

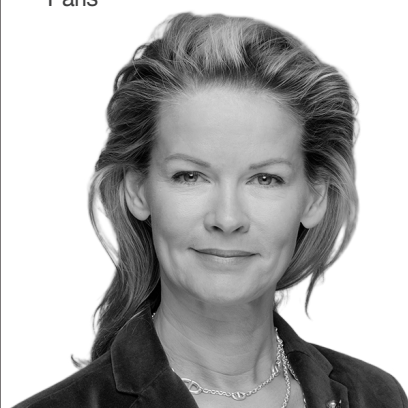
Emmanuel Combe

Vice-président
Autorité de la concurrence
Paris



Florence Ninane

Associée
Allen & Overy
Paris



Laure Schulz

Principal
RBB Economics
Paris



Séminaire « Droit et économie de la concurrence »

Phygital : *Pure players* et distributeurs traditionnels

Paris, 12 juillet 2021*

“

Les comparateurs de prix sont un autre problème sur laquelle les autorités de concurrence ont à affiner leur doctrine.”

Florence Ninane



Florence Ninane

Florence Ninane a rappelé que le phygital renvoie à l'appréhension des interactions entre les technologies digitales et le secteur du commerce. Les *pure players* s'en tiennent au commerce en ligne. Les distributeurs *brick and mortar* disposent de points de vente physique. Les places de marché mettent en relation fournisseurs et clients. Ces modèles tendent toutefois à converger, avec une migration de l'un vers l'autre - voire une substituabilité - entre ces deux modes de distribution. La migration des fournisseurs et distributeurs vers le digital s'accompagne du développement d'acteurs historiquement digitaux vers la vente physique ; ainsi Amazon a récemment ouvert à Londres son premier magasin physique hors des Etats-Unis.

La concurrence entre les deux canaux de distribution est progressivement prise en compte par les autorités en matière de contrôle des concentrations. Dans sa décision Fnac Darty de 2016, l'Autorité de la concurrence a ainsi considéré que, dans les secteurs des produits bruns et gris, la pénétration des ventes internet était telle qu'il fallait considérer qu'elles formaient un seul marché avec les ventes physiques. Les décisions *Sarenza* et *Spartoo* en matière de ventes de chaussures n'ont pas abouti à la même conclusion, bien que l'Autorité ait accepté de prendre en compte la pression concurrentielle exercée par les ventes en ligne sur les ventes physiques. Depuis lors, l'Autorité a adapté ses lignes directrices en matière de concentrations pour expliciter son raisonnement

- en se ménageant la possibilité de l'adapter au cas par cas. Parmi les facteurs qui doivent permettre de décider de l'appartenance, ou non, des deux canaux au même marché de produit, figurent notamment la pénétration des ventes en ligne, mais également l'organisation interne des opérateurs du secteur, et les spécificités propres aux produits en question. Si certains produits sont vendus en ligne et pas en magasin et *vice versa*, alors la substituable est moins probable. Si au contraire les deux produits sont indifféremment distribués sur les deux canaux, elle l'est davantage. La Commission européenne s'est également penchée sur la question. L'Autorité allemande, dans une décision *Thalia Osiander* de 2020, a défini un marché unique (constitué des ventes en ligne et en magasin) du livre, en particulier en raison de la position d'Amazon. La CMA britannique, dans une décision *Ladbrokes* en matière de paris, n'est pas parvenue à la même conclusion.

