

« NEW FRONTIERS OF ANTITRUST – DEMAIN, LA CONCURRENCE »

Conférence annuelle de la revue *Concurrences*

Discours de clôture de Benoît Cœuré, président de l’Autorité de la concurrence

Mardi 21 juin 2022

Je vous remercie de m’accueillir pour cette nouvelle édition de « Demain la concurrence », un événement majeur qui permet un large rassemblement de la communauté de la concurrence.

Le début de l’été est le moment où les institutions font le bilan de leur action passée et se donnent une feuille de route pour l’avenir. Sans déflorer le rapport annuel de l’Autorité de la concurrence, qui sera présenté le 6 juillet, je voudrais partager avec vous ce soir la feuille de route de l’Autorité en esquissant une méthode que je crois nécessaire et fertile : partir d’une préoccupation partagée par nos concitoyens et montrer comment l’Autorité de la concurrence peut, dans le cadre du mandat que le législateur lui a confié, contribuer à l’action collective et aboutir à des résultats concrets.

Cette préoccupation, c’est le pouvoir d’achat.

1. CONCURRENCE ET POUVOIR D’ACHAT : DE LA THÉORIE A LA PRATIQUE

Le débat sur l’impact macroéconomique de la politique de concurrence a récemment ressurgi. Ce débat porte notamment sur la relation entre pouvoir de marché et inflation, dans un contexte de retour de l’inflation. En mai 2022, l’inflation mesurée en glissement annuel atteignait 5,2% en France, 8,1% dans la zone euro et 8,6% aux Etats-Unis, au plus haut depuis la fin des années 1980.

1.1 *Les termes du débat*

Ne nous y trompons pas : la cause première de l’inflation n’est pas un défaut de concurrence dans l’économie. La flambée actuelle des prix provient essentiellement du déficit d’offre productive et des goulots d’étranglement hérités de la pandémie de Covid-19, auxquels s’ajoutent depuis quelques mois la hausse en flèche du coût des intrants – matières premières énergétiques et alimentaires – depuis le début de la guerre en Ukraine, qui se diffuse progressivement à l’ensemble de l’économie.¹

Le débat est ouvert entre économistes sur ces questions et je souhaiterais d’ailleurs qu’il soit aussi actif en France qu’aux Etats-Unis. Il est utile de différencier l’impact de l’intensité concurrentielle sur le *niveau* des prix, qui est un phénomène de long terme, de son impact sur leur *variation*, seul pertinent pour l’analyse de court terme. Je pense en particulier à la manière dont les structures de marché influencent la transmission aux consommateurs des chocs de coûts (« *pass-through* »). Selon une étude récente d’économistes de la Fed de Boston, l’économie américaine est de 50% plus concentrée aujourd’hui qu’en 2005 et la transmission des chocs de

¹ Pour une analyse détaillée des causes de l’inflation actuelle, voir le rapport économique annuel de la Banque des règlements internationaux : « Inflation: a look under the hood », BIS Annual Economic Report, Chapter II, June 2022, <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2022e2.pdf>.

coûts aux prix finaux est significativement plus élevée dans les industries qui ont contribué à cette augmentation.²

A court terme, la contribution de l'*antitrust* ne peut être que limitée, sauf à mettre en évidence d'éventuels comportements anticoncurrentiels qui amplifieraient la hausse des prix. Il est par exemple possible que certaines entreprises soient tentées de profiter d'un effet d'aubaine pour augmenter de manière excessive leurs prix en s'abritant derrière la nécessité de répercuter la hausse de leurs coûts de production.

A long terme, par contraste, personne ne contestera que le pouvoir de marché conduit, toutes choses égales par ailleurs, à des prix plus élevés. Le pouvoir de marché permet en effet à un acteur de maximiser son profit à un niveau plus élevé qu'en situation concurrentielle, en majorant son prix de vente au-delà de son coût marginal. Dans cette perspective, la politique de concurrence prend toute son utilité pour abaisser le niveau des prix et donc pour le pouvoir d'achat.

Aux Etats-Unis, Joseph Stiglitz a souligné l'effet délétère d'un degré trop élevé de concentration dans certains secteurs, et pas seulement dans l'économie numérique.³ Expliquant que le pouvoir de marché conduit non seulement à plus d'inflation mais « à une économie inefficace, à davantage d'inégalités et à une moindre résilience », Stiglitz défend l'idée qu'un droit *antitrust* libéré des considérations politiques peut prévenir cette concentration du pouvoir économique.

