

Le droit de la concurrence dans le contexte de l'économie numérique Competition law in the context of the digital economy

قانون المنافسة في سياق الاقتصاد الرقمي

DJELLAL Messad épouse MAHTOUT *

Université Mouloud Maammeri de Tizi-Ouzou. Faculté de Droit et des Sciences Politiques - Algérie

mes.djellal@hotmail.com

La date de réception : 06/05/2021

La date de révision : 28/06/2021

La date d'acceptation : 28/06/2021

Résumé:

Les plateformes numériques créées par les grandes entreprises technologiques offrent de nombreux avantages, elles se sont largement approprié les données des consommateurs, ce qui leur confère une position de force sur le marché. De nombreux pays étudient les effets négatifs qui résultent du pouvoir de marché acquis par ces plateformes et cherchent des moyens d'y remédier.

Le présent article porte sur les incidences des plateformes numériques sur le droit de la concurrence. Il recense les domaines du droit de la concurrence dans lesquels il est nécessaire d'adapter la législation pour contrer les effets négatifs qui peuvent découler de l'activité des plateformes dominantes. On y trouvera quelques possibilités d'action susceptibles de protéger et de promouvoir la concurrence dans l'économie numérique.

Mots clés : Les plateformes numériques ; Droit de la concurrence ; Adaptation ; Plateformes dominantes; L'économie numérique.

Abstract:

Digital platforms created by Big tech companies offer many advantages, but they have largely taken over consumer data, giving them a strong position in the market. Many countries are studying the negative effects that result from the market power gained by these platforms and are looking for ways to remedy them. This article focuses on the impact of digital platforms on competition law. It identifies areas of competition law in which it is necessary to adapt the legislation to counter the negative effects that may arise from the activity of dominant platforms. It contains some policy options that can protect and promote competition in the digital economy.

Keywords : Digital platforms; Competition law; Adaptation; Dominant platforms; Digital economy.

ملخص:

تمنح المنصات الالكترونية المنشأة من طرف الشركات التكنولوجية العملاقة عدة مزايا، لكنها أصبحت تمتلك المعطيات الخاصة للمستهلكين و هو ما يسمح لها بتعزيز وضعيتها في السوق. إن العديد من البلدان تدرس الآثار السلبية الناتجة عن سلطة هذه المنصات في السوق وتبحث عن سبل معالجتها.

يركز هذا المقال على آثار المنصات الالكترونية على قانون المنافسة ويحدد مجالاته التي يكون من الضروري فيها تكيف التشريع لمواجهة الآثار السلبية التي قد تنشأ عن نشاط المنصات المهيمنة على السوق ، إذ هناك بعض الإمكانيات العملية التي من شأنها حماية المنافسة وتعزيزها في الاقتصاد الرقمي.

الكلمات المفتاحية: المنصات الالكترونية، قانون المنافسة، التكيف، المنصات المهيمنة، الاقتصاد الرقمي.

* Auteur Correspondent.

Introduction :

La digitalisation du monde conteste progressivement les représentations économiques traditionnelles pour faire émerger un nouveau modèle de concurrence. Sur chaque marché numérique, un seul acteur concentre une large majorité d'utilisateurs et instaure ainsi une position dominante. Facebook domine les réseaux sociaux, Google la recherche internet, BlaBlaCar le covoiturage, Netflix les films et YouTube les vidéos. Le leader est apparemment soumis à une faible concurrence et conteste ainsi le modèle classique du marché. ⁽¹⁾

Dans l'économie numérique, les technologies afférentes et les modèles d'affaires associés évoluent très vite. Cette caractéristique de vitesse d'évolution représente donc un frein à la régulation de ces nouveaux acteurs.

Par conséquent il paraît souhaitable de réfléchir à des moyens de réguler les activités qui se déploient autour du numérique, et notamment de déterminer la place que peut y prendre le droit de la concurrence. Si ce dernier a naturellement su évoluer au fil du temps, la rapidité mise en œuvre

par l'économie numérique pose la question de son adaptation et de son évolution. On peut néanmoins préciser qu'il semble y avoir une prise en compte croissante des contraintes de l'économie numérique appliquées au droit de la concurrence, comme le montre l'organisation des séminaires et tables rondes organisés dans les pays Européens.

Dans cet article, il s'agira d'étudier les défis imposés par ces modèles économiques aux dispositifs de régulation, tout en proposant quelques réponses (**Premier chapitre**) qui y ont été apportées par les autorités de la concurrence de certains pays Européens qui considèrent qu'il faut se donner les moyens d'inventer les nouvelles régulations, qui supportent l'innovation et ne créent pas de barrières à l'entrée (**Deuxième Chapitre**). Cependant il convient de souligner que ce thème, au-delà de sa complexité et l'intérêt qu'il suscite, a été difficile à étudier à cause de la rareté des ouvrages qui l'ont traité.

