

19 février 2020

## Contribution de l'Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques

L'essor de plateformes numériques d'envergure mondiale, le développement de nouveaux services fondés sur les technologies numériques (algorithmes, *cloud*, intelligence artificielle, *blockchain*), la disruption de certains secteurs de l'économie traditionnelle par de nouveaux types d'opérateurs (vente en ligne pour le commerce physique, plateformes de réservation en ligne ou de partage pour l'hôtellerie,...) confrontent les autorités de concurrence à de nouveaux défis dans la mise en œuvre du droit de la concurrence. Le pouvoir de marché considérable acquis par certains acteurs, basé, selon les cas, sur leur expertise technologique, l'importance des effets de réseau, la collecte massive de données ou les économies d'échelles dont ils bénéficient, ainsi que les conséquences, parfois destructrices, des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre, ont conduit les autorités de concurrence à mener une réflexion approfondie sur la mise à jour de leur grille d'analyse, de leurs méthodes et des outils à leur disposition.

Par la présente contribution, l'Autorité de la concurrence (l'« Autorité » ci-après) souhaite s'inscrire dans ce processus de réflexion collective et faire part de l'état de ses analyses et propositions. Le début d'année 2020 est un moment important, alors que la nouvelle Commission européenne, en début de mandat, devrait présenter de nouvelles initiatives dans ce domaine, et alors que plusieurs propositions de nature législative, en lien avec la régulation concurrentielle, seront discutées devant le Parlement français au cours des prochains mois. L'Autorité s'attachera à mettre à jour le présent document en fonction des propositions qui seraient formulées au cours des prochains mois et des réactions qu'il pourrait susciter.

Le développement des services en ligne s'est accompagné de l'émergence de nouveaux opérateurs offrant des services d'intermédiation entre leurs utilisateurs. Ces entreprises ont acquis une telle importance qu'elles peuvent constituer une menace non seulement pour le bon fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels elles sont dominantes mais également au-delà de ces marchés, en raison de leurs capacités de développement et de projection dues, entre autres, à leur capacité financière, au bénéfice d'effets de réseau importants liés à leur vaste communauté d'utilisateurs ou aux données auxquelles elles ont accès.

Pour lutter contre les pratiques de ces acteurs, les autorités de concurrence ont pu s'appuyer sur une pratique décisionnelle évolutive et sur des outils qui ont fait la preuve de leur efficacité et de leur souplesse. Les autorités de concurrence ont ainsi démontré leur capacité à se saisir des comportements des acteurs du numérique, y compris en recourant à des raisonnements innovants ou en appliquant des solutions bien établies à des « objets nouveaux » : il en a été ainsi s'agissant d'un système d'exploitation (décision de la Commission européenne Google Android 2018<sup>1</sup>), de services de publicité en ligne (décision de la Commission européenne

---

<sup>1</sup> [AT.40099, 18 juillet 2018, Google Android.](#)

Google AdSense 2019<sup>2</sup>, décision de l’Autorité de la concurrence Google Gibmédia 2019<sup>3</sup>), d’un moteur de recherche « vertical » (décision Google shopping 2017<sup>4</sup>) ou encore de réseaux sociaux et de collecte de données (décision Facebook du Bundeskartellamt en Allemagne, 2019<sup>5</sup>). De nombreux autres cas sont en cours d’examen en France et en Europe ainsi que dans d’autres espaces économiques.

Toutefois, la complexité technique du secteur, la puissance des effets de réseaux ou le caractère en apparence difficilement contestable de certaines positions dominantes conduisent les autorités à s’interroger sur la meilleure façon de faire évoluer leur analyse et leurs outils pour répondre aux enjeux posés par les plateformes numériques.

Parmi les principaux constats partagés, le fait que les autorités doivent pouvoir intervenir rapidement est reconnu comme une nécessité absolue. La plupart des autorités de concurrence partagent ainsi l’objectif de pouvoir mener leurs investigations dans des délais répondant aux évolutions rapides du marché, et de faire un usage plus large de l’outil que constituent les mesures conservatoires.

Par ailleurs, le mouvement de réflexion sur la mise à jour du droit de la concurrence, qu’il s’agisse de l’application substantielle des concepts du droit de la concurrence ou de modifications législatives, est global et s’inscrit pleinement dans un dialogue international fructueux : la Commission européenne a fait du numérique un point fondamental de son programme d’action, tant sous le précédent mandat que sous celui qui débute. Des projets de refonte du cadre législatif d’intervention des autorités ou des réflexions en ce sens sont en cours en Allemagne, au Royaume-Uni, au Benelux, en Autriche ou encore en Australie. En parallèle, les pratiques de grands acteurs comme Google, Facebook, Amazon ou encore Apple font l’objet de plusieurs investigations au niveau international, notamment aux Etats-Unis et en Europe, devant la Commission et les autorités nationales de concurrence.

L’Autorité considère que les concepts établis du droit de la concurrence constituent toujours une approche pertinente des enjeux en matière de numérique mais que des évolutions peuvent être envisagées, d’une part, afin de prévenir et, le cas échéant, de sanctionner plus efficacement les pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par ces acteurs et, d’autre part, afin de garantir une concurrence effective sur les marchés, de sorte que des acteurs alternatifs puissent émerger et se développer, et que les consommateurs bénéficient toujours des bienfaits de l’innovation. L’Autorité mène en parallèle une réflexion sur les modifications du cadre législatif qui pourraient être nécessaires afin de rendre son office plus efficace à l’égard de ces acteurs, notamment des plateformes numériques structurantes. Elle propose à cet égard une définition *infra* permettant de mettre en œuvre un régime de prévention et de sanction spécifique à ces acteurs.