Cette causalité entre concentration et *niveau* des prix n'est pas contestée⁴ mais ne saurait expliquer l'*accélération* de ceux-ci, tant il est improbable que le pouvoir de marché des entreprises américaines ait bondi au cours de l'année écoulée. En outre, la contribution des autorités de concurrence est débattue. Lawrence Summers a par exemple mis en garde contre une approche qui considérerait par principe que « *big is bad* » et noté que des politiques qui s'attaqueraient aux entreprises à raison de leur taille empêcheraient celles-ci d'exploiter les économies d'échelle et pénaliseraient les entreprises « superstars », allant jusqu'à suggérer que ces politiques auraient finalement un effet inflationniste⁵. Dès lors, il faut encourager l'innovation et la libre entrée sur les marchés (« protéger la concurrence ») et non des acteurs particuliers (« protéger les concurrents »).

Pour être pertinent, ce débat doit prendre en compte la spécificité des mécanismes économiques actuels, et en particulier des activités reposant sur la collecte et l'utilisation des données. Dans ces domaines, l'expansion des acteurs ne connaît pratiquement pas de borne. Le coût nul ou quasi-nul de la production d'une unité supplémentaire ou de la fourniture du service à un client supplémentaire, que l'on observe par exemple pour des biens immatériels comme le *streaming* musical, supprime de fait le point de bascule (« *tipping point* ») vers des rendements décroissants, ainsi que toute notion de raréfaction du produit ou du service, comme c'est le cas sur un marché physique.

² F. Bräuning, J. Fillat, G. Joaquim, « Cost-Price Relationships in a Concentrated Economy », Federal Reserve Bank of Boston Research Department, Current Policy Perspectives, 2022 Series, 23 May 2022.

³ J. Stiglitz, fil Twitter, 31 mai 2022, <https://twitter.com/JosephEStiglitz/status/1531658125035679745>.

⁴ Voir également Th. Philippon, *Les gagnants de la concurrence*, traduit par Ch. Matousovsky, Le Seuil, 2022.

⁵ <https://www.promarket.org/2022/06/06/larry-summers-cautions-antitrust-regulators-against-broad-brush-policy/>

L'appréhension par le droit de la concurrence des pratiques mises en œuvre par ces acteurs ultra-dominants requiert donc un effort d'adaptation. Il en est de même de l'affirmation, énoncée dans le cadre de ce même débat, selon laquelle le droit *antitrust* doit sauvegarder le fonctionnement concurrentiel, et non les concurrents eux-mêmes. Les marchés numériques peuvent ici aussi présenter des spécificités. Des pratiques s'y développent, qui ne consistent pas tant dans l'éviction de rivaux qu'en l'exploitation abusive de la dépendance des utilisateurs, notamment par l'auto-préférence (« *self-preferencing* ») qui s'opère au détriment d'acteurs qui peuvent être tout à la fois fournisseurs et concurrents. Les informations publiées par le Wall Street Journal début juin selon lesquelles les entreprises de la *big tech* auraient dépensé plus de 36 millions de dollars en publicité pour s'opposer à un projet de loi prohibant l'auto-préférence⁶ montrent l'importance de ces pratiques pour leur modèle économique.

1.2 Quel rôle pour l'Autorité de la concurrence ? La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

Même si le manque de concurrence n'est pas l'explication première de l'inflation actuelle, les outils des autorités de concurrence peuvent concourir à éviter une concentration trop prononcée, à remédier aux abus des acteurs dominants et, ainsi, à combattre les rentes et rendre du pouvoir d'achat aux consommateurs. J'en donnerai ici quelques exemples issus de la pratique répressive de l'Autorité.

Par les surpris qu'ils occasionnent, les cartels ont un impact négatif direct sur le pouvoir d'achat. Quand l'Autorité démantèle des ententes entre producteurs de lessives en 2011, de produits d'hygiène et de produits d'entretien en 2014, de produits électroménagers en 2019, elle rend de l'argent aux ménages. Une étude empirique sur un large échantillon de cartels a suggéré que les hausses de prix résultant de telles pratiques atteignaient en moyenne près de 14 % en Europe.⁷ Une étude sur le cas français publiée par le FMI a de surcroît conclu que le démantèlement des cartels dans notre pays a permis une hausse de 2% de la productivité⁸.

