

**OBSERVATIONS DE L'AFEC SUR LES EVOLUTIONS SOUHAITABLES EN MATIERE
D'ECONOMIE DIGITALE EN EUROPE
30 Septembre 2018**

L'Association Française d'Étude de la Concurrence¹ (« AFEC ») est une association indépendante, créée en 1952, qui réunit, comme membres indépendants, des magistrats, avocats, juristes d'entreprises et d'associations professionnelles, professeurs de droit et d'économie, économistes et des collaborateurs ou membres de l'Autorité de la concurrence et de la DGCCRF. L'AFEC est l'association nationale membre de la Ligue Internationale de la Concurrence. Elle a notamment pour objet d'étudier toutes les modifications qui pourraient être apportées à la législation et à la réglementation en vue d'améliorer les conditions de la concurrence. L'AFEC participe activement aux réflexions tenant aux impacts générés par l'économie numérique sur la politique de concurrence. Elle a notamment émis un premier rapport sur le sujet le 10 février 2016 (<http://www.afec.asso.fr/>). Un groupe de travail s'est saisi des réflexions soulevées par la Commission Européenne² (« Commission ») sur sa politique de concurrence concernant l'économie digitale et l'impact des bouleversements technologiques constants sur la concurrence. La Commission a notamment demandé à un panel³ chargé d'élaborer un rapport sur les futurs défis de la digitalisation pour la politique de concurrence qui devra lui être remis le 31 mars 2019. Dans ce contexte, la Commission a sollicité des contributions écrites des acteurs de ce secteur pour proposer des pistes d'évolution souhaitables⁴.

Dans ce rapport synthétique, l'AFEC, riche de la diversité particulière de ses membres, émet des recommandations sur chacun des thèmes proposés par la Commission. Le groupe de travail⁵ a retenu, pour sa réflexion, conformément à la demande de la Commission trois thèmes : la question des données (1), le pouvoir de marché des plateformes (2) et les effets de réseau (3).

SOUS-GROUPE N°1 : COMPETITION, DATA, PRIVACY, AND AI.

In a world of ubiquitous data, thanks to, for example, 5G, the Internet of Things and connected cars, where would we have data bottlenecks – or, conversely, data access, data sharing or data pooling – causing competition issues? In which ways should privacy concerns serve as an element of the competition assessment? Since data is the raw material of artificial intelligence, how do we ensure that AI technology is as competitive as possible?

Les rapports entre le droit de la concurrence et le droit des données (vie privée et intelligence artificielle) a suscité deux problématiques principales : d'une part les pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être liées à l'utilisation des algorithmes (I), d'autre part les interactions qui peuvent exister entre le droit de la concurrence et le droit des données personnelles (II).

1 Association inscrite au Registre des représentants d'intérêts de la Commission européenne : n° 90225872092-95. Siège social et Secrétariat : SELARL Fourgoux Djavadi, 76 avenue de Wagram, 75017 Paris, Président : Jean-Louis FOURGOUX, Téléphone : 01 55 65 16 65 et Courriel : secretariat@afec.asso.fr.

2 Discours de Madame la Commissaire Vestager ([speech on 18 September 2017](#))

3 Composé des Professeurs Heike Schweitzer, Jacques Crémer et du Professeur Assistant Yves-Alexandre de Montjoye

4 Call for contributions "Shaping competition policy in the era of digitisation", disponible à l'adresse suivante: <http://ec.europa.eu/competition/scp19/>

5 Les travaux ont été conduits sous la responsabilité de Muriel CHAGNY et Michel PONSARD avec les membres suivants que l'AFEC remercie vivement pour leurs contributions : Linda ARCELIN (**responsable du sous-groupe n°1**) ; Jérémy BERNARD, Sarah BOUCHON, Mathilde BOUDOU, Maud BOUKHRIS (**responsable du sous-groupe n°3**) ; Aurore CLEMENT-TROUSSEL, Manon CLEMENT, Celine DELACROIX, Thomas DESCHRYVER, Garance DE GALZAIN, Caroline HACHETTE, Marie de KOEHLER-DE-MONTBLANC, Estelle LECLERC, Erwan LENOAN, Romain MAULIN (**responsable du sous-groupe n°2**), Valentin MIRCEA, Barbara MONTI, Romain de NIJS, Florence NINANE, Camille PETIZON, Marc-Antoine PICQUIER.

I. Pratiques anticoncurrentielles liées aux algorithmes

L'usage d'un algorithme peut être constitutif d'un abus comme l'a relevé la Commission dans l'affaire *Google Shopping* du 27 juin 2017. En l'espèce, l'algorithme défini par Google rendait les services de comparaison de prix concurrents susceptibles d'être rétrogradés sur les pages de résultats de recherche générale de Google, alors que ce même algorithme n'était pas applicable au service de comparaison de prix de Google.