L’Autorité exposera dans un premier temps ses réflexions sur l’application des notions de pratiques anticoncurrentielles à l’économie numérique (**I.**) et, dans un second temps, sur l’application du contrôle des concentrations à l’économie numérique (**II.**).

---

<sup>2</sup> [AT.40411, 20 mars 2019, Google Search \(AdSense\)](#)

<sup>3</sup> [Décision n°19-D-26 du 19 décembre 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches.](#)

<sup>4</sup> [AT.39740, 27 juin 2017, Google Search \(Shopping\).](#)

<sup>5</sup> [Bundeskartellamt, 6 février 2019, Facebook.](#)

# I. LES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES APPLIQUEES A L'ECONOMIE NUMERIQUE

## 1. Le droit de la concurrence est un outil particulièrement efficace pour traiter les problématiques d'une économie marquée par une très forte innovation

Le droit de la concurrence constitue un moyen particulièrement efficace pour maintenir la dynamique concurrentielle de l'économie numérique. Le droit de la concurrence est en effet un droit plastique dont les concepts peuvent s'adapter à de nouvelles pratiques, sans nécessiter d'intervention du législateur. Le fait qu'il soit applicable de façon transversale, sans limites sectorielles ou techniques, le rend particulièrement apte à faire face à des mutations technologiques ou disruptions qui remettent en cause les frontières des différents secteurs de l'économie.

La notion d'abus de position dominante s'est ainsi avérée particulièrement adaptée pour appréhender les comportements des grandes plateformes. Cette notion permet de saisir une large palette de comportements, qu'il s'agisse d'abus d'exploitation, mais également d'abus d'éviction, qui ont connu une application renouvelée ces dernières années.

Les autorités de concurrence ont eu l'occasion, par le passé, d'appréhender des problématiques d'interopérabilité. Dans l'affaire Microsoft (2004), la Commission a ainsi, sur la base d'un abus de position dominante, imposé à Microsoft d'ouvrir son système d'exploitation pour permettre aux éditeurs de logiciels tiers de proposer des logiciels compatibles avec Windows (en l'espèce des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail)<sup>6</sup>.

En France, alors que le marché était confronté à l'innovation de capsules de café Nespresso, et que les concurrents souhaitaient proposer des capsules compatibles avec les machines à café de cette marque, l'Autorité a, dans sa décision Nespresso de 2014, rendu possible l'interopérabilité des machines à café Nespresso avec les capsules de ses concurrents. Elle a notamment permis la communication des informations relatives aux modifications techniques apportées à la mise à disposition de prototypes de machines et la désignation d'un tiers de confiance<sup>7</sup>. Cette affaire est un exemple dont les principes et solutions concrètes pourraient être appliqués demain dans l'économie numérique pour répondre aux pratiques abusives d'un acteur dominant qui limiteraient l'interopérabilité et le développement d'offres concurrentes.

Plus récemment encore, la Commission européenne a annoncé qu'elle allait étudier les pratiques d'Apple en matière d'accès à certaines fonctionnalités des iPhone (portant par exemple sur le blocage des antennes NFC, qui permettent d'échanger des données à faible distance, nécessaires pour les solutions de paiement sans contact concurrentes d'Apple Pay).

La pratique de l'Autorité comporte également des solutions ayant permis de résoudre la problématique de l'accès aux données de clientèles détenues par un acteur de position dominante qui n'étaient pas répliquables par les opérateurs concurrents, ce qui freinait leur capacité à se développer sur le marché. Dans sa décision Direct Energie/GDF Suez (ENGIE) de 2014, elle a ainsi ordonné par le biais de mesures conservatoires à ENGIE d'accorder à ses concurrents un accès à la base de données clients qu'elle détenait en sa

---

<sup>6</sup> [COMP/C-3/37.792, 24 mars 2004, Microsoft.](#)

<sup>7</sup> [Décision n°14-D-09 du 4 septembre 2014 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Nestlé, Nestec, Nestlé Nespresso, Nespresso France et Nestlé Entreprises dans le secteur des machines à café expresso.](#)

qualité d'opérateur historique sur le marché du gaz<sup>8</sup>. Cette décision de mesure conservatoire a rapidement permis aux concurrents d'ENGIE d'accéder à cette base de données, outil essentiel pour pouvoir démarcher les clients d'ENGIE. La décision se fondait notamment sur la circonstance que la base de données n'était pas reproductible ou répliquable par les concurrents, et que le marché de la fourniture de gaz était en phase d'ouverture à la concurrence. On peut relever qu'afin de prendre en compte la nécessaire protection de la vie privée devant entourer la transmission de données personnelles à des tiers, les modalités d'accès à ces données ont été entourées de garanties, définies en suivant l'avis donné par la CNIL.

En matière d'abus d'éviction, la Commission européenne a récemment sanctionné Google pour avoir favorisé son site de commerce en ligne Google Shopping (2017)<sup>9</sup>. Dans sa décision Google Android, la Commission a également sanctionné Google pour avoir abusé de sa position dominante sur les systèmes d'exploitation mobile dans le but de favoriser son application de recherche Google Search et son navigateur Google Chrome (2018)<sup>10</sup>. Plus récemment, la Commission a été saisie d'une plainte du site de streaming musical Spotify qui accuse Apple de discriminer son application sur l'App Store au profit de son propre service de streaming musical, Apple Music (2019).