En matière d'accords verticaux, l'arrêt *Pierre Fabre* a posé le principe de prohibition de l'interdiction par un fournisseur des ventes en ligne des distributeurs, les ventes en ligne étant généralement considérées comme des ventes passives. La pratique des prix différenciés (ou *dual pricing*) pour un même distributeur selon qu'il vend ses produits en ligne ou en magasin est également prohibée. Les décisions françaises *Motoculture* de 2018 et *Cycle haut de gamme* de 2019 ont par ailleurs permis à l'Autorité de préciser sa doctrine s'agissant de restrictions indirectes aux ventes en ligne. L'obligation de retrait en magasin après un achat en ligne a ainsi été considérée comme une restriction aux ventes en ligne. Cependant, certaines limitations aux ventes en ligne sont permises par la pratique décisionnelle – en particulier sur le fondement de la distribution sélective. Il est ainsi permis de n'agréer que les

distributeurs qui accompagnent la vente en ligne d'une charte graphique, ou ceux qui justifient de plusieurs points de vente physiques accompagnant la vente en ligne. En terme de critères quantitatifs, un fournisseur peut obliger ses distributeurs à vendre un certain volume de produits hors ligne. La Commission tolère également dans ses lignes directrices que soit payée une redevance par les distributeurs en ligne pour supporter les investissements réalisés par les distributeurs hors ligne. La saga *Coty* s'est également conclue devant la CJUE, laquelle a reconnu qu'un fournisseur pouvait légitimement interdire la vente de ses produits par ses distributeurs sur une place de marché en ligne, afin de protéger son image de marque. Dans l'affaire *Dammann*, l'Autorité a par ailleurs considéré que l'interdiction de revente sur les places de marché n'était pas une restriction caractérisée, y compris en dehors d'un système de distribution sélective. La prohibition de la fixation des prix de revente (*RPM*) vaut en revanche aussi bien pour le canal internet que pour la distribution physique – son application est désormais bien uniformisée, en ligne avec les lignes directrices. S'agissant de la discrimination tarifaire, la Commission européenne a précisé dans son étude de 2018 sur le commerce en ligne qu'elle était, en principe, autorisée en fonction des modes de distribution.

Enfin, l'actualité se présente sous la forme de la réforme prochaine du Règlement VBER. La Commission envisage de faire évoluer sa pratique en matière de *dual pricing* et de principe d'équivalence (clauses de parité ou *MFN clauses*). Les comparateurs de prix sont un autre problème sur laquelle les autorités de concurrence ont à affiner leur doctrine. La définition des marchés pertinents, également, reste en perpétuelle évolution au gré des technologies et des phénomènes économiques.

Laure Schulz

Laure Schulz a montré que les interactions entre les canaux physiques et digitaux étaient de plus en plus fortes. Les grandes enseignes de distribution traditionnelle ont innové face à la pression concurrentielle de l'e-commerce et se sont digitalisées, en ouvrant des sites de commerce en ligne, mais aussi en digitalisant leurs points de vente. Inversement, certains *pure players* ont ouvert des magasins physiques. Ceci se traduit par un certain nombre d'innovations dans les points de vente et en ligne, qui permettent aux consommateurs d'utiliser de façon fluide les deux canaux pour réaliser un même achat. L'expérience « omnicanale » permise par le phygital répond à un besoin des consommateurs

et crée de nombreuses synergies entre les deux canaux. Ainsi, les distributeurs, grâce au phygital, combinent les limites de chaque canal en apportant les bénéfices de l'autre canal. Par exemple, le *click and collect* permet d'éviter de faire la queue en caisse mais aussi de devoir attendre une livraison, les bornes connectées en magasin permettent d'apporter des informations sur les produits, les scanettes de supermarchés et les caddies connectés d'Amazon Fresh permettent de payer directement, sans avoir à déposer les produits en caisse etc. En 2020, le e-commerce a représenté 13,4% du chiffre d'affaires du commerce de détail en France, contre seulement 5,5% en 2013, d'après les chiffres de

la FEVAD. Des différences substantielles existent entre les secteurs : en 2019, l'e-commerce représentait par exemple 26% du chiffre d'affaires dans le secteur « maison high-tech », contre 8% pour les produits de grande distribution. Les acteurs phygitaux représentent environ un tiers des ventes en ligne et les *pure players* près d'un tiers également.