Mais les algorithmes peuvent asseoir aussi des pratiques de collusion sur les prix. Le traitement des données massives, les méthodes d'analyse de plus en plus fines, les systèmes d'intelligence artificielle peuvent en effet favoriser la coordination du marché. Les algorithmes contrôlent et ajustent automatiquement les prix, en temps réel, en opérant une « veille » concurrentielle sur Internet⁶. La possibilité d'appréhender ses pratiques soulèvent des questions délicates, si bien que nous y concentrerons nos développements.

I.1. Constat : Variété d'algorithmes tarifaires

L'utilisation d'un algorithme ne saurait être illicite en soi. Se servir d'un algorithme pour ajuster ses prix ou rechercher à maximiser ses profits n'est pas interdit. Mais il faut tenir compte des circonstances et objectifs qui entourent cet usage.

Dans un article publié en 2015⁷ Maurice E. Stucke et Ariel Ezrachi identifient quatre types d'utilisation d'algorithmes pouvant éventuellement conduire à une entente anticoncurrentielle.

La première catégorie – Messenger – vise le cas de l'algorithme exécutant la volonté de collusion de l'entreprise et n'est donc qu'un instrument au service de l'entente⁸.

La seconde catégorie – Hub and Spoke – concerne un algorithme déterminant les modalités à proposer sur le marché et utilisé par un grand nombre d'utilisateurs (ex les conducteurs d'UBER, Airbnb...). Les prix réagissent simultanément à toute évolution, aboutissant ainsi à un parallélisme conscient.

Dans la troisième – Predictable Agent – les entreprises ont adopté un algorithme commun assurant la transparence du marché et capable de prévoir le comportement des autres. Enfin, la quatrième option – Autonomous Machine – conduit à ce que l'algorithme définisse lui-même et indépendamment du contrôle humain, un comportement des entreprises sur le marché visant une maximisation des profits.

Lorsque l'algorithme vient à l'appui de l'infraction principale, il doit être analysé conjointement à celle-ci⁹. S'il s'agit d'un algorithme autonome, nous sommes dans un cas de collusion tacite pouvant avoir des effets anticoncurrentiels. L'algorithme fonctionnant en deep learning étant susceptible de faciliter l'atteinte d'un éventuel « *équilibre tacitement collusif sans qu'aucun contact ne soit nécessaire entre les concurrents ou sans mettre en place de pratiques facilitantes* », l'arsenal normatif sur lequel peuvent se fonder les autorités semble inadapté car la collusion tacite n'est pas sanctionnable.

6 Commission, *Rapport final relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique*, 10 mai 2017, pages 10 et 11, §§ 30 et 33 : « [l]a disponibilité d'informations en temps réel en matière tarifaire peut également donner lieu à une coordination automatisée des prix » et « [i]l est à présent plus facile de déceler les écarts [des prix de détail en ligne] par rapport aux recommandations de prix des fabricants. Cela pourrait permettre à ces derniers d'adopter des mesures de rétorsion contre les détaillants qui s'écartent du niveau de prix souhaité et même de limiter en amont l'intérêt pour les détaillants de s'écarter de telles recommandations de prix ».

7 Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *Artificial Intelligence & collusion : when computers inhibit competition*, disponible à l'adresse suivante : <file:///C:/Users/Romain/Downloads/SSRN-id2591874.pdf>

8 Algorithme de surveillance du marché par exemple

9 OCDE, *Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique : 29-30 novembre 2016*, DAF/COMP(2016)14, § 83 : « La détection de l'existence d'une infraction et l'établissement de la preuve correspondante seront peut-être compliqués par la présence d'un algorithme, explique l'OCDE, mais les autorités de la concurrence pourront néanmoins s'appuyer sur les normes existantes relatives aux accords anticoncurrentiels, aux pratiques concertées et aux pratiques de facilitation, qui leur fournissent un cadre pour analyser les algorithmes soit isolément, soit en relation avec l'infraction principale »

I.2. Recommandations : critères d'appréciation du risque de collusion tacite

L'évolution de ces algorithmes implique de définir des critères d'appréciation de l'éventuel risque de collusion tacite né de l'utilisation d'algorithmes de pricing. Contrairement à une entente « classique », l'entente « algorithmique » ne suppose pas un petit nombre d'acteurs¹⁰ car les algorithmes « *rendent possibles la coordination, le contrôle et la mise en œuvre de sanctions à l'intérieur de marchés moins concentrés ; du fait de leur aptitude à recueillir et analyser rapidement les données, le nombre d'entreprises à surveiller et avec lesquelles s'accorder est moins décisif* »¹¹.

Comme l'a expliqué la Commission: « *un échange d'information peut donc constituer une pratique concertée s'il diminue l'incertitude stratégique sur le marché et, partant, facilite la collusion, c'est-à-dire si les données échangées présentent un caractère stratégique. En conséquence, l'échange de données stratégiques entre concurrents équivaut à une concertation, en ce qu'il diminue l'indépendance de comportement des concurrents sur le marché et leur incitation à se livrer concurrence* »¹². L'on pourrait préconiser une évolution de la jurisprudence européenne limitée aux algorithmes relative à la nature, le volume des données échangées et aux nombre d'acteurs concernés.