1-Premier titre principal : Les problèmes de concurrence posés par l'essor de l'économie numérique

Les GAFAs ont atteint des monopoles de fait en très peu de temps, une dizaine d'années tout au plus. Mais ceci semble encore bien long lorsqu'on regarde les niveaux atteints par la nouvelle vague que sont Uber ou Airbnb par exemple. Cette prise de pouvoir sur des pans de marchés entiers de l'économie mondiale, provoque des difficultés d'application du droit de la concurrence sur ces nouveaux business models. ⁽²⁾

Les nouveaux acteurs de l'économie numérique ont utilisé la technologie pour développer des modèles d'affaires innovants afin de contourner de nombreuses contraintes. Les nouvelles technologies permettent ainsi une délocalisation de l'activité. Airbnb par exemple, depuis

⁽¹⁾ - SCHWERER Charles-Antoine, (2016), La concurrence au défi du numérique, fondapol.org, Juillet 2016, Disponible sur le site : <https://www.fondapol.org/etude/charles-antoine-schwerer-la-concurrence-au-defi-du-numerique/>, consulté le 15/09/2020, p 4.

⁽²⁾ - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, HAL Id : Dumas-02074079, Droit 2017, Paris 2016-2017, Disponible sur le site : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02074079/document>, Consulté le 05/09/2020, p 15.

l'Irlande, alors que le locataire, le bien mis en location et le loueur peuvent être tous les trois domiciliés en France. Cette flexibilité géographique n'est pas sans créer un déséquilibre d'ordre fiscal avec des opérateurs historiques établis sur le marché géographique concerné et permettent aux sociétés numériques d'optimiser leur fiscalité en fonction de leur localisation.⁽¹⁾

La rapidité du développement technologique a modifié la nature des marchés et des modèles économiques. Cette modification pose un certain nombre de problèmes en ce qui concerne le droit et la politique de la concurrence, qui doivent être adaptés aux nouvelles réalités du marché et aux nouveaux modèles économiques pour garantir que les marchés soient concurrentiels. Cette modification a remis en cause les indicateurs classiques dans l'application du droit de la concurrence (**Section 1**) Les méthodes d'évaluation des abus de position dominante dans l'économie numérique (**Section 2**) et appelle à La prise en compte de nouveaux indicateurs dans l'examen des opérations de concentration dans l'économie numérique (**Section 3**).

1.1 Section 1 : La remise en cause des indicateurs classiques dans l'application du droit de la concurrence

Pour protéger la libre concurrence et la promouvoir dans l'économie numérique, les indicateurs et critères classiques du droit de la concurrence sont remis en cause. Face à la prise de pouvoir des sociétés numériques qui semble implacable, le premier contre-pouvoir juridique reste le droit de la concurrence. Le contrôle qu'il exerce sur les concentrations et les activités restrictives de concurrence doit permettre de maintenir un marché sain et concurrentiel au bénéfice des consommateurs, en tous cas selon les missions qui lui sont dévolues.

Par conséquent il paraît souhaitable de réfléchir à des moyens de réguler les activités qui se déploient autour du numérique à travers les différentes remises en cause des critères et indicateurs sur les quels se base le droit de la concurrence pour que ce dernier soit aux défis de cette nouvelle forme de concurrence.

A-La remise en cause du critère du bien-être du consommateur par le niveau des prix dans le numérique

Le critère du bien-être du consommateur est aujourd'hui le critère qui est à la base de la législation antitrust et qui sert à mesurer l'avantage ou le préjudice pour les consommateurs par le niveau des prix. Le droit de la concurrence ne se préoccupe pas de pratiques telles que la fixation de prix d'éviction, qui est un élément clef de la stratégie commerciale suivie par les principales plateformes de vente en ligne pour développer leur marché et se placer en position de monopole, et qui consiste à baisser les prix de vente sur le court et le moyen termes jusqu'à l'éviction des concurrents. Ensuite les prix peuvent augmenter, et le choix s'amointrit, faute de concurrence ou de concurrence suffisante. Pourtant les autorités de concurrence n'enquêtent pas sur ces pratiques qui semblent avantageuses pour les consommateurs puisque les prix, au début, sont faibles.⁽²⁾

⁽¹⁾ -Ibid.

⁽²⁾ - Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, (2019), Question de concurrence dans le contexte de l'économie numérique, Note du secrétariat de la CNUCED du 1^{er} mai 2019, Disponible sur le site : https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_fr.pdf consulté le 03/10/2020, p 5.

Le critère du bien-être du consommateur pose un autre problème celui de la difficulté qu'il y a à analyser les prix sur les places de marché en ligne, du fait de la rapide fluctuation des prix et de leur personnalisation à l'aide d'algorithmes. Qui plus est, n'est pas le meilleur critère pour analyser la concurrence sur ces plateformes car de nombreux services y sont offerts gratuitement, même si, en réalité, les consommateurs fournissent en contrepartie leurs données personnelles. ⁽¹⁾

Le critère du bien-être du consommateur devrait donc être étendu de manière à comporter d'autres paramètres tels que la protection de la vie privée et du choix des clients, la protection des données personnelles, le niveau des coûts de transfert et le degré de captivité des clients. ⁽²⁾

B- La remise en cause de la définition du marché pertinent

Le marché pertinent est défini comme l'espace où se rencontre l'offre et la demande de produits ou de services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, et « sa définition (...), au niveau tant des produits que de sa dimension géographique, doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce la communication effective. ⁽³⁾ Cette définition est rendue complexe par les modèles économiques multifaces. ⁽⁴⁾

Des acteurs dominants comme Amazon et Apple se sont engagés dans le développement vertical de leurs activités, en amont et en aval, et sont entrés en concurrence avec les commerçants ou les développeurs d'applications qui utilisent leur plateforme. Grâce à cette expansion, ils peuvent collecter davantage de données et devenir encore plus compétitifs, en contrôlant les boutiques en lignes et les marchés d'applications, dont ils sont à la fois propriétaires et utilisateurs. Cette situation peut à tout moment donner lieu à des comportements abusifs et à des pratiques d'exclusion de la part des plateformes dominantes.

