (WuW) 2015, p. 120, 125; Weck, *Neue Zeitschrift für Kartellrecht* (NZKart) 2015, p. 290, 291.

48 Federal Government (Bundesregierung), Draft of the 9th amendment to the German Act against Restrictions of Competition, Bundestags-Drucksache 18/10207, p. 51. (available: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/102/1810207.pdf>).

49 Federal Government (Bundesregierung), Draft of the 9th amendment to the German Act against Restrictions of Competition, Bundestags-Drucksache 18/10207, p. 51. (available: <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/102/1810207.pdf>).

2. European case law

10. Apparently, the European Commission does not see a big problem with the issue of services being provided free of charge, but rather seems to take it for granted that competition law can be applied to them. This becomes clear when one looks at recent European case law concerning the digital economy. In the competitive assessment of the possible conglomerate effects of the proposed merger of Google and Motorola, the Commission took, inter alia, into consideration the relationship between Motorola Mobility's smart mobile devices and Google's mobile online services, especially its zero priced search engines, Gmail, Google Maps and YouTube.⁵⁰ In the case of the takeover of WhatsApp by Facebook, the Commission examined a number of online markets such as social network services which are to a predominant extent offered to consumers without monetary consideration and financed by advertisement.⁵¹ The Commission had already followed a similar approach in earlier merger cases.⁵² In not a single decision did the Commission discuss the absence of a monetary consideration for the services provided as a problem. For the European Commission it seems to be self-evident that a payment is not a requirement for the assumption of a market within the meaning of merger control. One has to acknowledge that the Commission until now has never decided an antitrust case concerning a free of charge service. At least there is a press release regarding the ongoing investigations in the *Google* case concerning the pre-installation of Google Search on mobile devices run by Google's operating system Android. In its press release, the Commission assumes that "*Google is dominant [inter alia] in the markets for general internet search services.*"⁵³ Since the use of Google's search engine is free of charge, one might conclude that the European Commission considers this service a market activity that falls in the scope of European competition law.

50 European Commission, decision of 13 February 2012, Case No. COMP/M.6381, para. 161 seq. – *Google/Motorola*.

51 European Commission, decision of 3 October 2014, Case No. COMP/M.7217, para. 13, 45 – *Facebook/WhatsApp*.

52 European Commission, decision of 7 October 2011, Case No. M.6281, para. 10 – *Microsoft/Skype*; European Commission decision of 4 December 2013, Case No. M.7047, para. 28 – *Microsoft/Nokia*.

53 Press release of the European Commission from 15 April 2015, IP/15/4780 (available: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4780_en.htm).

3. Discussion

11. The approach taken by the European Commission and nowadays by the Bundeskartellamt seems to be adequate in the face of the phenomenon of digital platform markets. If one considers a market activity not only the paying side of a platform market, one takes into account the actual dependencies of the different platform sides. For-profit platforms pursue one business purpose, which will be reached by using a coherent and sophisticated pricing strategy based on cross-subsidization. While cross-subsidization seems to be a well-known phenomenon from the newspaper market with its long-lasting tradition of free ad-funded papers, the functioning of most digital platforms is based on a much closer relationship between the two sides of the platform. This is particularly true for matching platforms such as OTA, eBay-styled market places and the fictitious platform *Le Moov*: users have to register to be able to use the platform. Moreover, the other side of the market (e.g., the coaches) have to pay for every single transaction concluded via the platform. However, even in the case of mere "Audience providing platforms" such as Google Search, YouTube or Facebook one might argue that consumers surrender information and personal data in exchange for the service.⁵⁴ It is worth recalling FTC Chairwoman Edith Ramirez's true observation "Today's currency is data."⁵⁵ The economic value of data or at least of the reception of advertisement by the users of many platform services is reflected by the fact that certain service providers offer two different pricing models to their consumers: They can choose between a free version that displays advertisements and a premium version free of advertisements, but subject to a fee. One example is the translation platform "linguee." Other platforms (e.g., certain news providers) block the access to their articles to readers that use ad blockers and thus oblige them to allow advertisements be displayed on their device.

12. Another argument in favor of the approach according to which even zero-priced services offered by digital platforms can constitute a market activity is the fact that platforms can modify their pricing strategy at any time and, for instance, decide to start charging a fee only after a certain time. They use this time to get the necessary number of users (market entry phase). Other platforms might also start their market entry by offering certain free of charge services. They continue their business by introducing additional premium functionalities the user has to pay for.⁵⁶ One might think of platforms such as LinkedIn or Xing.⁵⁷

54 J. M. Newman, Antitrust in Zero-Price Markets, 164 *Univ. Penn. Law Rev.* 149, 167 (2015); BKartA, Az. B6 113/15, Working Paper – Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p. 41.

