Le droit français de la concurrence,
quarante ans après l'ordonnance
du 1er décembre 1986



Joaquín Almunia

Vice-président de la Commission européenne et commissaire à la Concurrence de 2010 à 2014

Deux remarques concernant mon mandat : les aides d'État aux banques et l'affaire *Google*[1]

DG CCRF
Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes

Autorité de la concurrence

J'ai pris la direction du portefeuille de la Concurrence à la Commission européenne en février 2010, après avoir été en charge pendant près de cinq ans du portefeuille des Affaires économiques, d'abord sous la présidence de Romano Prodi, puis sous celle de José Manuel Barroso, lors de son premier mandat. Avant 2010, à la fin de mes fonctions de commissaire aux Affaires économiques, mon attention était essentiellement mobilisée par les conséquences complexes de la faillite de Lehman Brothers sur les marchés financiers et par les risques qu'elle faisait peser sur l'économie européenne. Je suivais tout particulièrement la situation de la Grèce, dont les finances publiques étaient confrontées à d'importants déséquilibres, ce que le nouveau gouvernement de George Papandreou a fini par révéler au cours de l'automne 2009.

Au cours de mes premiers mois à la tête de la Direction générale de la Concurrence (DG Concurrence), j'ai donc accordé une attention particulière au contrôle des aides d'État, alors que de nombreux États membres étaient contraints d'injecter des ressources publiques substantielles dans les banques afin de redresser leurs bilans et de permettre leur sauvetage, leur restructuration ou, dans les cas les plus graves, leur résolution. Tout au long de cette crise, l'intervention des pouvoirs publics s'est avérée essentielle pour empêcher que les crises bancaires ne deviennent systémiques. Contrairement à ce qui se produit dans d'autres secteurs économiques, les difficultés auxquelles est confrontée une banque peuvent rapidement se répercuter sur ses concurrents et ses clients, dans un climat de forte perte de confiance. Les autorités devaient donc intervenir, car les marchés ne pouvaient pas, à eux seuls, faire face à la situation sans mobiliser des ressources publiques et mettre en place plusieurs types d'interventions.

"L'intervention des pouvoirs publics s'est avérée essentielle pour empêcher que les crises bancaires ne deviennent systémiques."

À quelques rares exceptions près, les États membres de l'Union européenne ne disposaient pas d'institutions chargées de gérer et de financer ces procédures, alors même que l'utilisation d'un volume important de ressources publiques pouvait entraîner d'énormes distorsions sur le marché intérieur. La Commission a donc dû approuver, en concertation avec le Conseil ECOFIN et la Banque centrale européenne (BCE), plusieurs communications visant à établir le cadre dans lequel seraient prises les décisions visant à contrôler l'utilisation des ressources publiques, afin de limiter les distorsions de concurrence et garantir le respect des règles du marché intérieur. La première d'entre elles a été adoptée en octobre 2008, quelques semaines après la faillite de Lehman Brothers, et la dernière en août 2013.

Les aspects couverts par ces communications portaient sur divers types d'interventions impliquant l'utilisation de ressources publiques, toujours sous l'angle du contrôle des aides d'État : recapitalisation des établissements financiers, principe de proportionnalité visant à limiter le montant des aides, traitement des « actifs dépréciés », durée des aides, plans de viabilité et de restructuration, etc. La validité temporaire de ces communications a été progressivement prolongée jusqu'en 2013. Alors que la crise semblait être un lointain souvenir, la Commission a adopté la dernière communication, qui est toujours en vigueur bien qu'elle ne soit plus appliquée depuis des années. J'ai appris récemment que la DG Concurrence mène des consultations en vue de son abrogation. En 2014, la directive 2014/59/UE a été adoptée en codécision, établissant un cadre européen commun pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement.