La position de quasi-monopole d'Amazon pourrait donner lieu à un comportement abusif, par exemple par le prix d'éviction et la discrimination vis-à-vis de ses concurrents dans le commerce de détail. ⁽⁵⁾

Cependant, il faudrait ne pas négliger la difficulté à délimiter les marchés qui se traduit par une difficulté à déterminer des parts de marchés avec suffisamment de fiabilité, ⁽⁶⁾ d'où la nécessité de séparer les faces d'une même plate-forme.

1. Séparation des faces d'une même plate-forme.

⁽¹⁾ - Ibid.

⁽²⁾ - Ibid.

⁽³⁾ - CE Communication de la commission Européenne, (1997), La définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE, 97/C372/03, Disponible sur le site : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126073#:~:text=D%C3%A9finir%20le%20march%C3%A9%20en%20cause,n%C2%B020139%2F2004>.

⁽⁴⁾ - SAUTEL Olivier, (2011), « **La pratique des autorités de concurrence face à la convergence numérique** », concurrences N° 3-2011, Colloque Culture médias§ numérique : nouvelles questions de concurrence(s) Paris, p-p 1-57, p 36.

⁽⁵⁾ - Idem.

⁽⁶⁾ - Ibid.

Une des évolutions possible, mise en avant par plusieurs institutions en Europe, serait d'imposer une séparation entre les différentes faces d'une même plateforme, ce qui aurait, selon elles, le mérite de développer la concurrence. Ce dégroupage, est notamment mis en avant dans le cas de Google. Le Parlement européen a ainsi évoqué dans une résolution de 2014 la séparation entre l'activité de moteur de recherche et les autres activités commerciales de la société. Google conteste bien entendu cette proposition en mettant en avant qu'il serait dans l'impossibilité de développer des innovations de rupture nécessitant de gros investissements, tel que le développement de la voiture autonome, sans ce modèle. Une telle décision serait donc susceptible d'avoir un impact fort sur l'innovation. Pour l'heure, dans sa décision rendue en 2017 sur Google Shopping, la Commission n'a pas souhaité imposer à la société cette séparation de ses activités. Toutefois, cette démarche imposant la neutralité des résultats de recherche peut être perçue comme une première étape.⁽¹⁾

2. La nécessaire prise en compte des caractéristiques des plateformes numériques

Les caractéristiques des plateformes numériques tels que les effets de réseau et leur caractère multifaces, leur coût de transfert élevés, leurs fortes économies d'échelle et leur important niveau de contrôle sur les données, sont autant d'indicateurs pertinents pour la définition du marché en cause. Pour ce qui est des plateformes telles que Facebook et Google, on s'accorde à dire que chaque face de la plateforme devrait être définie comme un marché distinct du moment que les consommateurs, les annonceurs, les fournisseurs de contenus et les autres parties prenantes, quelles qu'elles soient, n'engagent pas de transactions directes les uns avec les autres, parce que les produits sont perçues comme plus au moins substituables d'une face à une autre de la plateforme ; par exemple, les réseaux sociaux et les moteurs de recherche peuvent être considérés comme substituables pour les annonceurs, mais pas pour les consommateurs.

On constate alors, que dans l'économie numérique, que les entreprises « **se concurrencent pour le marché et non sur le marché, le vainqueur remportant toute la mise à l'issue de la confrontation** ». ⁽²⁾

1.2 Section 2 : La nécessité d'adapter les méthodes d'évaluation des abus de position dominante dans l'économie numérique

L'ensemble des notions liées à l'abus de position dominante sont délicates à appliquer aux modèles d'affaires de l'économie numérique.

Des cas récents montrent que, les méthodes d'évaluation des abus de position dominante dans l'économie numérique devraient être plus souples. Par exemple, dans sa décision d'interdire à Facebook de recouper les données d'utilisateurs provenant de différentes sources, l'Office fédéral des ententes allemand a invoqué non seulement la violation des lois antitrust mais aussi d'autres principes et lois tels que les règles sur la protection des données. Il a établi que Facebook, dont la part de marché dépassait 95%, occupait une position dominante sur le marché intérieur allemand des réseaux sociaux. ⁽³⁾

Le préjudice subi par les consommateurs réside dans le fait qu'ils perdent le contrôle de leurs données personnelles, qui sont utilisées pour définir les profils des clients ; sur l'autre

⁽¹⁾ - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 46.

⁽²⁾ - Ibid.