L'Autorité a également sanctionné des cartels ayant affecté les ressources publiques et, partant, les contribuables. On peut mentionner l'affaire du cartel des panneaux de signalisation routière en 2010⁹ dans laquelle la quasi-totalité des marchés publics ont été faussés, sur l'ensemble du territoire national, pendant près de dix ans, mais aussi des affaires dans le secteur des cars scolaires¹⁰ ou plus récemment celui des ambulances¹¹.

Il ne s'agit pas uniquement des cartels. La lutte contre les abus de position dominante permet également de couper court à des comportements qui pèsent sur les comptes de l'Etat. Ainsi, entre 2013 et 2020, l'Autorité a rendu pas moins de quatre décisions sanctionnant des laboratoires pharmaceutiques pour avoir entravé, notamment au moyen de pratiques de dénigrement, l'arrivée sur le marché de génériques de leurs médicaments princeps. Or, la moindre pénétration des génériques concernés a eu des effets substantiels pour les comptes

⁶ Wall Street Journal, 9 juin 2022, cité notamment in <https://www.fool.com/investing/2022/06/09/big-tech-firms-pour-millions-into-ads-opposing-ant/>.

⁷ M. Boyer, R. Kotchoni, « How much do cartels overcharge ? », Review of Industrial Organization, 47-2, 2015, pp. 119-153..

⁸ F. Moreau, L. Panon, « Macroeconomic effects of market structure distortions – Evidence from French cartels », IMF Working Paper, May 2022.

⁹ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/10d39.pdf>

¹⁰ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/relative-des-pratiques-mises-en-oeuvre-dans-le-secteur-du-transport-scolaire-par-autocar>

¹¹ https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2022-02/22d04.pdf

publics – à titre d'exemple, en 2008, à la veille de la mise en œuvre des pratiques condamnées, le médicament sous nom commercial Plavix était le premier poste de remboursement de l'assurance-maladie en France.

1.3 L'Autorité, force de proposition : l'exemple de la mobilité au quotidien

Par les avis qu'elle rend, l'Autorité est en mesure de recommander des réformes permettant de libérer des gisements d'innovation et de croissance et d'accroître le pouvoir d'achat des consommateurs. Cette activité n'est pas nouvelle mais elle prend d'autant plus d'importance aujourd'hui que ces gains de pouvoir d'achat permettraient de compenser en partie les pertes occasionnées par l'inflation élevée.

Appliquant à nouveau la méthode esquissée plus haut, je voudrais partager avec vous quelques exemples de réformes pro-concurrentielles autour d'un thème concret et important pour les Françaises et les Français : leur mobilité au quotidien.

La libéralisation du transport par autocar a montré la voie. En préconisant une ouverture de ce marché à un plus grand nombre de liaisons et l'allègement de certaines contraintes réglementaires non justifiées, avec la fin de l'obligation dite de cabotage, l'Autorité a pu persuader les pouvoirs publics d'opérer une réforme qui, sans engager de ressources publiques, a permis de faire bénéficier les consommateurs d'un mode de transport pratique et économique, sous le contrôle d'un régulateur sectoriel indépendant.¹²

Que reste-t-il à faire aujourd'hui ?

- Le permis de conduire

C'est l'examen que passent chaque année le plus grand nombre de personnes dans notre pays. L'Autorité a eu l'occasion de formuler diverses recommandations afin de fluidifier l'organisation des épreuves, et d'en faciliter l'accès pour les utilisateurs. Par un avis de 2016, elle a émis un avis favorable¹³ à des projets de texte apportant des modifications au régime des épreuves théoriques, tout en recommandant que le prix de l'épreuve puisse varier selon la prestation, tout en étant plafonné, et que diverses démarches administratives concernant les sites d'examen ne requièrent plus une autorisation, mais une simple déclaration préalable.

L'Autorité a été suivie sur ce second point, mais pas sur le premier. Elle réitère donc sa recommandation, car cette fixation du prix par les pouvoirs publics apparaît difficilement justifiable, et qu'en toute hypothèse la qualité du service reste garantie par le fait que c'est à l'Etat qu'incombe la maîtrise du contenu et du corrigé des épreuves.

Pour l'épreuve pratique, on constate toujours, comme en 2016, de longs délais pour obtenir une place. Les conséquences économiques sont très importantes, car les candidats doivent prendre des heures de cours supplémentaires et leur accès au marché du travail en est retardé, voire empêché. L'Autorité avait critiqué la méthode d'attribution des places proposée, et recommandait de tenir compte de la réalité des besoins, par exemple au vu du nombre de candidats ayant déjà réussi l'épreuve théorique au sein de chaque auto-école. Elle avait par

¹² <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-rend-son-avis-sur-le-transport-longue-distance-regulier-par-autocar>

¹³ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-publie-trois-avis-concernant-les-modalités-de>

ailleurs recommandé la mise en place d'un système d'inscription individuelle en ligne. Cette dernière recommandation a été mise en œuvre par la loi du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique, l'inscription directe en ligne à l'examen du permis de conduire étant en cours de déploiement sur tout le territoire.