Dans la décision de 2004 rappelée plus haut, la Commission a aussi sanctionné Microsoft pour avoir lié la vente de son lecteur Windows Media Player (WMP) avec Windows, son système d'exploitation présent sur la quasi-totalité des PC dans le monde.

Ces exemples montrent que les autorités de concurrence s'attachent, par une pratique innovante le cas échéant, à traiter de façon effective les problématiques posées par l'économie numérique, et à faire évoluer leur analyse à droit constant. Pour autant, des pistes complémentaires visant à adapter la grille d'analyse concurrentielle au niveau national ou européen peuvent également être envisagées.

## **2. Réflexion sur les adaptations possibles à droit constant**

### **2.1 Réflexion sur la notion d'abus de position dominante**

En complément des évolutions déjà initiées par les autorités de concurrence, d'autres pistes d'évolution peuvent être envisagées, à droit constant, afin de mieux appréhender les spécificités des comportements mis en œuvre par les plateformes numériques et de leurs conséquences. A cet égard, la rapidité des évolutions constatées sur les marchés, les phénomènes de « tipping » ou de « winner takes all » qui traduisent un basculement vers une situation de monopole ou de « gatekeepers », dans lequel certains acteurs contrôlent l'accès au marché pour de multiples utilisateurs posent notamment question.

Les réflexions complémentaires sur la prise en compte par les autorités de concurrence des problèmes suscités par l'économie numérique ont été nourries, au cours des derniers mois, par les débats organisés par le gouvernement français lors des Etats généraux du numérique (au cours du premier semestre 2019), par les échanges denses sur les sujets dans le cadre du REC, de l'OCDE, de l'ICN, et dans le cadre des échanges entre autorités de concurrence du G7 qui ont débouché sur l'adoption du « Common Understanding on "Competition and the Digital Economy" », ou accord commun sur « Concurrence et

---

<sup>8</sup> [Décision n°14-MC-02 du 09 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité.](#)

<sup>9</sup> [AT.39740, 27 juin 2017, Google Search \(Shopping\).](#)

<sup>10</sup> [AT.40099, 18 juillet 2018, Google Android.](#)

économie numérique » présenté le 18 juillet au sommet du G7 Finance à Chantilly<sup>11</sup>. L'Autorité a également approfondi sa réflexion en bénéficiant des contributions apportées par plusieurs rapports très riches réalisés sur ces questions en 2019<sup>12</sup>.

Une première piste pourrait consister à élargir la notion de position dominante afin d'y inclure certains acteurs en situation de quasi-dominance ou sur le point de faire basculer le marché. Tel est le cas des plateformes dites « structurantes » qui détiennent un pouvoir de marché considérable sur le marché sur lequel elles interviennent à titre principal mais également sur des marchés voisins, en raison de leur statut de « contrôleur d'accès » (« gatekeeper ») (voir point 3 ci-dessous).

Il pourrait être considéré, à droit constant, qu'il s'agit d'une nouvelle forme de position dominante. Les concepts classiques du droit de la concurrence peuvent, en effet, paraître mal adaptés face à des acteurs intervenant sur des marchés multifaces, ayant un caractère nouveau, et sur lesquels plusieurs plateformes de taille plus ou moins équivalentes peuvent être présentes.

A cet égard, l'Autorité se félicite de l'ouverture du réexamen des critères de définition des marchés pertinents, annoncé par la Commission européenne. Cette réflexion permettra, notamment, de s'assurer que la grille d'analyse appliquée permet de bien appréhender le fonctionnement de l'économie numérique.

L'Autorité souhaite par ailleurs poursuivre son travail d'analyse sur le rôle des données et des communautés d'utilisateurs dans l'économie numérique<sup>13</sup>. La compréhension de la valeur et de l'importance des données et des communautés d'utilisateurs est fondamentale pour les autorités de concurrence. Elle permet d'apprécier à la fois l'avantage concurrentiel que l'accès aux données et la constitution de communautés d'utilisateurs peuvent conférer aux plateformes et la mesure selon laquelle ces deux éléments peuvent constituer une barrière à l'entrée, ou un avantage non répliquable par les nouveaux entrants.

Une deuxième piste de réflexion porte sur la redéfinition de la notion d'infrastructure essentielle ou son adaptation à l'économie numérique. Cette notion connaît en effet un intérêt renouvelé dans l'économie numérique, en raison du caractère incontournable de certaines bases de données, communautés d'utilisateurs ou écosystèmes. Une réflexion semble utile pour déterminer s'il faut assouplir le standard applicable à la notion d'infrastructure essentielle ou développer un nouveau standard afin de qualifier ces actifs « incontournables ». L'un des points à prendre en compte dans cette réflexion tiendrait aux éventuelles difficultés d'accès mises en avant par des acteurs tiers (clients, utilisateurs de ces plateformes ou bases de données). Une autre dimension du problème pourrait être la nécessité d'assurer l'interopérabilité des modes d'accès à ces plateformes ou bases de données. Enfin, ces réflexions devront veiller à préserver un cadre favorable à l'innovation.