55 Quoted by Edward Wyatt, Raising the E.T.C.'s Voice, Softly, *N.Y. Times*, Dec. 22, 2014, at B1.

56 Bundeskartellamt, Internet Think Tank, Working Paper – Market Power of Platforms and Networks, June 2016, p. 7 of the English summary.

57 See Weck, NZKart 2015, 290, 292.

13. Finally, many zero-priced platform services are also offered by other platforms that charge a price for a similar service (ex.: WhatsApp, on the one hand, and Threema, on the other). From a consumer's point of view these services are, at least to a certain extent, interchangeable. This clearly indicates that the different services, subject to a charge or not, can compete with each other.

14. All in all, the proposed change of the legal approach to zero-priced platform services in Germany has to be welcomed. Free of charge services that are provided by a platform that earns money at least from one market side should no longer be excluded from a competition law assessment.

III. Market definition and the application of the SSNIP-test on free of charge platform services

15. The determination of the relevant market might cause special difficulties in the case of zero-priced services. This is especially true when attempting to apply the SSNIP-test (small, but significant non-transitory increase in price).⁵⁸ In fact, it will be impossible to increase the price of a service that is provided free of charge—e.g., the search engine for coaches in the case of Le Moov⁷. Therefore in the presence of multi-sided platforms the SSNIP-test can only be applied on that side

of the platform which offers a service subject to a charge. In contrast to that a SSNIP-test-based market definition in relation to the services offered for free is impossible. Furthermore, the application of the SSNIP-test on multi-sided platforms is extremely complex. Still in some cases it might, at least theoretically, be possible to find, due to the above-mentioned indirect network effects, a certain effect of an increase in price of the service subject to a payment (e.g., a decrease in the number of users) even on the zero-priced side of the platform market. This negative impact on the zero-priced market side might then, still as a result of indirect network effects, negatively affect the turnover on the side that has to pay for the use of the platform and thus lastly reduce the profits of the operator of the platform (and lead to the conclusion that the market has to be defined more broadly). Given the high complexity and the enormous quantity of data needed to put someone in the position to apply the SSNIP-test as outlined above, one might consider the application of the SSNDQ-test⁵⁹ as an alternative to the SSNIP-test. The SSNDQ-test measures the impact of a “small but significant non-transitory decrease in quality” in a manner quite similar to the SSNIP test's assessment of price increases. However, one has to acknowledge that performance changes are even more difficult to quantify than price changes. Its application in practice thus also seems to be extremely difficult. Against this background, competition authorities and courts will probably continue to determine the relevant market by using qualitative criteria such as physical characteristics, end use and price including costs borne by a consumer when switching from one service to another. The perceptions of market participants—namely, final consumers—will also remain important when examining the role of the product or service and identify those services that are in or out of the relevant market. ■

⁵⁸ DOJ and FTC, Horizontal Merger Guidelines (August 19, 2010), p. 8 (4.1.1.) (available at <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>); European Commission, Commission's Notice for the Definition of the Relevant Market, OJ of 9.12.1997, C 372/5, para. 15.

⁵⁹ For more details see: Gebicka and Heinemann, *World Competition* 37 (2014), p. 149, 156. See also the similar proposition of an SSNIQ by Gal and Rubinfeld, NYU Center for Law, Economics and Organization, Law & Economic Research Paper Series, Working Paper No. 14-44 (Jan. 2015), p. 35.

Synthèse

Anne-Sophie Choné-Grimaldi

annesophiechone@yahoo.fr

Professeur, Université Paris Nanterre

1. Le Moov' est une plateforme d'intermédiation qui référence des coachs sportifs. Chaque coach définit sa prestation et le tarif qu'il demande à ses clients. En rétribution de la mise en relation assurée par la plateforme, le coach reverse 12 % des sommes qu'il perçoit lorsque son client a contracté *via* la plateforme.