Le problème du délai d'attente reste aujourd'hui saillant – variable selon les départements, il est ordinairement de plusieurs mois. C'est pourquoi l'Autorité suggère de poursuivre les réformes déjà engagée, afin d'élargir le vivier d'agents publics examinateurs à l'épreuve pratique, sous le contrôle bien entendu des inspecteurs du permis de conduire, qui en garantissent la qualité.

- Les pièces détachées automobiles

Les pièces détachées automobiles dites « visibles » (ailes, pare-chocs, rétroviseurs...) sont protégées au titre du droit des dessins et modèles et du droit d'auteur. Seul le constructeur peut distribuer ces pièces aux différents réparateurs. Dans un avis de 2012, l'Autorité avait recommandé de lever, de façon progressive et maîtrisée, le monopole de fait des constructeurs sur ces pièces détachées, ce qui conduirait à une baisse des prix.¹⁴ Cette recommandation a été partiellement mise en œuvre par la loi « climat et résilience » du 22 août 2021, qui permet une telle ouverture progressive à la concurrence à compter de 2023.

L'Autorité se félicite de cette réforme qui s'inspire de ses recommandations, certes dix ans plus tard. John Maynard Keynes aimait remarquer que « les hommes d'action qui se croient parfaitement affranchis des influences doctrinales sont d'ordinaire les esclaves de quelque économiste passé. »¹⁵ On pourrait sans doute donner le même crédit aux autorités de concurrence. La réforme pourrait être amplifiée, et concerner plus largement l'ensemble des pièces de rechange, suivant un calendrier progressif.

- Les concessions autoroutières

A la suite de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes entre 2006 et 2013, l'Autorité avait formulé un ensemble de recommandations en vue d'améliorer la régulation du secteur des autoroutes concédées.¹⁶ Il s'agissait principalement de modifier les modalités de tarification des péages dans un sens favorable aux usagers, de renforcer la régulation des concessions autoroutières, notamment avec la création régulateur indépendant, doté d'un pouvoir de sanction, et d'améliorer les conditions de concurrence dans les appels d'offres des sociétés concessionnaires d'autoroutes.

La loi Macron de 2015 a élargi aux activités routières les compétences du régulateur alors ferroviaire, devenu l'Autorité de régulation des transports (ART), qui doit notamment rendre tous les cinq ans un rapport sur l'économie générale des conventions de délégation entre l'État et les sociétés d'autoroutes.

¹⁴ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/avis/relatif-au-fonctionnement-concurrentiel-des-secteurs-de-la-reparation-et-de-l'entretien-de>

¹⁵ J.M. Keynes, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, 1936, traduit par J. de Largentaye, Payot, 1969, p. 375.

¹⁶ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/avis/sur-le-secteur-des-autoroutes-apres-la-privatisation-des-societes-concessionnaires>

Dans son premier rapport, présenté en 2020, l'ART, faisant référence à l'avis de l'Autorité, a dressé quelques préconisations pour l'avenir, qui notamment abordent de nouveau la question de la tarification des péages. L'Autorité ne peut qu'encourager cette démarche et la poursuite des réformes.

Pour être en mesure de généraliser cette méthode et de soumettre aux pouvoirs publics des propositions concrètes telles que celles que je viens de rappeler, ma conviction est que deux exigences s'imposent à l'Autorité : d'une part, prendre en permanence le pouls de l'économie française, et d'autre part, disposer des instruments permettant d'agir vite et bien sur la base de ses analyses.

2. PRENDRE LE POULS DE L'ECONOMIE FRANCAISE

La première exigence qui s'impose à l'Autorité est de suivre au plus près les mutations de l'économie française. Ces mutations sont multiples et interdépendantes, les effets de la double crise de la pandémie de Covid-19 et de la guerre en Ukraine s'ajoutant aux tendances lourdes déjà à l'œuvre comme la numérisation de l'économie. Je prendrai ici deux exemples : d'une part l'avènement de l'économie des données, et d'autre part la contrainte de soutenabilité qui s'impose désormais aux entreprises.