---

<sup>11</sup> [Accord sur une vision commune des autorités de concurrence du G7 sur "Concurrence et économie numérique", Paris, 5 juin 2019.](#)

<sup>12</sup> [Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, mars 2019](#) ; [Competition Policy for the digital Era, Final report, J. Crémer, Y.-A. de Montjoye, H. Schweitzer, mai 2019](#) ; [Stigler Committee on Digital Platforms, report, juillet 2019](#) ; [Digital platforms inquiry, Final report, 26 juillet 2019](#) ; [Autoridade de concorrência, Digital ecosystems, Big Data and Algorithms, juillet 2019](#) ; [Competition & Markets Authority, Online platforms and digital advertising, Market study interim report, décembre 2019.](#)

<sup>13</sup> L'Autorité a mené plusieurs études qui lui permettent de nourrir son analyse notamment sur la place des données dans la qualification de la position des acteurs et des éventuels abus (voir notamment l'[étude réalisée conjointement avec le BKA sur le big data](#), en mai 2016, l'[avis n°18-A-03 sur la publicité en ligne du 6 mars 2018](#) et l'[étude menée conjointement avec le BKA sur les algorithmes de novembre 2019](#)).

## 2.2 Réflexion sur les outils procéduraux des autorités de concurrence

En parallèle de la mise à jour de sa grille d'analyse, certaines améliorations des outils procéduraux pourraient également être envisagées afin d'accélérer encore la mise en œuvre du droit de la concurrence et l'intervention des autorités de concurrence. L'Autorité dispose d'ores et déjà d'outils qui lui permettent d'intervenir dans un délai très bref. D'une part, l'Autorité peut avoir recours aux mesures conservatoires pour prévenir un dommage imminent, en cas d'atteinte grave et immédiate aux intérêts d'un secteur économique, d'une entreprise ou des consommateurs ou au fonctionnement de la concurrence sur le marché<sup>14</sup>. D'autre part, l'Autorité peut, lorsqu'elle est saisie, identifier des préoccupations de concurrence et rendre obligatoire les engagements proposés par l'entreprise concernée pour y répondre<sup>15</sup>.

La procédure d'engagements peut, dans certaines hypothèses, résoudre rapidement des difficultés dès lors que les entreprises concernées sont disposées à modifier leur comportement et à changer par exemple des pratiques internes<sup>16</sup>, des dispositions contractuelles<sup>17</sup>, leur politique tarifaire<sup>18</sup> ou leur organisation interne<sup>19</sup>. Les procédures de mesures conservatoires et d'engagement peuvent d'ailleurs être combinées pour lever, rapidement et de façon durable, des préoccupations de concurrence issues d'une atteinte grave et immédiate au fonctionnement concurrentiel d'un marché.

L'adoption de la directive ECN+ comporte, par ailleurs, des avancées essentielles, en généralisant le recours aux mesures conservatoires par les autorités de concurrence européennes et en leur permettant de se saisir d'office en vue du prononcé de telles mesures<sup>20</sup>. Cette nouvelle disposition confèrera à l'Autorité la possibilité d'agir très rapidement dès la détection d'un abus et sans attendre les plaintes d'opérateurs, qui sont souvent réticents à saisir l'Autorité de pratiques mises en œuvre par des acteurs

---

<sup>14</sup> [Décision n°14-MC-02 précitée](#) : décision par laquelle l'Autorité a imposé l'accès aux concurrents aux données détenues par l'opérateur historique dominant sur le marché du gaz. Voir également [décision n°19-MC-01 du 31 janvier 2019 Amadeus/Google](#) dans laquelle l'Autorité a imposé à Google de clarifier les règles applicables aux services payants de renseignement par voie électronique.

<sup>15</sup> Engagements Nespresso précitées (2014) : communication des informations relatives aux modifications techniques, mise à disposition de prototypes de machines, désignation d'un tiers de confiance

<sup>16</sup> Voir, par exemple, [décision n°10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur internet](#) dans laquelle Google s'est engagée à rendre plus transparent et prévisible pour les annonceurs le fonctionnement de son service AdWords concernant les dispositifs de contournement des contrôles routiers en France ; voir également [décision n°18-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la commercialisation des décodeurs de signaux de télévision par satellite](#).

<sup>17</sup> Voir, par exemple, la [décision n°17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie](#) dans le secteur de l'énergie dans laquelle Engie s'est engagée à modifier ses contrats conclus avec les copropriétés.

<sup>18</sup> Voir par exemple, la [décision n°13-D-17 du 20 septembre 2013 relative à des pratiques de MasterCard relevées dans le secteur des cartes de paiement](#) dans laquelle MasterCard et Visa ont proposé des engagements se traduisant par la baisse de leurs commissions ; voir également [décision n° 17-D-16 du 7 septembre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Engie dans le secteur de l'énergie](#) précitée.

<sup>19</sup> Voir, par exemple, la [décision n°17-D-09 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Institut national de recherches archéologiques préventives dans le secteur de l'archéologie préventive](#) dans laquelle l'Autorité a accepté les engagements proposés par l'Inrap visant à établir une séparation comptable entre ses missions de service public et ses activités concurrentielles.

<sup>20</sup> [Directive 2019/1 du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur](#).



dominants, par peur de représailles ou faute des moyens leur permettant d'engager des procédures complexes.

Au-delà de ces avancées, une réflexion pourrait être engagée sur les moyens de favoriser encore le recours à cet outil à l'échelle européenne. Une première option qui a été envisagée pourrait consister à modifier le standard applicable au prononcé de mesures conservatoires par la Commission européenne, en retenant par exemple le critère applicable en droit français. Une deuxième option pourrait consister à autoriser les parties à saisir l'Autorité d'une demande de mesure conservatoire, dès avant la saisine au fond, celle-ci étant régularisée ensuite.