2. Voilà la situation typique de ce que l'on nomme dans les médias le "phénomène d'ubérisation", rendu possible par le développement du numérique. Juridiquement, elle repose sur le modèle du courtage ou du mandat selon que le contrat est conclu avec la plateforme ou directement avec le professionnel référencé. De nombreux secteurs d'activité ont vu émerger cette nouvelle forme d'activité qui assure la mise en relation des professionnels avec leurs utilisateurs. On songe évidemment au secteur de l'hôtellerie (Booking) ou plus largement du tourisme (Expedia, Gîtes de France), de la restauration livrée à domicile (AlloResto, Just Eat, Deliveroo) ou encore au secteur des services à la personne (bricolage, cours de soutien, cours d'anglais, coaching...). Une plateforme peut ajouter, à l'activité de mise en relation, des missions accessoires qui profitent tant au professionnel référencé qu'aux utilisateurs : sélection des professionnels référencés, mise à disposition d'un onglet "avis des consommateurs", mise en avant du produit par un service de photographies ou par la traduction en plusieurs langues du descriptif proposé par le professionnel, garantie de bonne exécution des prestations commandées. Dans le cas étudié, Le Moov' assure une prestation essentielle s'agissant de service à domicile : le remplacement du professionnel absent par un autre professionnel sélectionné.

3. L'échange auquel le cas a donné lieu entre collègues universitaires allemand, français, japonais, américain et chinois a révélé de réelles divergences d'appréciation. Les propos de notre collègue économiste nous ont, par ailleurs, permis de comprendre en quoi le modèle numérique est différent des activités plus traditionnelles et pourquoi des analyses spécifiques méritent ici d'être menées.

4. Les membres de la table ronde ont commencé par réfléchir à la délimitation du marché pertinent (I.), avant d'analyser la validité de la clause d'exclusivité (II.), du rabais tarifaire (III.), de la clause de parité tarifaire (IV.). L'hypothèse du rapprochement avec une autre plateforme a suscité une certaine perplexité parmi les membres de la table ronde (V.).

I. La délimitation du marché pertinent

5. Les marchés occupés par les plateformes d'intermédiation sont des marchés bifaces : d'un côté, la face amont, qui réunit la plateforme et les professionnels référencés ; de l'autre, la face aval, qui réunit la plateforme et ses utilisateurs. Parce que les différentes pratiques étudiées ont lieu sur la face amont, c'est sur celle-ci que l'attention a été portée.

6. La délimitation du marché – face amont – est un préalable nécessaire à l'évaluation de la part de marché de la plateforme. Selon la méthode choisie, celle-ci sera réputée en position dominante ou non :

– soit l'on considère que le marché recouvre toute l'activité de coaching à domicile et, dans ce cas, la plateforme dispose de 30 % des parts de marché. Cette part de marché rend peu plausible la caractérisation d'une position dominante. Cependant, du fait de sa progression très rapide, une réponse catégorique ne peut pas être donnée ;

– soit l'on considère que le marché se limite à celui du coaching à domicile référencé sur une plateforme et dans ce cas, étant seule sur ce marché, la plateforme dispose de 100 % des parts de marché, une position monopolistique qui, presque inévitablement, conduira à caractériser sa position de dominante.

7. Notre collègue allemand a expliqué pourquoi le test SSNIP était difficilement exploitable dans cette situation. En définitive, même si les hésitations sont permises, les Européens optent plutôt en faveur de la dimension la plus étroite du marché, ce qui conduit à retenir la position dominante de la plateforme. Pour aboutir à cette solution, l'accent a été mis sur l'absence de substituabilité entre les différents canaux de distribution. Le professionnel référencé profite de services qui sont offerts exclusivement par la plateforme. L'offre de celle-ci ne paraît donc pas substituable à la formule consistant à contracter "en direct" avec les utilisateurs. Pour notre collègue économiste, la substituabilité devrait également être mesurée du côté des utilisateurs, *via* la prise en compte du coût de transfert d'un mode de réservation vers un autre (*switching cost*). C'est cet argument qui conduit notre collègue américain à retenir, à l'instar des

Européens, une délimitation stricte du marché conduisant à reconnaître que la plateforme est en position dominante.

8. Notre collègue chinois retient en revanche l'analyse opposée et donne du marché une délimitation plus large, ce qui le conduit à admettre que Le Moov' ne dispose que de 30 % du marché. Est-ce suffisant pour retenir la position dominante de l'entreprise ? Les doutes sont permis, ce qui est déterminant pour la suite de l'analyse du droit chinois. Il semblerait qu'il en aille de même pour notre collègue japonais.