Avec l'essor du commerce en ligne, les fournisseurs et leurs distributeurs font notamment face à deux défis importants, dans les secteurs où la concurrence porte à la fois sur des aspects tarifaires et non-tarifaires (image de marque, services précédant la vente, qualité des produits, etc.). En premier lieu, il est important de maintenir l'incitation des distributeurs à fournir des services précédant la vente de qualité, voire à investir dans des magasins physiques dans les secteurs où ils sont importants pour générer des ventes. Cela nécessite de protéger les distributeurs contre le *free riding* d'autres distributeurs ne fournissant pas la même qualité de services. Or, le *free riding* est facilité par l'essor du commerce en ligne, en raison de l'asymétrie de coûts entre le canal physique et le canal en ligne et de la grande transparence des prix sur internet. En second lieu, les fournisseurs doivent pouvoir continuer à maîtriser leur image de marque dans un contexte où les canaux de vente et d'information sur Internet se multiplient. A cet égard, la possibilité d'interdire le référencement sur des places de marchés, mais aussi sur des comparateurs, peut être vitale pour maintenir l'image de marque de certains produits. Cela permet d'éviter qu'ils apparaissent sur des sites qui véhiculeraient une mauvaise image de marque, en insistant par exemple trop fortement sur le prix comme élément de comparaison entre les produits, en présentant des produits de marques prestigieuses aux côtés de produits de marques moins reconnues, voire en mêlant dans les résultats de recherche des produits authentiques vendus par des distributeurs agréés d'un réseau de distribution sélective, avec des produits contrefaits ou

des produits « gris », c'est-à-dire des produits authentiques vendus par des distributeurs non agréés. Bien que le projet de nouveau Règlement Vertical de la Commission Européenne semble permettre des interdictions de référencement sur des comparateurs qui ne satisferaient pas à certains critères définis par le fournisseur, il place l'interdiction généralisée de référencement sur des comparateurs dans la liste des restrictions caractérisées. Ainsi, en pratique, il existe un risque élevé que les fournisseurs n'osent pas prendre le risque d'interdire le référencement de leurs produits sur des comparateurs, quels qu'ils soient.

De manière générale, le Règlement Vertical, s'il offre une certaine sécurité juridique aux entreprises à travers l'exemption par catégorie, a pour effet pernicieux de conduire à une approche excessivement formaliste des restrictions verticales. Or, il existe un consensus entre économistes sur le fait *qu'a minima*, lorsque la concurrence intermarque est vive, une réduction de la concurrence intramarque ne crée pas d'effet anticoncurrentiel et est même génératrice de gains d'efficacité. Or, dans les affaires impliquant des pratiques listées parmi les restrictions caractérisées (par exemple prix de revente imposés ou interdictions de vente en ligne), les demandes d'exemption individuelle sont quasiment systématiquement rejetées par les autorités de concurrence, même lorsque la concurrence intermarque est vive, au motif qu'elles... réduisent la concurrence intramarque. Dès lors que la concurrence intermarque est vive et qu'un fournisseur est dénué de pouvoir de marché, il devrait au contraire pouvoir utiliser librement les restrictions verticales de son choix et qui s'adaptent au mieux à sa situation et à ses besoins. C'est en effet le fournisseur qui est le mieux à même de juger de l'équilibre souhaitable entre des prix bas et un haut niveau de service accompagnant la vente et une bonne image de marque, répondant au mieux aux attentes de ses clients.

Emmanuel Combe

Emmanuel Combe a décrit le double mouvement que représente la phygitalisation : du numérique vers le physique et *vice versa*. De plus, les contours du processus de phygitalisation sont assez flous : par exemple, la grande majorité des magasins physiques sont présents en ligne au travers d'un « site vitrine », sans pour autant y vendre. L'approche dominante qui a dominé jusqu'aux années 2000 a considéré la phygitalisation comme un simple processus de cannibalisation : les ventes en ligne s'opèreraient au détriment des ventes physiques.