2.1 Une nouvelle frontière : l'économie des données

L'essor du numérique n'a pas, en tant que tel, rendu les règles de concurrence inopérantes. Très tôt, l'Autorité a su inclure dans son analyse des opérations de concentrations la pression concurrentielle exercée par la distribution en ligne sur la vente en magasin, et continue à le faire lorsque cette inclusion est pertinente – par exemple, récemment, dans le cas du rachat de Conforama par le groupe But.¹⁷

Au-delà de la diffusion du numérique dans toutes les activités, dont les éventuels effets peuvent être, et de fait ont été, appréhendés par le droit de la concurrence, il y a des évolutions plus profondes, et qui requièrent un surcroît d'analyse. Aujourd'hui, pratiquement tout est numérique. Mais plus spécifiquement, c'est le rôle de la donnée qui s'impose comme le facteur de changement le plus substantiel, en particulier dans des secteurs que l'on n'associait pas traditionnellement au « numérique », comme l'automobile ou la santé.

Dès 2016, dans une étude conjointe avec le Bundeskartellamt, l'Autorité s'est attachée à analyser les implications et les défis qui découlent, pour les autorités de concurrence, de la collecte des données. En 2019, poursuivant cet effort coordonné, l'Autorité et son homologue allemande ont fait paraître une seconde étude qui s'est attaché à dresser un panorama des algorithmes et à étudier les problématiques concurrentielles soulevées par leur utilisation, notamment dans la constitution des ententes.¹⁸

Plus largement, les données fonctionnent comme le carburant de l'émergence des grandes plateformes. On estime que le volume de données numériques créées ou répliquées à l'échelle

¹⁷ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/rachat-de-conforama-par-le-groupe-lautorite-identifie-des-risques>

¹⁸ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/10-mai-2016-big-data> et <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/algorithmes-et-concurrence-lautorite-et-le-bundeskartellamt-publient-une>

mondiale a été multiplié par plus de trente en une décennie, passant de deux zettaoctets en 2010 à 64 zettaoctets en 2020 – un zettaoctet valant 1021 octets.¹⁹

La plupart de ces plateformes s’analysent d’un point de vue économique comme des marchés bifaces ou multifaces. Il découle de ce modèle nombre de caractéristiques qui ont des conséquences pour le fonctionnement concurrentiel, comme les effets de réseau directs et indirects (par lesquels la valeur d’un service augmente avec le nombre d’utilisateurs) qui favorisent la concentration, voire l’hégémonie par un effet « *winner takes all* », ou comme la fourniture gratuite de services d’un côté du marché biface. Les consommateurs se trouvent ordinairement du côté subventionné de ce marché. La formule selon laquelle « si c’est gratuit, c’est vous le produit » est quelque peu passée de mode, mais elle reste pertinente pour décrire ce modèle où les données collectées auprès des utilisateurs permettent à la plateforme de fonctionner.

Une autre caractéristique des plateformes tient à leur tendance à l’intégration, non seulement verticale mais aussi conglomérale, aboutissant à la constitution de vastes écosystèmes opérant sur une pluralité de marchés. La donnée a ici encore un rôle crucial, notamment en ce que l’acquisition d’une masse de données peut rendre cette offre intégrée encore plus difficile à concurrencer pour les rivaux, et créer un effet de verrouillage.

Les marchés bifaces, en tant qu’ils caractérisent le mode de fonctionnement des plateformes numériques, se sont imposés depuis plusieurs années comme la nouvelle frontière de l’*antitrust*. Je ne doute pas que la prochaine frontière sera celle de la production, de l’accumulation et de l’utilisation des données dans les industries non numériques, comme l’automobile ou la santé.

D’autres instruments peuvent, en complément des règles de concurrence, contribuer à traiter ces problématiques renouvelées dans le champ du numérique. C’est pourquoi l’Autorité se félicite de l’adoption, en un temps record, et sous présidence française, de la législation européenne sur le numérique, le *Digital Markets Act* (« DMA »).

Le DMA prend acte de la riche pratique décisionnelles des autorités de concurrence européennes vis-à-vis des grandes plateformes numériques et fixe en conséquence une série d’obligations qui viennent compléter notre propre action répressive. Les deux corpus normatifs et décisionnels ont vocation à se soutenir et se renforcer mutuellement. L’application des règles du DMA aura un effet disciplinant qui favorisera la conformité au droit de la concurrence et, réciproquement, nos propres décisions d’*antitrust* aideront à faire évoluer le DMA et à maintenir sa pertinence, en sanctionnant des comportements qui n’auraient pas déjà été couverts par ses dispositions.