II. La clause d'exclusivité

9. La clause d'"exclusivité simple" interdit aux professionnels référencés de contracter avec d'autres plateformes concurrentes. La pratique peut être analysée tant sous l'angle des ententes que sous celui des abus de position dominante. Ce qui est redouté, s'agissant de cette pratique, c'est le fameux effet *winner takes all* bien connu du secteur numérique.

10. Deux questions doivent guider la démarche des autorités. L'exclusivité consentie par les professionnels référencés empêche-t-elle l'émergence de plateformes concurrentes ? Si la réponse est négative, alors la clause d'exclusivité ne crée aucune préoccupation de concurrence. Si la réponse est, à l'inverse, affirmative, alors une deuxième question se pose: le modèle économique des plateformes de référencement peut-il survivre en l'absence d'engagement d'exclusivité souscrit par les professionnels ? Si le modèle peut survivre en l'absence de clause d'exclusivité, cela signifie que la restriction de concurrence provoquée par la clause n'est pas nécessaire et devrait donc, pour cette raison, être sanctionnée. En revanche, s'il est démontré que la plateforme ne peut pas survivre sans la clause d'exclusivité, alors cette clause mérite probablement d'être validée en tant que "restriction accessoire". On sait que cette qualification suppose que la clause soit à la fois indispensable et accessoire à un contrat principal bénéfique pour l'utilisateur (Comm. eur., Lignes directrices portant sur l'application de l'article 101 paragraphe 3 du traité, pt 28 et suiv.). Tout dépend finalement de la question de savoir si le modèle de la plateforme d'intermédiation est bénéfique à l'utilisateur. C'est à ce stade du raisonnement que la possibilité d'obtenir de la plateforme un remplaçant si le coach est absent peut être prise en compte. En tout état de cause, pour répondre à ces deux questions, l'analyse doit être menée de manière concrète. Ainsi, tous les intervenants ont souligné l'importance de la durée de l'exclusivité. Plus cette durée est longue, plus l'effet anticoncurrentiel est important.

11. En l'espèce, l'énoncé ne fait pas apparaître la durée de l'obligation d'exclusivité. Stipulé sans durée, l'engagement d'exclusivité peut être dénoncé à tout

moment par les professionnels, ce qui écarte tout risque d'effet anticoncurrentiel. Il en va probablement de même si la durée est courte et permet ainsi la mobilité des professionnels.

12. En revanche, si la durée est longue et restreint ainsi la liberté des coachs de mettre en concurrence les différentes plateformes, la qualification de pratique anticoncurrentielle a toutes chances d'être retenue. Telle est la position de nos collègues français et américain. Aux États-Unis, il est signalé que l'analyse doit prendre en compte tant l'intérêt des plateformes concurrentes que celui – *in fine* – des utilisateurs.

13. En Chine, sauf à considérer que Le Moov' occupe une position dominante, aucun instrument ne permet de sanctionner cette pratique d'exclusivité. En effet, s'agissant des relations verticales, seule la clause de prix de revente imposée fait l'objet d'une interdiction (art. 14 AML). Le droit de la concurrence chinois semble donc démuné pour s'attaquer à d'autres stipulations anticoncurrentielles, comme une clause d'exclusivité insérée dans un contrat conclu dans une relation verticale.

III. Le rabais d'exclusivité

14. Le professionnel référencé qui accepte de limiter sa liberté de contracter directement avec ses clients bénéficie d'un taux de commission réduit puisque celui-ci passe de 12 à 10 %. Il faut analyser cette réduction comme un rabais d'exclusivité.

15. En droit français comme en droit de l'Union européenne, cette pratique pourra très certainement être sanctionnée, sous l'angle de l'abus de position dominante ou sous celui des ententes. Peu d'arguments peuvent être avancés pour défendre sa licéité.

16. Aux États-Unis, un élément paraît déterminant dans l'évaluation de l'effet anticoncurrentiel: la proportion de coachs qui ont accepté de souscrire à l'obligation d'exclusivité renforcée pour bénéficier du rabais tarifaire. Notre collègue japonais a également indiqué que cet indice devait être pris en considération.

17. Les analyses sont moins claires en droit chinois, où un traitement différent est attribué aux pratiques tarifaires et aux pratiques non tarifaires (lesquelles relèvent de deux autorités séparées). Dans quelle catégorie entre le rabais d'exclusivité ? Deux voies permettraient aux autorités de concurrence de sanctionner cette pratique: caractériser la position dominante de l'entreprise et la sanctionner pour abus ou, à défaut, considérer que cette pratique verticale est de nature tarifaire et lui appliquer, par extension, les règles relatives au prix de revente imposé.