### **3. Réflexions sur la mise en place de dispositions concernant spécifiquement les opérateurs dits « structurants »**

Il pourrait, par ailleurs, être envisagé de compléter le droit de la concurrence, au niveau national ou européen, par un mécanisme permettant d'intervenir sur les comportements nuisibles à la concurrence mis en œuvre par les opérateurs dits « structurants ».

Il existe, de manière générale, un besoin de clarification dans le débat actuel afin d'opter entre différentes notions proposées par différents rapports et participants au débat général sur les plateformes.

L'Autorité s'est inspirée des travaux et initiatives menés sur le sujet au cours des derniers mois afin de proposer une définition juridique de ces acteurs, qui peuvent être regroupés sous le terme de « plateformes numériques structurantes ». Les développements qui suivent s'inspirent plus particulièrement des réflexions menées par le rapport des experts de la Commission européenne<sup>21</sup>, le rapport du Trésor britannique<sup>22</sup> et le rapport Stigler<sup>23</sup> ainsi que des initiatives des autorités du Benelux<sup>24</sup> et du projet de loi actuellement discuté en Allemagne<sup>25</sup>.

Parmi les nombreuses propositions formulées, celle permettant aux autorités de concurrence d'intervenir rapidement et en amont sur les risques de distorsions de concurrence mis en œuvre par ces acteurs « structurants » pourrait constituer un ajout utile à la réglementation, et mérite d'être examinée. Un tel mécanisme pourrait permettre d'apporter des réponses adaptées à chaque situation, en tenant compte des particularités de chaque plateforme structurante et de leur modèle d'affaires.

La mise en place de ce mécanisme passe dans un premier temps par l'identification des acteurs ayant une position « structurante » sur le marché, au moyen de critères préalablement définis.

La définition d'une plateforme « structurante » proposée par l'Autorité s'articulerait en trois temps. La première partie de la définition vise à appréhender les entreprises ayant une activité d'intermédiation en ligne. La deuxième partie définit le caractère stratégique de leur comportement pour leur marché dominé mais également pour d'autres marchés. Cette partie renvoie aux éléments qui caractérisent leur pouvoir de marché et qui leur

---

<sup>21</sup> Competition Policy for the digital Era, Final report, mai 2019, précité.

<sup>22</sup> Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel, mars 2019, précité.

<sup>23</sup> Stigler Committee on Digital Platforms, report, juillet 2019, précité.

<sup>24</sup> [Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world, 2 octobre 2019.](#)

<sup>25</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz), 24 janvier 2020.

permet de jouer un rôle dans l'accès à certains marchés (rôle de « gatekeeper ») et sur le fonctionnement de certains marchés (rôle de « régulateur »). La troisième partie renvoie à l'importance que ces plateformes jouent pour les acteurs des marchés (notamment le caractère incontournable de ces acteurs pour accéder à certains marchés), qu'ils soient des concurrents, des utilisateurs de leurs services ou des entreprises tierces, qui doivent accéder aux services proposés par ces plateformes structurantes pour développer leurs propres activités.

Cette définition générale pourra être complétée par des lignes directrices permettant de préciser chacun des trois temps de la définition et en particulier la manière dont est appréciée l'importance de l'opérateur au regard de sa taille, sa capacité financière, sa communauté d'utilisateurs et/ou des données qu'elle détient.

Une plateforme numérique structurante pourrait ainsi être définie comme :

- 1) Une entreprise qui fournit en ligne des services d'intermédiation, en vue d'échanger, acheter ou vendre des biens, des contenus ou des services, et
- 2) Qui détient un pouvoir de marché structurant
  - a) En raison de l'importance de sa taille, sa capacité financière, sa communauté d'utilisateurs et/ou des données qu'elle détient,
  - b) Lui permettant de contrôler l'accès ou d'affecter de manière significative le fonctionnement du ou des marchés sur lesquels elle intervient,
- 3) A l'égard de ses concurrents, de ses utilisateurs et/ou des entreprises tierces qui dépendent pour leur activité économique de l'accès aux services qu'elle offre.

L'Autorité estime qu'il pourrait être intéressant d'établir une liste de pratiques soulevant des préoccupations de concurrence propres à ces acteurs. La justification d'une telle liste résiderait dans le fait que certaines pratiques ont un effet anticoncurrentiel démultiplié dans ce contexte en raison du pouvoir de marché important détenu par leur auteur.

Cette liste, non exhaustive, pourrait viser les pratiques qui consistent pour ces plateformes à :

- discriminer les produits ou services concurrents utilisant leurs services ;
- entraver l'accès aux marchés sur lesquels elles ne sont pas dominantes ou structurantes ;
- utiliser des données sur un marché dominé pour en rendre l'accès plus difficile ;
- rendre l'interopérabilité des produits ou services plus difficile ;
- rendre la portabilité des données plus difficile ;
- entraver le recours à la multidomiciliation (« multihoming »).

Dans l'hypothèse où l'une de ces pratiques serait mise en œuvre par un acteur structurant, l'autorité de concurrence pourrait, au cas par cas, soit accepter et rendre obligatoire des engagements, soit enjoindre à l'entreprise concernée de modifier son comportement afin de répondre à la préoccupation de concurrence identifiée, sous astreinte le cas échéant. L'autorité de concurrence pourrait également prononcer l'interdiction de cette pratique pour le futur.