Au demeurant, nos équipes ont activement contribué au processus d’élaboration du DMA, au côté de l’exécutif, et nous entretenons un dialogue dense et ouvert avec la Commission sur les conditions concrètes de sa mise en œuvre et, à cette fin, sur la coopération indispensable entre niveau européen et niveau national.

¹⁹ <https://fr.statista.com/infographie/17800/big-data-evolution-volume-donnees-numeriques-genere-dans-le-monde/>

2.2 *Le développement durable*

Un autre domaine dont les autorités de concurrence doivent prendre la mesure concerne le développement durable, qui s'impose désormais aux comportements des entreprises. L'ambition de l'Autorité est d'inscrire son action dans le cadre des objectifs fixés par la loi climat, au niveau national, et par le Pacte vert au niveau européen.

La qualité environnementale d'un bien est aujourd'hui incontestablement un paramètre de concurrence, auquel les consommateurs attachent une importance croissante. Cette évolution nous oblige. L'Autorité veillera à ce que les entreprises ne faussent pas la concurrence sur ces aspects. Nous pouvons nous référer à notre expérience du « cartel du lino », en 2017, dont les auteurs s'étaient entendu jusqu'à rédiger une véritable charte interdisant à chacun d'eux de communiquer sur les qualités environnementales de ses produits, afin d'éviter, selon leurs propres termes, un « dangereux marketing vert ».²⁰

Mais l'appréhension de ces enjeux ne passe pas seulement par une politique répressive, mais aussi par une stratégie positive qui cherche à prendre en compte l'objectif de développement durable dans l'analyse concurrentielle. Sur ce point, un travail considérable a été mené récemment sous l'égide de la Commission européenne, auquel l'Autorité a activement contribué.

Dans le contexte de la récente révision des lignes directrices horizontales, la Commission a pris l'initiative d'examiner les modalités de prise en compte d'objectifs environnementaux, en particulier quant à l'appréciation des externalités positives en matière de développement durable au regard des conditions d'exemption figurant à l'article 101(3) TFUE.²¹ Cette démarche représente une avancée certaine et apporte une clarification particulièrement utile, tant pour les entreprises concernées que pour les autorités de concurrence.

Toutes les difficultés conceptuelles ne sont pas nécessairement aplanies, s'agissant notamment des méthodes de valorisation des externalités positives hors marché, ou de l'interprétation de la « part équitable du profit » revenant aux consommateurs affectés par la restriction de concurrence. Ce débat est légitime et se poursuivra. Il importe désormais que se développe une pratique décisionnelle, et ce projet de nouvelles lignes directrices est à cet égard un atout.

Pour s'y préparer, l'Autorité renforce son expertise, par exemple avec un groupe de travail interne informel, qui associe les rapporteurs intéressés par ces sujets, pour mieux s'approprier les déterminants de l'analyse concurrentielle sur ces sujets.

3. UTILISER ACTIVEMENT NOTRE BOITE A OUTILS

Les interventions de l'Autorité, en particulier dans les deux domaines prioritaires que je viens de rappeler, font usage de l'ensemble des ses outils procéduraux. Dans cette perspective, si la transposition de la directive ECN + a eu un impact moindre pour l'Autorité que pour beaucoup d'autres autorités en Europe, elle entend mettre à profit, dès lors qu'elle l'estimera pertinent, les quelques nouvelles prérogatives qui lui ont été dévolues.

²⁰ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-sanctionne-hauteur-de-302-millions-deuros-les-trois-principaux>

²¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/fr/ip_22_1371/IP_22_1371_FR.pdf

3.1 Mettre à profit tous les instruments procéduraux dans la lutte contre les pratiques abusives des plateformes

Deux décisions récentes de l’Autorité illustrent la diversité d’approche que permet une palette d’instruments diversifiée, dès lors que l’on n’hésite pas à s’en servir : les décisions portant sur la reconnaissance par Google des droits voisins, et sur les relations entre Meta (ou Facebook) et les intermédiaires du marché de la publicité en ligne.

(i) Mesures conservatoires, sanction et engagements : Google / éditeurs et agences de presse

L’Autorité a fait montre de sa détermination dans l’affaire qui a opposé Google aux éditeurs et agences de presse pour la rémunération équitable de leurs contenus protégés, conformément à la loi transposant la directive sur les droits voisins.