À mon sens, la démarche adoptée par la Commission, et en particulier par la DG Concurrence, en s'appuyant sur un ensemble de règles élaborées au début de la crise afin de mettre en place un cadre souple et pragmatique pour le contrôle des aides d'État, s'est révélée pertinente. L'absence d'un cadre juridique opérationnel permettant de restructurer un système bancaire en proie à une crise profonde et ainsi d'éviter la matérialisation des risques systémiques inhérents aux crises financières aurait été extrêmement dangereuse pour l'économie. La réaction des colégislateurs de l'Union européenne n'est toutefois intervenue qu'au moment du lancement du projet d'Union bancaire, en 2014. Dès lors, le recours au contrôle des aides d'État pour

combler temporairement ce vide mérite d'être salué. Au cours de cette période, la Commission a adopté plus de 200 décisions en application du cadre défini par les communications relatives au secteur bancaire.

Au cours de ces années, Eurostat, puis la Cour des comptes de l'Union européenne et d'autres analystes, ont estimé à environ 1 400 milliards d'euros le montant des ressources publiques transférées. Dans plusieurs pays, ces ressources publiques ont été remboursées grâce au retour à la solvabilité de nombreux établissements, rendu possible par le renforcement de leur capitalisation, la restructuration de leurs bilans et la reprise de la croissance économique après les années de crise. Mais, dans certains pays, le coût net pour les contribuables demeure élevé. La résolution des problèmes rencontrés dans certaines parties de leur système bancaire, notamment au niveau des banques régionales allemandes (Landesbanken), des caisses d'épargne espagnoles ou de certaines banques en Irlande, en Grèce, au Portugal ou à Chypre, nécessite encore du temps. Le degré de concentration du marché s'est accru, en dépit de la nécessité de préserver le niveau de concurrence à l'échelle nationale. Un autre aspect négatif a été la fragmentation du système bancaire à l'échelle de l'Union européenne, dans la mesure où plusieurs entités transnationales créées au cours des années précédentes ont été démantelées, où les lignes de liquidité se sont heurtées à des obstacles difficilement compatibles avec un marché intérieur, et où les fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne ont pratiquement cessé jusqu'à aujourd'hui. Toutefois, le système bancaire a atteint des niveaux de solvabilité plus élevés, dans un contexte également marqué par le nouveau dispositif commun de supervision mis en place au sein de la BCE.

L'autre sujet que je souhaiterais évoquer, et qui s'est posé pendant mon mandat à la tête de la DG Concurrence, concerne la première phase de l'enquête sur d'éventuels abus de position dominante de Google. Lors du transfert de compétences avec l'équipe de ma prédécesseure Neelie Kroes, en février 2010, j'ai été informé d'une plainte déposée auprès de la DG Concurrence par une petite entreprise britannique, faisant état d'un traitement discriminatoire de ses services de comparaison de prix dans les résultats du moteur de recherche de Google : ceux-ci étaient moins bien positionnés, tandis que les services de Google bénéficiaient d'un traitement préférentiel. La plainte reprochait à Google d'avoir sciemment manipulé son algorithme de manière à défavoriser ses concurrents et d'avoir demandé à ces derniers des paiements plus élevés pour corriger les effets de cette manipulation.

Par la suite, alors que je faisais mes premiers pas à la tête de la DG Concurrence, de nouvelles plaintes concernant d'éventuels abus découlant de la position dominante de Google, liée à l'expansion de sa part de marché et à la nature de ses services, sont parvenues à la DG Concurrence, ce qui a conduit à élargir le champ de notre analyse. Certaines portaient sur les exigences d'exclusivité imposées par Google à ceux qui souhaitaient conclure des accords pour utiliser ses pages comme plateforme publicitaire, limitant leur possibilité de placer simultanément leurs publicités sur d'autres plateformes et restreignant ainsi la concurrence. Les plaintes faisaient également état d'obstacles au transfert de contenus publicitaires de Google vers d'autres plateformes dans le cadre d'accords. D'autres encore ont été formulées par certains médias traditionnels, qui dénonçaient les services de Google proposant des résumés de leurs informations sans paiement préalable ni accord avec eux.

Le 30 novembre 2010, j'ai pris la décision, conformément à l'article 11 du règlement (CE) n° 1/2003, d'ouvrir formellement une enquête sur la base des nombreuses plaintes reçues, afin de déterminer s'il y avait eu abus de position dominante au sens de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Conformément à la procédure en vigueur, Google en a été immédiatement informé.