Cela a été vrai pour partie : ainsi la vente de billets d'avion pour les particuliers s'est largement déplacée des points de vente physique vers le *online*. A partir des années 2000, l'approche a changé. Suite à la crise de 2008, même le secteur du luxe a vu la vente en ligne comme une opportunité d'élargir la taille du marché. Le paradigme de la cannibalisation a été remis en question, au profit de celui de l'accroissement du marché. L'effet horaire a joué : une partie de la demande a été débloquée par le fait de pouvoir acheter sans interruption sur le site

“
L'expérience
« omnicanale » permise par
le phygital répond à un
besoin des consommateurs
et crée de nombreuses
synergies entre les deux
canaux.”

Laure Schulz



“

La digitalisation a suivi un processus classique de réaction oligopolistique : dès lors qu'un opérateur a engagé cette transformation, ses concurrents ont dû le suivre.”

Emmanuel Combe



en ligne. L'effet lieu également : une partie de la demande est accrue par l'effacement de la distance physique et du coût de transport qui en résulte. La collecte de données personnalisées, rendue possible par le commerce en ligne, permet également un plus grand ciblage de l'offre. Cette accumulation de données pourrait d'ailleurs potentiellement conduire demain à des pratiques de prix personnalisés.

La digitalisation a suivi un processus classique de réaction oligopolistique : dès lors qu'un opérateur a engagé cette transformation, ses concurrents ont dû le suivre. L'omnicanal - la coexistence de tous les canaux - a laissé place aux synergies entre tous les canaux : le magasin physique alimente la vente en ligne et inversement. En 2016, déjà, 42% des clients du luxe, par exemple, se renseignaient en ligne avant de se rendre dans un magasin physique. Le magasin physique peut devenir le préalable à l'acte d'achat, en se comportant comme un *showroom*. La phygitalisation n'est pas toujours couronnée de succès : sur 200 000 sites marchands en France, 5% réalisent 90% des ventes en ligne. Pour se faire connaître en ligne, les achats de mots-clés peuvent être un expédient, mais la vente via des plateformes en ligne reste incontournable. Plus un distributeur est petit, plus sa part de ventes en ligne effectuée via des plate-formes est importante. De leur côté, les pure player évoluent vers le commerce physique, notamment pour pénétrer

le segment de la distribution alimentaire. Pour ce qui est des consommateurs, ils retirent plusieurs gains du commerce en ligne : gain de pouvoir d'achat, décloisonnement des marchés (et baisse des prix), mais également gain de temps et gains de variété (avec accroissement de la profondeur de gamme suivant le phénomène de longue traîne avec l'accès simplifié à des produits plus confidentiels). Au final, pour les distributeurs, le commerce en ligne a deux effets inverses : un effet d'élargissement de la taille du marché ; mais aussi un effet de concurrence, qui fait notamment baisser les prix.

Sur les pratiques anticoncurrentielles, la discrimination entre distributeurs physique et *online* est autorisée dans une certaine mesure (voir la décision 12-A-20 de l'Autorité). L'affaire *Lego* a mis en évidence le fait que certaines remises n'étaient, de fait, accessibles qu'aux magasins physiques. Elle a donné lieu à des engagements pour faire cesser cette discrimination. Quant à l'interdiction des ventes en ligne, de droit ou de fait, elles constituent des restrictions caractérisées. Sur la restriction des ventes passives en ligne, le *geo-blocking* est un sujet dont la Commission s'est emparé et les premières décisions de sanctions (*Guess* ou *Valve*) sont tombées. La restriction de la vente aux plateformes tierces quant à elle peut être justifiée par la nature du produit (des produits dangereux dans l'affaire *Stihl*), ou bénéficier d'une exemption par catégorie dès lors qu'elle n'est pas constitutive d'une restriction caractérisée. ■