L’Autorité a d’abord eu, en 2020, une utilisation volontariste de la procédure de mesures conservatoires. Elle a estimé que les pratiques de Google qui refusait de rémunérer les éditeurs de presse pour la reprise de leurs contenus, étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante, et portaient une atteinte grave et immédiate au secteur de la presse. Elle a en conséquence ordonné à Google de négocier de bonne foi avec eux les conditions de leur rémunération. L’Autorité est par ailleurs restée attentive à la bonne mise en œuvre de sa décision. C’est ainsi qu’en juillet 2021, elle a infligé à Google une sanction de 500 millions d’euros pour avoir méconnu plusieurs de ses injonctions, et lui a intimé un délai pour s’y conformer, sous peine d’astreintes.

Ce matin, l’Autorité a rendu publique sa décision au fond.²² Elle accepte et rend obligatoires les engagements proposés par Google, qui créent un cadre de négociation et de partage des informations nécessaires à une évaluation transparente de la rémunération des droits voisins.

L’évaluation préliminaire des services d’instruction relevait plusieurs préoccupations de concurrence quant au comportement de Google : conditions de transaction inéquitables, traitement discriminatoire, contournement de la loi. Les engagements de Google, plusieurs fois remaniés afin de prendre en compte les retours du test de marché et du collège de l’Autorité, sont de nature à mettre un terme à ces préoccupations.

Google s’engage ainsi expressément à négocier de bonne foi, à communiquer les informations nécessaires à l’évaluation transparente de la rémunération (y compris, sous le contrôle d’un mandataire, des informations commerciales sensibles pour Google), à la neutralité des négociations, ainsi qu’à leur donner un champ d’application élargi, quant aux éditeurs et agences de presse concernés. Google s’engage en outre à se désister de son recours contre la décision de sanction pour non-respect des injonctions, et à se soumettre à une procédure d’arbitrage en cas d’échec de la négociation avec les éditeurs. Le suivi des engagements sera effectué par un mandataire indépendant agréé par l’Autorité.

²² <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/droits-voisins-lautorite-accepte-les-engagements-de-google>

(ii) *Les premiers engagements proposés par Meta : Facebook / Criteo*

Google n'est bien entendu pas le seul acteur du numérique à appeler notre intervention. Dans le secteur de la publicité en ligne, de nouveau, la semaine passée, l'Autorité s'est distinguée avec une décision par laquelle elle a accepté, et rendu contraignants, des engagements pris par Meta en vue de mettre un terme à des pratiques susceptibles d'affecter les conditions de concurrence sur le marché de la publicité en ligne non liée aux recherches.²³

Sur ce marché, Meta est susceptible de détenir une position dominante, avec une part de marché en France de 49% en 2018 et 50% en 2019. Si l'on regarde la seule publicité en ligne sur les réseaux sociaux, alors sa part de marché était d'environ 90 % en 2019, et de 75 % en intégrant YouTube. Par ailleurs, c'est un marché caractérisé par d'importantes barrières à l'entrée et à l'expansion.

Or, le comportement de Meta, tel qu'identifié par l'Autorité, était susceptible de causer une distorsion de concurrence entre prestataires de services de publicité en ligne cherchant à placer des annonces sur l'inventaire de Meta. Il était susceptible aussi d'avoir des effets d'éviction, en affaiblissant la pression concurrentielle des intermédiaires tels que le saisissant, Criteo, dont le service de reciblage est un rival de celui développé par Meta, et ce dans un contexte de renforcement de l'intégration verticale de Meta.

C'est la première fois que Meta soumet des engagements devant une autorité de concurrence dans le cadre d'une procédure antitrust. Mis en œuvre sous le contrôle étroit d'un mandataire indépendant, ils bénéficieront directement et rapidement aux entreprises actives dans le domaine des services publicitaires en ligne. Ces engagements visent les utilisateurs des services de Meta établis en France, mais une entreprise qui entrerait dans leur champ d'application et satisferait aux conditions prévues peut bénéficier de ces avancées, sans restriction géographique. C'est une nouvelle démonstration de ce que les procédures de concurrence, et notamment les procédures négociées, sont aptes à identifier et traiter efficacement certaines des pratiques nocives des grands acteurs du numérique.

Ces exemples illustrent l'importance du choix des instruments utilisés et de leur séquençage, en fonction des comportements que l'Autorité veut sanctionner ou corriger. J'aurais pu également mentionner, dans le domaine des concentrations, l'analyse de la reprise par But de Conforama, pour laquelle nous sommes allés chercher « au fond de la boîte à outils » un instrument, l'exception de l'entreprise défaillante, qui n'avait pas été utilisée en France depuis 2005, quand le Conseil d'Etat en avait précisé les conditions très exigeantes d'utilisation.