En cas de non-respect par l'opérateur concerné des engagements pris ou de l'injonction prononcée, il pourrait être envisagé d'engager à ce titre une procédure à son encontre,



conformément, par exemple, à la procédure prévue en droit français par l'article L. 464-3 du code de commerce.

Dans l'hypothèse où l'une de ces pratiques serait mise en œuvre par un acteur structurant et serait susceptible de soulever des préoccupations de concurrence, il appartiendrait aux entreprises en cause de démontrer, si elles ne souhaitent pas se plier à la mesure envisagée, que leurs pratiques sont objectivement justifiées par des gains d'efficacité. Ce renversement de la charge de la preuve permettrait ainsi de gagner en rapidité, pour corriger toute distorsion de concurrence le plus rapidement possible après son apparition.

Ce dispositif pourrait présenter l'avantage d'être proportionné et évolutif, fondé sur une analyse « au cas par cas », en évitant ainsi certains écueils qui peuvent découler d'une réglementation définie de façon générale et permanente, *ex ante*. Celle-ci peut, en effet, dans certains cas, courir le risque d'être rigide ou peu évolutive, ou encore celui de soumettre des acteurs de petite taille à des obligations considérables, voire disproportionnées.

La mise en place d'un tel outil devrait être envisagée en priorité au niveau de la Commission européenne qui est la mieux placée pour appréhender les pratiques ayant une dimension européenne. A défaut, cet outil pourrait également être envisagé au niveau national.

## II. LE CONTROLE DES CONCENTRATIONS DANS L'ECONOMIE NUMERIQUE

### 1. Les difficultés actuelles en termes de notification et d'analyse concurrentielle des opérations de concentration

#### 1.1 L'absence de contrôle des opérations en dessous des seuils soulevant des préoccupations de concurrence

Les nombreuses opérations réalisées par les géants du numérique ont révélé l'existence d'un vide juridique faisant échapper plusieurs opérations de fusion-acquisition au contrôle des autorités de concurrence dans les cas où elles concernaient un acteur innovant « naissant » ou n'ayant pas encore monétisé son innovation. Dans un tel cas de figure, la valeur de l'entreprise cible n'est, en effet, pas reflétée par le chiffre d'affaires qu'elle réalise et les seuils de notification ne sont le plus souvent pas franchis.

Depuis 2008, Google a acquis 168 entreprises, dont beaucoup étaient des concurrents potentiels (Waze pour les services de navigation, YouTube pour les vidéos, DoubleClick et AdMob dans la publicité en ligne)<sup>26</sup>. Facebook a quant à elle absorbé 71 entreprises (parmi les plus importantes, Instagram en 2012 et WhatsApp en 2014)<sup>27</sup>. Alors même que WhatsApp ne générait que des revenus faibles à l'époque, elle a été rachetée par Facebook pour 16 milliards de dollars.

Ces acquisitions permettent le plus souvent d'intégrer l'activité de jeunes *start-up* à l'écosystème de l'acquéreur. Elles peuvent également avoir pour objectif d'acquérir une communauté d'utilisateurs potentiels (Facebook/WhatsApp) ou des compétences techniques ou humaines rares sur le marché. Ces acquisitions peuvent ainsi avoir, sinon pour objectif, du moins pour effet d'assécher le marché du travail alors que les ressources humaines expertes disponibles sont souvent rares et précieuses.

<sup>26</sup> [Lear Lab, Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Market, Final report, 9 May 2019.](#)

<sup>27</sup> *Ibid.*

Par cette politique d'acquisition très intensive, certains acteurs pourraient de façon effective freiner l'apparition de concurrents potentiels qui auraient pu proposer au consommateur une alternative. Ces opérations d'acquisition réalisées « sous les seuils » peuvent faire craindre une appropriation de l'innovation par certains acteurs dominants qui pourrait être dommageable pour l'économie, faute de contrôle effectif de la part des autorités de concurrence.

Il convient de préciser que la problématique identifiée ne se limite pas aux seules « acquisitions prédatrices » *stricto sensu*. La notion d'acquisition prédatrice vise les cas où un acteur dominant ou structurant dans le domaine numérique fait l'acquisition d'un acteur innovant afin d'opérer une croissance externe qui a pour conséquence ou pour objectif d'empêcher l'émergence d'un concurrent potentiel et « d'éliminer » celui-ci ou les produits ou services qu'il développait. Les cas identifiés par la recherche universitaire, dans le domaine pharmaceutique notamment, se traduisent par la disparition ou la mise en sommeil du concurrent, et assèchent ainsi une source d'innovation qui aurait pu bénéficier à la dynamique concurrentielle et au consommateur.

Cependant, le terme d'acquisition prédatrice ne décrit qu'imparfaitement le problème que l'Autorité identifie. En effet dans de nombreux cas, l'acquéreur ne « tue » pas la cible, comme dans les cas des *killer acquisitions*, mais au contraire la conserve et développe fortement son activité : les exemples de WhatsApp et Instagram rachetés par Facebook, ou de Double Click et YouTube rachetés par Google, sont à cet égard particulièrement parlants, ces entités ayant connu un développement notable après leur rachat, et contribuant de façon très significative au succès de leurs acquéreurs.

Il peut donc y avoir plusieurs configurations différentes : l'acquisition d'un concurrent pour l'éliminer ou le mettre en sommeil ou l'acquisition d'une entreprise qui vient renforcer la position de l'acquéreur sur un même marché ou des marchés voisins. Aujourd'hui, ces politiques d'acquisition qui ne sont soumises à quasiment aucun contrôle permettent à certains acteurs d'accroître leurs positions sur le marché : on peut parler d'acquisitions « consolidantes » ou « englobantes ». Ces acquisitions peuvent leur permettre de renforcer leur dominance sur leur marché principal et/ou sur un marché voisin.