⁽³⁾ - Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, (2019) Question de concurrence dans le contexte de l'économie numérique, op.cit, p 8.

face du marché, l'Office fédéral des ententes Allemand a établi que les services publicitaires subissaient un préjudice concurrentiel, car leurs clients et leurs concurrents étaient face à un fournisseur d'espaces publicitaires sur les réseaux sociaux qui est dominant puisque Facebook est devenu de plus en plus indispensable aux annonceurs, comme en témoigne la croissance rapide de son chiffre d'affaires ces dernières années. ⁽¹⁾

1.3 Section 3 : La prise en compte de nouveaux indicateurs dans l'examen des opérations de concentration dans l'économie numérique

L'analyse des opérations de concentration est une méthode **ex ante** qui permet de résoudre les problèmes de concurrence qui pourraient découler d'une position dominante sur le marché des plateformes. Toutefois, à l'heure actuelle, dans la plupart des pays, seules les opérations dont la valeur atteint un seuil de chiffre d'affaires ou d'actifs sont soumises à examen. La valeur des données et le contrôle de ces données par les parties à l'opération, ne sont pas pris en compte.

A- Le rôle des données dans l'examen des opérations de concentration

Dans l'économie numérique, les données jouent un rôle important et confèrent du pouvoir aux entreprises qui les contrôlent. Etant donné que, dans la plupart des pays, l'opération de concentration sont notifiées à partir du moment où certains seuils sont atteints-généralement de chiffre d'affaires ou d'actifs, il arrive que, malgré leur valorisation élevée, les entreprises numériques et les start-up ne soient pas concernées, car souvent elles n'atteignent pas le seuil de chiffre d'affaires prescrits. ⁽²⁾

C'est ce constat qui a conduit l'Office fédéral allemand des ententes à introduire, dans le droit allemand de la concurrence, un nouveau seuil de notification de concentrations, qui s'ajoute au seuil des chiffres d'affaires réalisés sur le marché mondial et sur le marché intérieur. Les opérations sont soumises à contrôle dès lors que la contrepartie de l'acquisition, c'est-à-dire, le prix d'achat et le passif assumé, est supérieure à 400 millions d'euros. Par conséquent, l'Office devrait désormais être informé du rachat d'une petite entreprise innovante et prometteuse par une grande plateforme, même si le chiffre d'affaires réalisé par cette petite entreprise sur le marché intérieur n'atteint pas le seuil de 5 millions d'euros, ce qui est fréquent dans l'économie numérique. ⁽³⁾

Si l'on considère combien il est difficile d'agir une fois qu'une entreprise a le monopole sur un marché, les autorités de la concurrence devraient, dans l'idéal, détecter les entraves à la concurrence qui sont susceptibles de résulter d'une opération de concentration et les éliminer dès le début, plutôt que d'essayer d'en corriger a posteriori les effets anticoncurrentiels.

Dans l'économie numérique, la société peut être dominante sur une face du marché et en forte concurrence sur une autre. Google est ainsi dominant sur la face gratuite de la recherche en ligne, mais largement dépassé par d'autres acteurs, comme facebook, sur le marché du

⁽¹⁾ - WAELBROECK Patrick, DUBUS Antoine, (2019), La nouvelle problématique de concurrence posée par l'accès aux données dans l'économie numérique, theconversation.com, Disponible sur le site : <https://theconversation.com/la-nouvelle-problematique-de-concurrence-posee-par-lacces-aux-donnees-dans-leconomie-numerique-119760>, Consulté le 30/08/2020.

⁽²⁾ - Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, (2019), Question de concurrence dans le contexte de l'économie numérique, op.cit, p 10.

⁽³⁾ - PERROT Anne, (2018), « Données et règles de la concurrence », Enjeux Numériques N°2- Annales des Mines, Juin 2018, p-p 35-38.

placement publicitaire en ligne. Cette distinction n'est pas sans remettre en cause les notions conventionnelles de domination appliquées au droit de la concurrence.

B-La remise en cause de l'indicateur du chiffre d'affaires dans l'examen des opérations de concentration.

Ainsi le chiffre d'affaires et la notion de parts de marché, couramment utilisés par les autorités de concurrence et les juridictions pour déterminer le caractère de dominance sur un marché, déjà décriés par certains économistes sur les marchés conventionnels, ne sont plus des indicateurs pertinents dans le cadre de l'économie numérique. C'est particulièrement vrai lorsque des modèles d'affaires freemium⁽¹⁾ sont mis en œuvre aboutissant de fait à une marge négative sur certaines faces. Il en est de même dans le cas du contrôle des concentrations, pour lequel se pose la question du seuil pertinent. La fusion Facebook/WhatsApp a failli échapper au contrôle de concentration compte tenu du chiffre d'affaires très faible du second de l'ordre de 20 millions de dollars, et notamment lorsqu'on le met en parallèle de sa valorisation de 22 milliards de dollars. En outre, les business models sont parfois non profitables, comme l'atteste Twitter, qui malgré sa domination sur son marché, et l'usage important qui en est fait par de très nombreux consommateurs, ne parvient pas à dégager des sources de revenus conformes à son statut.⁽²⁾

2: La nécessité de développer et structurer les autorités de concurrence.

Le droit de la concurrence est confronté à de nombreuses problématiques du fait de l'émergence de ces nouveaux modèles d'affaires en lien avec des technologies en permanente évolution. Néanmoins, ce même droit n'est pas démuné et a déjà trouvé à s'appliquer en faisant preuve de souplesse dans l'usage d'outils conventionnels. Il n'en demeure pas moins que des évolutions semblent nécessaires. Il s'agit d'évolution du fonctionnement des autorités de concurrence (**Section 1**), de remédier à la lenteur des procédures et des décisions et de la réglementation qui puisse encadrer l'économie numérique (**Section 2**). Ainsi, il est indispensable de faire évoluer les procédures pour tenir compte de l'économie numérique (**Section 3**).