Je ne doute pas que les nouveaux instruments accordés à l'Autorité par les textes les plus récents – procédure simplifiée à un tour de contradictoire, rejet pour défaut de priorité, mesures conservatoires *ex officio*, inscription dans le droit positif de la procédure de clémence, liberté du mode de preuve – seront utilisés dans le même esprit constructif et pragmatique.

²³ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/meta-prend-des-engagements-devant-lautorite-de-la-concurrence>

3.2 Standard de preuve des mesures d'urgence et coordination avec les autres régulateurs : Apple iOS

A la jonction des champs sectoriel et procédural, et dans une perspective institutionnelle, l'Autorité tient à s'assurer de la bonne articulation entre le droit de la concurrence et les autres objectifs de politique publique.

Pour être en phase avec le jeu des acteurs et le fonctionnement des marchés, je suis convaincu de l'importance de construire des ponts avec les régulateurs des télécoms, des transports, de l'énergie, des marchés financiers et des banques, et au premier chef de la protection des données. Cette coopération est indispensable à la qualité de notre travail. Dans le contexte d'aujourd'hui, ces deux champs réglementaires sont bien souvent en étroite interaction, compte tenu en particulier du rôle des données dans l'essor des nouveaux modèles d'affaires.

Il nous faut prendre la mesure de cette interaction et l'intégrer dans notre analyse, quand c'est pertinent. J'en prendrai un rapide exemple.

Dans une affaire concernant le système d'exploitation d'Apple, iOS, l'Autorité a rendu en mars 2021 une décision qui recherche un équilibre entre protection des données personnelles et fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne.²⁴ Nous avons été saisis par des associations représentant les acteurs de la publicité en ligne. Ils contestaient l'introduction par Apple, au moment du déploiement d'iOS14, du système dit App Tracking Transparency, qui consistait dans l'affichage d'une fenêtre demandant le consentement expresse de l'utilisateur d'une application, dès lors que celle-ci pistait ses activités sur d'autres applications ou sites internet.

L'Autorité a examiné la nécessité et de la proportionnalité des mesures mises en place par Apple, au regard de l'objectif de protection des données personnelles des utilisateurs, et s'est appuyée sur l'avis de la CNIL, dont des extraits sont cités dans sa décision.

Elle a estimé qu'il n'y avait pas lieu d'imposer les mesures conservatoires, le comportement d'Apple ne paraissant pas, en l'état, constitutive d'un abus de position dominante conduisant à imposer des conditions de transactions inéquitables aux développeurs d'applications. Mais elle a poursuivi l'examen de l'affaire au fond, pour vérifier notamment si Apple ne s'est pas appliquée des règles moins contraignantes qu'aux développeurs d'applications tierces, c'est-à-dire une pratique d'auto-préférence.

C'est la première fois que l'Autorité a retenu que « protéger la vie privée des utilisateurs » pouvait constituer un « objectif légitime », ce qui signale une avancée dans l'intégration de cette dimension dans l'analyse des autorités de concurrence. L'instruction se poursuit actuellement, toujours en coopération avec la CNIL.²⁵

* * *

²⁴ <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/ciblage-publicitaire-mise-en-place-par-apple-de-la-sollicitation-att-lautorite>

²⁵ Sur l'interaction entre droit de la concurrence et droit de la protection des données, voir mon intervention le 2 juin 2022 devant le collège de la CNIL, https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2022-06/20220608-CNIL-discours_0.pdf.

J'espère vous avoir convaincus, à travers ces exemples, que l'Autorité de la concurrence est plus que jamais fidèle à sa mission de protéger le jeu de la concurrence et, à travers celui-ci, de soutenir le pouvoir d'achat et l'innovation. Nous nous sommes fixé deux impératifs : suivre au plus près les évolutions de l'économie française et utiliser de manière active, en fonction des pratiques considérées, la palette complète de nos instruments.

Nous devons pour cela préserver notre capacité d'anticipation car, comme le disait Dag Hammarskjöld, « seul celui qui garde ses yeux fixés sur l'horizon trouvera le bon chemin ». Pour cela, notre meilleur atout est la qualité des équipes de l'Autorité et, au delà, de la communauté de la concurrence que vous représentez ici aujourd'hui.

Je vous remercie pour votre attention.