## **1.2 L'analyse concurrentielle confrontée aux caractéristiques de l'économie numérique**

Au-delà de la question de savoir comment ces opérations peuvent être notifiées aux autorités de concurrence, l'Autorité estime également utile de mener une réflexion sur l'analyse concurrentielle qui leur est appliquée. Les autorités de concurrence sont confrontées à plusieurs difficultés dans l'analyse des opérations dans l'économie numérique.

Tout d'abord, les problématiques portent rarement sur des chevauchements horizontaux d'activités entre la cible et l'acquéreur. Le plus souvent, l'entreprise cible n'opère pas sur le même marché que l'acquéreur ou bien l'acquéreur ne dispose que d'une part de marché limitée sur ce dernier.

Comme nous l'avons évoqué à propos de la position dominante, l'adaptation de l'analyse concurrentielle nécessite de mener une analyse des effets congloméraux potentiels qui peut s'avérer complexe, à plus forte raison dans des marchés naissants et très évolutifs.

En outre, le contrôle des concentrations est un exercice d'analyse *ex ante* qui exige une analyse prospective de la part des autorités de concurrence. L'anticipation des évolutions

du ou des marchés concernés peut s'avérer difficile et il est possible de s'interroger sur la pertinence de l'horizon temporel de l'analyse retenu jusqu'à alors (classiquement de trois à cinq ans).

## **2. Réflexion sur les adaptations possibles à droit constant**

### **2.1 La mise à jour des critères de l'analyse concurrentielle**

L'Autorité a d'ores et déjà pris en considération certaines spécificités de l'économie numérique dans le contrôle des concentrations.

Ainsi, l'Autorité a pris en compte la concurrence potentielle de plateformes numériques comme Google, Amazon et Facebook sur le marché des annonces immobilières en ligne en examinant leur capacité à pénétrer ce marché en faisant levier de leur notoriété et de leur audience sur leur marché principal<sup>28</sup>.

L'Autorité, comme la plupart des autorités de concurrence confrontées à des opérations de concentration dans l'économie numérique, envisage par ailleurs d'ores et déjà l'impact de l'opération sur les différents paramètres pertinents pour le consommateur, sans se limiter aux effets sur les prix. L'impact d'une concentration sur le pluralisme et la diversité a ainsi pu être identifié par l'Autorité dans des décisions passées comme un effet non-tarifaire pertinent à prendre en compte lors de l'examen de projets d'acquisitions dans le secteur de la culture et des médias<sup>29</sup>. Dans le secteur du commerce de détail, l'Autorité a eu de même l'occasion de placer l'intérêt du consommateur au centre de l'analyse concurrentielle, en s'attachant à examiner, au titre des effets non tarifaires, la question de l'impact de l'opération proposée sur la qualité de service<sup>30</sup>.

L'Autorité s'interroge également sur la pertinence du champ temporel de l'analyse actuelle qui pourrait être allongé.

Enfin, une réflexion approfondie est engagée sur le rôle des données et des communautés d'utilisateurs. La collecte, la détention et l'exploitation de vastes masses de données et la constitution de communautés d'utilisateurs très importantes confèrent aux géants du numérique un pouvoir de marché sans précédent. La détention de certaines données peut permettre d'étendre ce pouvoir de marché à des marchés voisins sur lesquels elles confèrent un avantage concurrentiel dans la fourniture de services/produits complémentaires.

Lors du contrôle des concentrations, les autorités de concurrence devraient ainsi être particulièrement vigilantes sur ce sujet et affiner les outils d'analyse de la puissance de marché issue de la détention de données ou de larges communautés d'utilisateurs. Cette vigilance devrait être d'autant plus grande lorsque ces deux caractéristiques sont au cœur du modèle d'affaires de l'acquéreur.

---

<sup>28</sup> [Décision n°18-DCC-18 du 1er février 2018 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer.](#)

<sup>29</sup> [Décision n°12-DCC-100 du 23 juillet 2012 relative à la prise de contrôle exclusif de TPS et CanalSatellite par Vivendi et Groupe Canal Plus.](#)

<sup>30</sup> [Décision n°16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac.](#)

## 2.2 Une meilleure utilisation des outils déjà existants

### a) *Le recours aux engagements comportementaux*

A droit constant, les remèdes comportementaux peuvent constituer des outils très efficaces permettant de restaurer les conditions d'une concurrence effective, à condition qu'ils soient proportionnés et d'une durée suffisante.

Une réflexion sur un usage plus large de tels outils dans l'économie numérique pourrait être menée, en complément du recours à remèdes structurels lorsque ceux-ci sont les mieux adaptés.

Afin de nourrir la réflexion collective sur ce point, la récente étude de l'Autorité sur les engagements comportementaux présente une analyse rétrospective de la pratique décisionnelle et de la jurisprudence française en la matière, qui montre la diversité de remèdes comportementaux pouvant être envisagés, avec leurs avantages et inconvénients par rapport aux remèdes structurels<sup>31</sup>.