IV. La clause de parité tarifaire

18. On comprend assez facilement la tentation que peuvent avoir les plateformes d'intermédiation d'insérer des clauses de parité tarifaire qui empêchent le professionnel de pratiquer un prix inférieur à celui annoncé sur le site de la plateforme, lorsqu'il contracte directement avec ses clients.

19. Cette pratique a déjà fait l'objet d'analyses importantes en droit français et en droit de l'UE, à propos du cas *Booking*. En Europe, le débat n'est pas encore clos. Un groupe de travail réunissant dix autorités nationales de concurrence (dont l'Autorité française), sous l'égide de la Commission, évalue actuellement les solutions mises en place dans le secteur de la réservation hôtelière. La Commission, quant à elle, a rendu ses conclusions préliminaires dans sa grande enquête sectorielle relative à la distribution en ligne et recommande, en définitive, sur la question de la parité tarifaire, une analyse au cas par cas: *"In markets where marketplaces play an important role, parity clauses can provide disincentives for retailers to compete on those parameters which fall within the scope of the clause. This may ultimately lead to a reduction of intra-brand competition. Parity clauses may also reduce competition between online retailers and marketplaces and make market entry or expansion for competing marketplaces more difficult. Parity clauses may on the other hand lead to efficiencies. For instance their use might be necessary to recoup investments by the marketplace and to avoid free-riding. Parity clauses will therefore have to be analysed and assessed on a case-by-case basis"*⁶⁰.

20. Ainsi que nos collègues français et allemand l'ont expliqué, le risque d'une sanction pour entente ou abus de position dominante est important. Il l'est aussi aux États-Unis, notre collègue américain ayant insisté sur le fait qu'une telle clause renforce les incitations des consommateurs à contracter avec la plateforme et conduit, à terme, à des hausses de prix. Le risque de sanction est tout aussi élevé en Chine. Certes, aucun cas n'a encore été présenté aux autorités chinoises, mais il ne serait pas surprenant que celles-ci appliquent ici, par extension, l'article 14 AML relatif au prix de revente imposé, pour sanctionner la clause de parité tarifaire. Au Japon, les analyses sont assez hésitantes. Les effets sur la concurrence, sur les utilisateurs finals mais aussi sur les incitations à innover doivent être mis en balance.

21. S'agissant de cette clause de parité tarifaire, on ne peut pas s'empêcher de penser que cet exemple est topique des difficultés auxquelles se heurtent les différentes branches du droit lorsqu'il s'agit de s'adapter aux nouveaux défis du numérique. Lorsque la plateforme

référence des professionnels qui sont amenés à entretenir ensuite une relation suivie avec ses clients, comment accepter une différence de prix en fonction du canal de distribution ? Le coach qui vient une fois à domicile et qui noue une relation de confiance avec son client ne va-t-il pas systématiquement lui proposer de contracter directement avec lui, moyennant un "meilleur" prix, pour la prochaine séance ? Comment la plateforme peut-elle survivre dans ces conditions ? Ainsi que nous l'avons déjà dit à propos des clauses d'exclusivité, tout dépend de la question de savoir si la plateforme peut survivre sans la clause de parité tarifaire.

V. Le rapprochement avec une autre plateforme

22. L'hypothèse d'un rapprochement avec une autre plateforme a surpris les différents intervenants, qui se demandent quelle est la justification de ce rapprochement pour la plateforme dominante.

23. En tout état de cause, le modèle des plateformes se complexifie peu à peu. Au-delà des "simples" plateformes de référencement, il faut compter avec les méta-moteurs de recherche ou méta-plateformes qui référencent les offres proposées sur les plateformes existantes et les comparent.

24. À défaut de pouvoir contrôler *a priori* ce type de rapprochement dès lors que la qualification de concentration ne semble pas pouvoir être retenue, le contrôle aura lieu *a posteriori*. Il faudra vérifier que le rapprochement n'a pas supprimé, pour les deux parties, toute incitation à se faire concurrence ou à baisser le montant de leur commission.