2.1 Section 1 : Evolution du fonctionnement des autorités de concurrence et des procédures

Précédemment, il a été mis en évidence l'intérêt qu'il y avait à développer le droit de la concurrence et de le faire évoluer pour en faire un outil transversal capable d'appréhender les spécificités de l'économie numérique. Au premier rang des évolutions possibles, se trouvent celles qui touchent aux organismes en charge de l'application des règles de la concurrence.

A-Un déficit technique à combler.

Les Autorités Nationales de Concurrence ont sans conteste un déficit technique important dans les domaines du numérique, qui les freine dans l'analyse des modèles d'affaires des acteurs du numérique. Une première piste de réflexion serait donc de développer des compétences (data scientist, Big Data management, etc.) parmi les Autorités Nationales de la Concurrence de manière à ce que celles-ci soient plus en mesure d'intégrer les spécificités

⁽¹⁾ - Wikipédia, définition du mot Freemium « **Le freemium est une stratégie commerciale par laquelle on propose un produit ou le plus souvent un service gratuit, en libre accès, qui est destiné à attirer un grand nombre d'utilisateurs** ».

⁽²⁾ - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 19.

technologiques du numérique à leur analyse des marchés et des acteurs, comme l'a d'ailleurs mis en avance le conseil d'analyse économique dans sa quatrième recommandation.⁽¹⁾

B- L'importance des compétences techniques pour les autorités de concurrence

Les compétences techniques auxquelles il est fait référence concernent les données et le traitement des données opérées par les plateformes.

Effectivement, elles sont fondamentales pour mieux analyser les stratégies des acteurs. Et l'autorité de la concurrence n'est pas le seul acteur public qui aurait besoin d'être mieux outillé.⁽²⁾

A la suite des différents débats, rapports et travaux, un certain nombre de concepts ont été progressivement dégagés pour encadrer la collecte et le traitement des données par les plateformes. Il s'agit de répondre d'une part à des préoccupations de fluidité des marchés par la portabilité pour limiter les coûts de changement de services; Et d'autre part d'imposer des obligations de transparence et de loyauté des pratiques des plateformes et des algorithmes de façon à ce que les pratiques réelles soient conformes aux promesses affichées.⁽³⁾

2.2 Section 2 : La lenteur des procédures, une incitation à la réglementation des pratiques de l'économie numérique

L'économie numérique se caractérise par la mise en œuvre rapide de nouveaux modèles d'affaires, mais aussi par leur évolution permanente, intrinsèquement liées à l'impératif d'être le premier sur le marché. Or les procédures législatives ou l'adoption de réglementations, ainsi que le traitement des affaires par les autorités de concurrences ou les tribunaux, prennent nécessairement du temps. Ce délai, très long à l'échelle de l'économie numérique, permet aux sociétés de prendre pied, voire de devenir incontournable sur le marché visé avec une domination devenue irréversible et des pratiques de consommation bien ancrées. Il est par conséquent nécessaire de trouver des réponses temporelles appropriées au rythme imposé par cette nouvelle économie.⁽⁴⁾

La rapidité avec laquelle une idée se développe en un marché économique, en jouant sur la mise en relation d'utilisateurs au moyens des nouvelles technologies, est peu compatible avec

⁽¹⁾ -GUILLOUX-NEFUSSI Sofie, HAINCOURT Sofie, JOUSSELIN Edouard, PERROT Anne, (2019), « **Quelle politique de la concurrence face à l'essor de l'économie numérique ?** » Billet n°112, Disponible sur le site : <https://blocnotesdeleco.banque-france.fr/billet-de-blog/quelle-politique-de-la-concurrence-face-lessor-de-leconomie-numerique#:~:text=Enfin%2C%20la%20collecte%20et%20la,%C3%A0%20l'exclusion%20des%20concurrents.>, Consulté le 17/01/2020.

⁽²⁾ - TOLEDANO Joëlle, « **Réguler le « numérique » ? Les plateformes numériques ? Ou plutôt adapter les régulations au XXIème siècle** », Disponible sur le site : https://chairgovreg.fondation-dauphine.fr/sites/chairgovreg.fondation-dauphine.fr/files/attachments/201703_GovRegWP_Toledano.pdf, p-p 1-24, p 15, consulté le 24/02/2020, p 16.

⁽³⁾ - TOLEDANO Joëlle, « **Réguler le « numérique » ? Les plateformes numériques ? Ou plutôt adapter les régulations au XXIème siècle** », Disponible sur le site : https://chairgovreg.fondation-dauphine.fr/sites/chairgovreg.fondation-dauphine.fr/files/attachments/201703_GovRegWP_Toledano.pdf, p-p 1-24, p 15, consulté le 24/02/2020, p 16.

⁽⁴⁾ - CHARLIER BONATTI Béatrice, (2016), « **Les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence** », AJCA, Dalloz, Février 2016, PP.64-66, p 65.

les processus de régulation conventionnels et semble Quasiment impossible à encadrer, sans risque d'entraver fortement l'innovation.