### b) *L'application de l'article 22 du règlement 139/2004*

Une autre piste intéressante pourrait consister à recourir plus fréquemment au mécanisme prévu à l'article 22 du règlement 139/2004 sur les concentrations. Cet article permet à une autorité nationale de concurrence de renvoyer à la Commission une opération de concentration qui ne serait pas de dimension européenne mais qui affecterait le commerce entre États membres et menacerait d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui forment cette demande<sup>32</sup>.

Ce mécanisme n'est pas ou peu utilisé actuellement. L'Autorité estime que le recours au renvoi prévu par ces dispositions permettrait aux autorités nationales de solliciter le renvoi à la Commission européenne pour examen d'un nombre limité d'opérations de concentration sous les seuils mais soulevant des enjeux concurrentiels forts. Cette option présenterait l'avantage de pouvoir être réalisée à droit constant et de s'inscrire dans le cadre du dialogue existant entre les autorités nationales de concurrence et la Commission européenne pour l'examen des opérations de concentration notifiables.

## 3. **L'introduction de mécanismes de contrôle des concentrations spécifiques à l'économie numérique**

En l'état actuel du droit, ni la Commission européenne, ni l'Autorité ne disposent de seuils spécifiques concernant les acquisitions prédatrices ou « consolidantes » dans l'économie numérique.

L'opération Facebook/WhatsApp n'a ainsi fait l'objet d'une notification auprès de la Commission européenne qu'en raison de seuils en parts de marché existants dans différents pays européens (Espagne, Chypre, Royaume-Uni) dans lesquels l'opération était notifiable et dont les autorités de concurrence ont renvoyé ce cas à la Commission européenne.

---

<sup>31</sup> [Les engagements comportementaux, Collection Les Essentiels, La Documentation française, janvier 2020.](#)

<sup>32</sup> Article 22 du règlement 139/2004 : « Un ou plusieurs États membres peuvent demander à la Commission d'examiner toute concentration, telle que définie à l'article 3, qui n'est pas de dimension communautaire au sens de l'article 1er, mais qui affecte le commerce entre États membres et menace d'affecter de manière significative la concurrence sur le territoire du ou des États membres qui forment cette demande ».

Il existe ainsi un vide juridique qui doit être résorbé pour permettre *a minima* que ces opérations soient examinées par la Commission européenne et/ou les autorités nationales de concurrence dont les marchés seraient affectés.

Afin d'apporter une réponse homogène et éviter les distorsions au sein du marché intérieur, il paraît préférable que ce débat ait lieu au niveau européen. Cela n'empêche pas néanmoins que ce point soit également discuté au niveau national, comme cela a pu être le cas en Allemagne, en Autriche de même qu'en France où l'Autorité a déjà mené deux consultations publiques sur le sujet<sup>33</sup>.

Afin de remédier à cette difficulté, l'Autorité propose un double mécanisme.

En premier lieu, l'Autorité propose la mise en place d'une obligation d'information de la Commission et/ou des autorités de concurrence concernées de toutes les concentrations au sens de l'article 3 du règlement n°139/2004 mises en œuvre sur le territoire européen par des entreprises « structurantes ».

Cette information constituerait une obligation assez légère qui éviterait de soumettre les entreprises concernées à une contrainte disproportionnée et ne concernerait qu'une liste d'acteurs bien définis selon des critères objectifs. Dans les cas où une opération de concentration mise en œuvre par un de ces acteurs préalablement identifiés pourrait comporter des risques concurrentiels, la Commission européenne ou les autorités nationales de concurrence concernées pourraient alors demander à ce qu'elle leur soit notifiée afin d'être examinée dans le cadre du contrôle des opérations de concentrations.

En second lieu, l'Autorité propose d'ajouter aux seuils actuels de notification obligatoire, un mécanisme de notification pouvant être mis en œuvre à l'initiative d'une autorité de concurrence, sur la base d'une veille concurrentielle. Ce système existe dans plusieurs pays européens (Estonie, Hongrie, Irlande, Lituanie, Norvège, Suède) ainsi qu'aux États-Unis ou encore au Japon.

Selon ce mécanisme, l'autorité de concurrence pourrait enjoindre aux parties de notifier une opération de concentration, de manière *ex ante* ou *ex post*, lorsque les trois conditions suivantes seraient réunies :

- L'ensemble des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration réalise un chiffre d'affaires total mondial supérieur à 150 millions d'euros ;
- L'opération soulève des préoccupations substantielles de concurrence identifiées sur le territoire concerné et, le cas échéant ;
- L'opération ne relève pas de la compétence de la Commission européenne.

Afin de garantir la sécurité juridique des entreprises, l'Autorité suggère de préciser la notion de « préoccupations substantielles de concurrence » ainsi que la procédure applicable dans des lignes directrices.

A cet égard, la question des délais requiert une attention particulière. Il pourrait être envisagé un délai de douze mois, au terme duquel l'intervention *ex post* ne serait plus possible. L'examen de la notification par l'autorité de concurrence se ferait quant à lui dans un délai contraint, qui serait identique à celui déjà prévu dans le cadre de la

---

<sup>33</sup> [Consultations publiques du 20 octobre 2017 sur la modernisation et simplification du contrôle des concentrations et du 7 juin 2018 sur le projet d'introduction d'un mécanisme de contrôle ex-post des concentrations.](#)

procédure de notification classique prévue par le règlement n°139/2004 ou par les dispositions nationales, le cas échéant.

Un autre point d'attention serait la possibilité pour les entreprises concernées de notifier volontairement ces opérations de concentration aux autorités de concurrence concernées, afin de lever les doutes sur une éventuelle intervention de l'Autorité.