25. Pour conclure sur ce cas, une dernière observation nous paraît devoir être formulée : elle concerne l'articulation entre les deux pratiques anticoncurrentielles que sont l'entente et l'abus de position dominante. Chacun des orateurs a dû se prononcer sur ce point et l'on a vu à quel point les hésitations étaient fortes. Évidemment, dans les pays qui ne connaissent pas la qualification d'entente verticale ou dans ceux qui estiment que la plateforme n'est pas en position dominante, la question du choix entre les deux qualifications ne se posait pas. Mais pour tous les autres, l'hésitation était permise s'agissant de pratiques abusives qui sont mises en œuvre dans un cadre contractuel. L'analyse de la pratique décisionnelle de l'Autorité de la concurrence montre que, en cas de concours entre les deux qualifications, l'Autorité commence par étudier la qualification d'abus de position

60 Conclusions préliminaires de l'enquête sectorielle sur le commerce électronique, disponible sur le site de DG COMP, p. 179.

dominante et n'étudie celle d'entente que si la position dominante n'est pas caractérisée⁶¹. Il en ressort que les deux qualifications sont placées dans un rapport hiérarchique. Pourtant, il y a quelque chose de dérangentant dans cette analyse.

26. Rappelons que l'abus de position dominante se définit comme une pratique mise en œuvre par une entreprise dominante qui provoque une restriction de concurrence sur le marché, tandis que l'entente est un contrat qui provoque une restriction de concurrence sur le marché. À appliquer strictement ces définitions, on devrait en déduire qu'une stipulation contractuelle qui restreint la concurrence devrait systématiquement tomber dans le giron de la qualification d'entente et ne

tomber dans celle d'abus de position dominante que si son auteur détient une position dominante. Voilà qui nous intrigue! Car la même stipulation constitue alors une pratique anticoncurrentielle, que son auteur soit en position dominante ou non. L'entreprise en position dominante ne serait alors pas soumise à davantage de contraintes dans le choix de ses pratiques contractuelles que celle qui n'y est pas. Comment concilier la règle avec le principe selon lequel il pèse sur les épaules de l'entreprise dominante une responsabilité particulière de ne pas restreindre la concurrence? Pour résoudre l'équation, une seule solution: admettre que le critère de la restriction de concurrence ne doit pas être appliqué à l'identique dans la caractérisation de l'une ou l'autre des deux infractions. ■

	Droit de l'UE	Droit américain	Droit chinois	Droit japonais
Marché pertinent et pouvoir de marché	Plausible de retenir une délimitation restreinte. Position dominante établie	Plausible de retenir une délimitation restreinte. Position dominante établie	Plutôt favorable à une délimitation large. Donc part de marché de 30%. Position dominante difficile à établir	Plutôt favorable à une délimitation large. Donc part de marché de 30%. Position dominante difficile à établir
Clause d'exclusivité	Pratique anticoncurrentielle établie si restriction de concurrence caractérisée (voir la durée). -> Plutôt sur le fondement de l'abus de position dominante. Voir tout de même les gains d'efficacité.	Pratique anticoncurrentielle établie si effets anticoncurrentiels caractérisés -> Plutôt sur le fondement de l'entente.	A défaut de position dominante, difficile de caractériser une infraction	Entente probablement établie si effets anticoncurrentiels caractérisés -> Fondement retenu: l'entente.
Rabais d'exclusivité	Pratique anticoncurrentielle établie -> Double fondement possible: entente et abus de position dominante	Position nuancée en fonction des effets réels et du nombre de coachs ayant adhéré à ce système	A défaut de position dominante, difficile de caractériser une infraction	Position nuancée en fonction des effets réels et du nombre de coachs ayant adhéré à ce système
Parité tarifaire	Pratique anticoncurrentielle probablement établie. Voir cependant les efficacités générées.	Pratique anticoncurrentielle probablement établie	Pratique anticoncurrentielle probablement établie. -> Seul fondement possible: l'entente	Position nuancée en fonction des effets de la pratique (voir en particulier les incitations à innover).

61 V., en dernier lieu, Aut. conc., déc. n° 17-D-02 du 10 février 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des boules de pétanque de compétition.

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peepkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrenceuses, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

JURISPRUDENCES

EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

POLITIQUES INTERNATIONALES

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Reuves

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<h2>> Revue Concurrences Review Concurrences</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	545,00 €	654,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	570,00 €	582,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	850,00 €	1 020,00 €
<hr/>		
<h2>> e-Bulletin e-Competitions e-Bulletin e-Competitions</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	760,00 €	912,00 €
<hr/>		
<h2>> Revue Concurrences + e-Bulletin e-Competitions Review Concurrences + e-Bulletin e-Competitions</h2>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)</i>	920,00 €	1 104,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)</i>	980,00 €	1 176,00 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)</i>	1 100,00 €	1 320,00 €

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux Bulletins ou articles de e-Competitions ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France