A-Un exemple de la lenteur des décisions : le traitement de l'affaire Google.

a-L'enquête préliminaire et les conclusions. Après plusieurs plaintes, la CE décide d'ouvrir une enquête préliminaire le 30 novembre 2010 sur le cas de google COMP/C-3/39.740,COMP/C-3/39.775&COMP/C-3/39.768 quant à d'éventuelles violations de l'article 102 du TFUE. En l'espèce, Google était notamment accusé d'avantager le placement des articles vendus sur Google Shopping lors des requêtes sur son moteur de recherche au détriment des autres places de marché.

En mars 2013, la CE informe formellement Google de ses conclusions préliminaires et notamment d'une éventuelle atteinte aux règles d'abus de position dominante sur quatre pratiques commerciales :

1-« Le traitement préférentiel dont bénéficient, parmi les résultats d'une recherche Google sur Internet, les liens renvoyant vers les services de recherche spécialisés de Google, par rapport aux services spécialisés concurrents (Services permettant par exemple aux utilisateurs de rechercher certaines catégories spécifiques d'informations comme des restaurants, des hôtels ou des produits) ;

2-L'utilisation, par Google, dans ses propres services de recherche spécialisés sur Internet, du contenu original de sites web appartenant à des tiers, sans leur consentement ;

3-L'existence d'accords obligeant les sites web de tiers (« éditeurs ») à obtenir la totalité ou la majorité de leurs annonces publicitaires contextuelles en ligne de Google ;

4-Les restrictions contractuelles relatives à la portabilité des campagnes de publicité contextuelles en ligne vers les plates-formes de moteurs de recherche concurrents et à la gestion de ces campagnes à la fois sur la plate-forme Adwords de Google et sur les plates-formes concurrentes. »⁽¹⁾

b- La procédure d'engagement. La CE, et notamment le commissaire européen à la concurrence de l'époque, Monsieur Joaquin Almunia, va dans un premier temps mettre en œuvre une procédure d'engagement avec Google, issue du Règlement 1/2003 du 16 décembre 2002. Ainsi, dès le 3 avril 2013, Google propose un engagement de sa part sur 5 ans pour développer la concurrence sur ces segments. La CE lance un test du marché le 25 avril 2013 et informe Google que les engagements proposés ne sont pas satisfaisants et que d'autres engagements doivent être pris. S'ensuivent de nombreux échanges qui ne satisfont toujours pas la CE.⁽²⁾

c- Les communications de griefs. Cette dernière adresse formellement une communication de griefs le 15 avril 2015 et accuse Google d'abus de position dominante dans le cadre du service Google Shopping, invoquant le fait que le résultat des requêtes sur le moteur de recherche était présenté systématiquement de manière à mettre en avant les produits vendus via Google Shopping. Cette décision annoncée par la nouvelle commissaire européenne à la concurrence, Madame Margrethe Vestager, marque un tournant dans cette affaire et préfigure une décision contentieuse.⁽³⁾

⁽¹⁾ - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 23.

⁽²⁾ -Ibid.

⁽³⁾ - Idem

d- La sanction. Le 14 juillet 2016, la CE fait un pas de plus dans son enquête pour atteinte aux pratiques anticoncurrentielles, et plus précisément pour abus de position dominante, en adressant de nouveaux griefs à Google. Enfin, le 27 juin 2017, Google est condamné par la commission à versé une amende de 2,42 milliards d'euros, uniquement sur le volet Google Shopping, sans présager de la suite des enquêtes en cours sur d'autres services commerciaux, et notamment sur le système d'exploitation Androïde. ⁽¹⁾

Cette affaire reflète bien la lenteur des procédures de concurrence traitées par la CE. Il est d'autant plus dommageable qu'elle a eu un fort écho médiatique et qu'elle fut suivie tout au long de son déroulé. Les auteurs, notamment doctrinaux, n'ont pu que se faire l'écho d'une lenteur qui rend difficilement efficace le droit de la concurrence : « L'absence de tout résultat, cinq ans après le dépôt devant la Commission des premières plaintes à l'encontre de Google, nourrit à coup sûr le sentiment d'impuissance du droit de la concurrence (...) Force est de constater, à la lumière des atermoiements de la Commission dans les affaires Google comme du choix effectué en faveur des procédures d'engagements, que l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles aux acteurs de l'économie numérique se heurte à de sérieuses difficultés ». En conséquence de quoi, les acteurs politiques ont plus volontairement choisi la voie de la réglementation. ⁽²⁾

B-L'instauration de délais

L'instauration de délais est un avantage temporel aussi bien vis-à-vis des organismes de régulations ex ante et ex post que des tribunaux, est un élément déterminant qui doit amener à des évolutions. Le traitement du cas Google par la commission Européenne, que nous avons détaillé précédemment, en est ainsi un bon exemple, s'étalant sur plus de sept ans.

Par conséquent, on ne peut que souhaiter l'instauration d'une limite temporelle dans les procédures d'engagements afin d'éviter que les affaires ne traînent trop longtemps, la longueur des délais étant de surcroît au bénéfice des sociétés mises en cause, qui ralentissent volontairement les procédures. Il devrait en être de même du traitement des litiges pour non-respect des engagements pris. ⁽³⁾

C-La réglementation : une voie plus rapide pour encadrer l'économie numérique.