En janvier 2011, j'ai rencontré pour la première fois Eric Schmidt, président du Conseil d'administration de Google, à l'occasion de notre présence commune à la réunion annuelle du Forum économique mondial à Davos. Je lui ai exposé les principaux éléments qui avaient motivé l'ouverture de l'enquête ainsi que les étapes ultérieures de celle-ci, lesquelles, une fois l'enquête achevée, pourraient, si les infractions aux règles européennes de concurrence étaient confirmées, déboucher sur une décision interdisant les pratiques anticoncurrentielles, conformément à l'article 7 du règlement 1/2003.

Compte tenu de la réaction de M. Schmidt, qui cherchait à éviter une telle conclusion, et des alternatives

envisageables, j'ai évoqué la possibilité prévue à l'article 9 dudit règlement, consistant à éviter une décision d'interdiction suivie d'une sanction et imposant la cessation des pratiques anticoncurrentielles, si l'entreprise proposait des engagements permettant de remédier aux pratiques faisant l'objet de l'enquête. Dans ce cas, si la Commission estime que ces engagements sont satisfaisants, elle doit décider de les rendre juridiquement contraignants, mettant ainsi fin à l'enquête, sans qu'il soit nécessaire de poursuivre l'affaire devant la Cour.

M. Schmidt, qui était accompagné lors de cette réunion de Kent Walker, conseiller en chef de Google, s'est engagé à examiner si l'entreprise accepterait de suivre la procédure prévue à l'article 9. Sa réponse a par la suite été affirmative, et les services de la DG Concurrence ont alors établi les contacts nécessaires avec l'entreprise afin d'élaborer un ensemble de propositions de compromis. Les discussions se sont avérées difficiles dès le départ.

"À chaque fois, avant de communiquer son avis à Google, la DG Concurrence devait le confronter aux analyses de chacune des entreprises ayant signalé les éventuels abus, dont beaucoup étaient en mesure d'élaborer leurs propres simulations."

Une fois l'ouverture de l'enquête formelle rendue publique, le débat s'est développé dans plusieurs directions. D'une part, de nouveaux éléments à l'appui de l'enquête sont apparus, à mesure que de nouveaux plaignants venaient s'ajouter à la liste initiale. Les concurrents de Google dans les différents domaines où sa position dominante commençait à se manifester – dont beaucoup étaient établis aux États-Unis – se sont proposés de coopérer avec la DG Concurrence en partageant leur expérience relative aux marchés numériques plus développés. D'autre part, des experts des deux côtés de l'Atlantique, ainsi qu'au sein de la Commission, ont débattu de la question de savoir si l'enquête devait suivre la voie traditionnelle prévue à l'article 7, visant à obtenir une décision d'interdiction et une sanction, ou la procédure prévue à l'article 9, fondée sur des engagements contraignants, qui avait été de plus en plus utilisée depuis l'entrée en vigueur du règlement 1/2003 et permettait généralement d'accélérer la procédure.

De leur côté, les autorités américaines de concurrence ont également commencé à analyser l'impact de certaines pratiques de Google sur leurs marchés, en cherchant à suivre l'exemple de la Commission. Quelque temps plus tard, la Federal Trade Commission (FTC) a elle aussi ouvert une enquête, fondée sur l'existence d'éventuelles infractions similaires à celles qui avaient conduit la Commission à intervenir au niveau de l'Union européenne. Bien que la FTC ait finalement classé cette affaire par la suite, sa coopération avec les autorités européennes avait jusque-là été loyale et intense. Mais des pressions politiques, exercées au Capitole plutôt qu'à la Maison-Blanche, ont finalement conduit la FTC à se retirer de l'affaire.

Les discussions entre Google et la Commission visant à examiner les engagements contraignants prévus à l'article 9 se sont prolongées trop longtemps. Cela a montré, du moins dans ce cas, que la durée de la procédure n'était pas nécessairement plus courte que dans le cadre de la voie traditionnelle prévue à l'article 7. Jusqu'en mai 2014, Google a présenté trois séries successives de propositions, qui ont fait l'objet de discussions avec la DG Concurrence. L'analyse des services de la Commission s'est révélée à chaque fois négative, en tenant également compte des avis reçus de différentes parties.