Comme nous l'avons vu, le traitement des entraves à la concurrence prend beaucoup de temps, dans un contexte portant en évolution extrêmement rapide qui devrait réclamer des réactions en adéquation avec le rythme imposé. Pour enrayer cette concurrence considérée par certains comme déloyale, ou du moins comme ayant un impact fort sur les acteurs conventionnels, la voie choisie par les autorités est celle de la réglementation, qui a comme avantage certain sa rapidité de mise en œuvre. ⁽⁴⁾

a-Recommandation de l'Autorité de la concurrence française sur l'excès réglementaire.

Il convient de noter les recommandations émises par l'Autorité de la concurrence française quant à un excès réglementaire lors d'un avis rendu sur la publicité en ligne :

(1) - Ibid

(2) - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 23.

(3) - CHAGNY Murielle, (2015), « L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique », La Semaine Juridique Edition Général n°49 doctr .1340, §16, 30/11/2015, p-p 2237-2243.

(4) - MALVERT Nicolas (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 25.

« L'Autorité souhaite également attirer l'attention des pouvoirs publics sur les risques qu'entraînerait une intervention réglementaire trop précoce ou trop rigide. Il faut, à cet égard, saluer la réussite industrielle et économique de Google et, d'une façon plus générale, souligner les gains pour l'économie que peut faire naître l'innovation dans le secteur des moteurs de recherche et de la publicité en ligne ». ⁽¹⁾

On voit ainsi que l'Autorité prend soin de ne pas pénaliser un acteur sur le simple fondement qu'il serait plus efficace que la concurrence, en mettant en exergue la notion d'efficiency offense, qu'il convient d'éviter sous peine de pénaliser l'innovation et le développement économique.

2.3 Section 3 : Le besoin de faire évoluer les procédures et pistes d'amélioration pour tenir compte de l'économie numérique

Il s'agit de limiter le recours aux engagements et de faire évaluer les procédures d'engagement, ainsi que d'être à la recherche d'évolutions possibles pour améliorer les aspects négatifs des procédures d'engagement.

A-Limiter le recours aux engagements.

Si la procédure d'engagement est mise en avant pour sa rapidité, le cas Google vu précédemment n'en est pas moins un bon contre-exemple. Néanmoins, on peut relever que les engagements permettent une correction de certains abus à l'intérieur du marché, sans recours au législateur ou au régulateur. Cette procédure n'est cependant pas exempte de reproches.

La procédure d'engagement échappe à tout contrôle juridictionnel, et n'implique aucune qualification juridique des faits reprochés. Enfin elle prive la société mise en cause d'un éventuel recours extra contractuel à l'encontre de l'état, tout en la faisant dans le même temps échapper aux sanctions, ce qui atténue fortement le rôle dissuasif. ⁽²⁾

B-Faire évoluer les procédures d'engagement.

L'échec de la Commission européenne, dans le contentieux qu'il a ouvert contre Google en 2010, à imposer les « bons » remèdes dans le cadre d'une procédure négociée qui a eu des effets ravageurs sur l'évaluation de la capacité du droit de la concurrence comme outil de traitement compatible avec le temps économique d'un pouvoir de marché dont les effets apparaissent peu contestables. Google est une entreprise emblématique du numérique d'abord bien sûr pour son immense capacité d'innovation. Mais aussi parce que certaines de ses pratiques sont contestés.

Le temps de la procédure d'engagement peut être compatible avec celui de l'activité économique, pas les six ans écoulés depuis le début de la procédure. ⁽³⁾

C-Evolutions possibles pour améliorer les aspects négatifs des procédures d'engagement

Des solutions peuvent être proposées pour améliorer ou du moins limiter les aspects négatifs des procédures d'engagement :

1. La définition de critères précis de la part des autorités permettant de lancer une procédure d'engagement ou non ;

⁽¹⁾-Autorité de la concurrence Française,(2010), Avis n° 10-A-29 du 14/12/2010, sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne §354, Paris, 2010, Disponible sur le site : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr>.

⁽²⁾ - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 47.

⁽³⁾ - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 47.

2. Une meilleure implication des plaignants tout au long de la procédure, qui restent tout de même un élément fondamental du contradictoire ;

3. La mise en place d'un suivi renforcé avec des bilans périodiques qui ne portent pas sur le respect des engagements, mais sur leur efficacité vis-à-vis du marché.

4. Enfin, le Parlement européen, dans son rapport annuel du 10 mars 2015 sur la politique de concurrence de l'UE, appelle la Commission à être plus transparente en publiant les objections adressées au défendeur, et notamment dans le secteur du numérique. Cet effort ne pourra qu'avoir un effet bénéfique sur l'information des acteurs de l'ensemble du marché. ⁽¹⁾

D- Problèmes spécifiques aux pays en développement et solutions possibles.

Dans la plupart des pays en développement, les autorités de la concurrence sont de création assez récente ; souvent aussi, elles sont de petite taille et ne disposent que de ressources limitées pour traiter les affaires de concurrence dans une économie mondiale de plus en plus concentrée. Si les règles du jeu applicables aux plateformes étaient définies par voie réglementaire, certains risques pourraient être désamorçés, évitant aux autorités de la concurrence un certain nombre d'interventions a posteriori.

La mise en place de politiques et de règles relatives au commerce électronique, à la concurrence et à la protection du consommateur applicable au niveau régional serait peut-être plus efficace pour lutter contre les pratiques abusives des plateformes numériques mondiales et contre les opérations de concentration d'entreprises numériques, et pour garantir que les entreprises locales et régionales puissent accéder aux plateformes dominantes dans des conditions équitables. Les efforts déployés au niveau régional seraient donc mieux adaptés à l'ampleur de leur impact économique. Des cadres régionaux pourraient faciliter l'échange de données et d'expérience, au sein d'une région, entre les autorités de la concurrence expérimentées et les organismes plus récents. ⁽²⁾

CONCLUSION

Des affaires récentes montrent qu'il est nécessaire d'adapter la législation relative à la concurrence et sa mise en application aux caractéristiques et aux modèles économiques des plateformes numériques. Les plateformes numériques qui contrôlent les données des consommateurs ont la responsabilité d'en garantir la confidentialité et de respecter les droits de chacun à la protection des données et à la vie privée. Il est donc nécessaire d'adapter le socle sur lequel s'appuient les règles de la concurrence en étendant la définition du critère du bien-être du consommateur au-delà des considérations de prix et de parts de marché, car s'il est vrai que la protection du consommateur renvoie à la notion de prix abordables, elle recouvre également les notions de choix, de protection de la vie privée, de protection des données.

A titre d'exemple, comme on l'a souligné dans le présent article, l'Allemagne a intégré certaines caractéristiques de l'économie numérique-telles que les plateformes et les services gratuits dans sa loi révisée sur la concurrence et a prévu de nouveaux seuils pour l'examen des opérations de concentration entre entreprises numériques, tandis qu'au Royaume-Uni, la

⁽¹⁾ - Ibid.

⁽²⁾ - MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, op.cit, p 47.

Chambre des lords suggère, dans un rapport, que l'on envisage d'appliquer un critère de l'intérêt général dans les fusions-acquisitions d'entreprises basées sur les données. ⁽¹⁾

Bibliographie

Articles

1-CHARLIER BONATTI Béatrice, (2016), « **Les pratiques liées à l'économie digitale : aspects de droit de la concurrence** », AJCA, Dalloz, Paris, Février 2016, PP.64-66.

2-CHAGNY Murielle,(2015), « **L'adaptation du droit de la concurrence à l'économie numérique** », La Semaine Juridique Edition Général n°49 doct. 1340, §16, 30/11/2015.

3-GUILLOUX-NEFUSSI Sofie, HAINCOURT Sofie, JOUSSELIN Edouard, PERROT Anne, (2019), « **Quelle politique de la concurrence face à l'essor de l'économie numérique ?** » Billet n°112, Disponible sur le site : <https://blocnotesdeleco.banque-france.fr/billet-de-blog/quelle-politique-de-la-concurrence-face-lessor-de-leconomie-numerique#:~:text=Enfin%2C%20la%20collecte%20et%20la,%C3%A0%20l'exclusion%20des%20concurrents.,> Consulté le 17/01/2020.

4- PERROT Anne, (2018), « **Données et règles de la concurrence** », Enjeux Numériques N°2- Annales des Mines, Juin 2018, p-p 35-38.

5-SAUTEL Olivier, (2011), « **La pratique des autorités de concurrence face à la convergence numérique** », concurrences N° 3-2011, Colloque Culture médias§ numérique : nouvelles questions de concurrence(s) Paris, p-p 1-57.

Avis :

Autorité de la concurrence Française, (2018), Avis n° 10-A-29 du 14/12/2010, sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne §354, Paris, 2018, Disponible sur le site : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr>. Consulté le 13/07/2019.

Sites internet :

1-CE Communication de la commission Européenne, (1997), La définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, JOCE, 97/C372/03, Disponible sur le site : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126073#:~:text=D%C3%A9finir%20le%20march%C3%A9%20en%20cause,n%C2%B0%20139%2F2004\).CONSULT2](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3A126073#:~:text=D%C3%A9finir%20le%20march%C3%A9%20en%20cause,n%C2%B0%20139%2F2004).CONSULT2) LE 25/11/2020

2-Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, (2019), Question de concurrence dans le contexte de l'économie numérique, Note du secrétariat de la CNUCED du 1^{er} mai 2019, Disponible sur le site : https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_fr.pdf consulté le 03/10/2020

⁽¹⁾-Ibid.

3-MALVERT Nicolas, (2017), Le droit de la concurrence à l'épreuve de l'économie numérique, HAL Id : Dumas-02074079, Droit 2017, Paris 2016-2017, Disponible sur le site : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-02074079/document>, Consulté le 05/09/2020.

4-SCHWERER Charles-Antoine, (2016), La concurrence au défi du numérique, fondapol.org, Juillet 2016, Disponible sur le site : <https://www.fondapol.org/etude/charles-antoine-schwerer-la-concurrence-au-defi-du-numerique/>, consulté le 15/09/2020.

5-WAELBROECK Patrick, DUBUS Antoine, (2019), La nouvelle problématique de concurrence posée par l'accès aux données dans l'économie numérique, theconversation.com, Disponible sur le site : <https://theconversation.com/la-nouvelle-problematique-de-concurrence-posee-par-lacces-aux-donnees-dans-leconomie-numerique-119760>, Consulté le 30/08/2020.