À chaque fois, avant de communiquer son avis à Google, la DG Concurrence devait le confronter aux analyses de chacune des entreprises ayant signalé les éventuels abus, dont beaucoup étaient en mesure d'élaborer leurs propres simulations. Il convient de souligner que les positions les plus critiques issues de ces simulations émanaient de plaignants établis sur le marché américain, ce qui contredisait l'allégation selon laquelle l'enquête menée par la Commission aurait été biaisée en raison de l'origine territoriale de Google. À l'issue de l'analyse de la troisième série de propositions de compromis présentées au mois de juin 2014 par Google, j'ai publiquement fait part de ma décision de mettre fin à la tentative de parvenir

à un accord fondé sur l'article 9 du règlement et, par conséquent, de mon intention de poursuivre la procédure sur le fondement de l'article 7.

Mais le mandat de la Commission Barroso, et donc ma responsabilité en tant que commissaire à la Concurrence, touchait à sa fin ; il appartiendrait donc à la personne qui reprendrait mon portefeuille à partir de l'automne de mener les prochaines étapes de la procédure selon ses propres critères.

À ce moment-là, le débat sur la manière de poursuivre l'enquête s'était intensifié au cours des mois précédents, tant au sein de la DG Concurrence que parmi certains de mes collègues du collège des commissaires. Il s'était également étendu aux députés européens préoccupés par le poids croissant de Google et d'autres plateformes numériques sur les marchés concernés, ainsi qu'à certains gouvernements de l'Union européenne. L'enjeu politique de cette enquête commençait à prendre une ampleur inhabituelle.

"L'enjeu politique de cette enquête commençait à prendre une ampleur inhabituelle."

À l'issue de mon mandat, en octobre 2014, j'ai continué à suivre avec beaucoup d'intérêt l'actualité de la politique de concurrence, mais, naturellement, à distance, puisque j'avais quitté Bruxelles après plus de dix ans. Quelques mois après mon retour à Madrid, j'ai d'ailleurs approuvé la décision de ma successeure, Margrethe Vestager, de poursuivre l'enquête visant Google sur le fondement de l'article 7. Cette décision ne m'a pas surpris : elle rejoignait les conclusions auxquelles j'étais moi-même parvenu, compte tenu de l'échec des trois propositions de compromis qui avaient été présentées auparavant. Mme Vestager avait décidé, avec beaucoup d'intelligence, de sélectionner, parmi les abus potentiels faisant l'objet de l'enquête, ceux qui étaient les plus clairement susceptibles de déboucher sur une décision d'interdiction. Cette décision a été adoptée en juin 2017 et l'interdiction s'est également accompagnée d'une sanction de 2,4 milliards d'euros.

La Commission a continué d'enquêter sur d'autres abus potentiels de la part de Google, dont certains étaient liés à ceux qui avaient déjà été retenus lors de l'ouverture formelle de l'enquête, en novembre 2010. Une autre affaire concernant Google avait également commencé à être examinée au cours de mon mandat, sans toutefois faire encore l'objet de l'ouverture d'une nouvelle enquête : celle d'Android. Sous le mandat de Mme Vestager, Google s'est vu infliger à ce titre une sanction de plus de 4 milliards d'euros.

Sous le mandat de M^me^ Vestager, le règlement sur les marchés numériques (Digital Markets Act, DMA) a été adopté, ouvrant la voie à une application *ex ante* des règles de concurrence à ces marchés, sur la base notamment des nombreux abus constatés dans les pratiques des grandes plateformes, à commencer par Google, ainsi que dans d'autres affaires présentant des caractéristiques similaires. La prise de décision par la Commission s'en trouve considérablement accélérée, et il appartiendra à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg de trancher en dernier ressort, non seulement sur le fond, mais aussi sur les conséquences juridiques de cette innovation. Une jurisprudence qui, je l'espère, permettra de préserver l'efficacité de la politique européenne de concurrence, afin que celle-ci ne soit pas affaiblie par l'immense pouvoir de marché de ce type d'entreprises, ni par celui d'autres entreprises apparues grâce à l'intelligence artificielle.

1 Article rédigé en anglais et traduit en français.