I.2.1. La provenance et la nature des données utilisées en input des algorithmes

L'échange de données passées et agrégées est généralement considéré par les autorités de concurrence comme moins susceptible de soulever des préoccupations de concurrence que celui des données présentes ou futures. Or les algorithmes, pour être performants, ont besoin d'être entraînés sur de grandes quantités de données fines passées afin de leur permettre d'établir des liens entre les différentes variables incluses dans l'analyse. L'échange de données même anciennes est donc susceptible de créer une forme de coordination et d'homogénéisation dans l'apprentissage des algorithmes d'entreprises concurrentes.

De plus, des données qui peuvent paraître « non stratégiques » *a priori* à un instant donné peuvent le devenir si les algorithmes qui leur sont appliqués permettent d'établir des liens entre ces données « non stratégiques » et d'autres données considérées comme plus sensibles qui pourraient *in fine* en être inférées.

Les critères d'ancienneté et de caractère stratégique des données très désagrégées dans l'appréciation des effets concurrentiels d'échanges d'informations entre entreprises concurrentes utilisant des algorithmes semblent donc devoir être revus.

I.2.2. L'objectif de l'algorithme et le temps de réalisation

Parallèlement à ces premiers critères de données (anciennes et non stratégiques), deux autres devraient être examinés, à savoir d'une part l'objectif que l'algorithme vise à atteindre et l'horizon temporel de l'atteinte de cet objectif (l'objectif est-il maximisé sur une semaine/un mois/ une année...?). Plus l'horizon est court, moins l'atteinte à la concurrence est vraisemblable.

Par exemple la maximisation du profit qui conduit à augmenter les prix semble plus dangereuse pour la concurrence que la maximisation du revenu qui peut conduire à choisir des prix plus faibles. Ainsi si un algorithme de « pricing » vise à maximiser le revenu généré par la vente d'un ensemble de produits sur une courte période de temps, il est très peu probable qu'il conduise à un équilibre collusif tacite sur le marché. D'un point de vue théorique la collusion tacite ne peut être soutenable que si les entreprises

10 En effet, « *dans les marchés traditionnels, une entente est plus facile à maintenir lorsque les concurrents sont peu nombreux, car il est plus facile de définir les modalités de coordination, de contrôler les écarts et de mettre en œuvre les mécanismes de sanction efficaces entre un petit nombre de firmes* ».

11 OCDE, *Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique* : 29-30 novembre 2016, DAF/COMP(2016)14, § 42.

12 Commission, Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité aux accords de coopération horizontale, § 61.

accordent de l'importance à leurs profits futurs (et pas uniquement à leurs profits courants) afin que la menace de punition soit crédible et dissuade ainsi de dévier d'un possible équilibre collusif.

II. Données personnelles et algorithmes

II.1. Constats sur l'interaction entre droit de la concurrence et droit des données personnelles et de la vie privée

La réglementation relative aux données personnelles peut avoir des effets pro-concurrentiels, comme le fameux droit à la portabilité institué par le RGPD¹³. Les données peuvent être réclamées par l'utilisateur aux fins de les transmettre à une autre entreprise. Une transmission directe entre responsables de traitement, qui peuvent être concurrents, est même envisagée. Mais, la réglementation peut aussi renforcer les positions dominantes. Ainsi, la lutte apparente contre le *tracking* (via les cookies notamment) peut conduire à renforcer la position de certains opérateurs. La proposition de Règlement e-privacy du 10 janvier 2017 conduirait ainsi par exemple à recueillir le consentement des utilisateurs au niveau des navigateurs internet (comme Google Chrome ou Internet Explorer), et non plus site par site. Lors de la première connexion ou de la mise à jour d'un navigateur, les usagers auraient la possibilité de choisir leur niveau de protection une fois pour toutes. Or, ce mécanisme renforcerait l'emprise des Gafa sur les revenus publicitaires, du fait de leur environnement « logé » qui leur permet de se passer des cookies. La violation de la réglementation sur les données personnelles doit pouvoir être constitutive d'un abus de position dominante comme l'envisage le Bundeskartellamt. L'autorité allemande tend en effet à reprocher à Facebook un abus d'exploitation sur le marché à prix nul pour les internautes consistant en une dégradation de la qualité de la protection de leurs données personnelles telle qu'elle avait pu leur être initialement présentée¹⁴.

II.2. Recommandations : Coordination des autorités

Si le droit de la concurrence peut peiner à appréhender ces types de comportement, la réglementation sur la protection des données personnelles et de la vie privée peut venir en relais. L'approche conjointe est appelée depuis longtemps.

Des passerelles entre la Commission et le nouveau Comité européen de la protection des données (« EDPB ») remplaçant le G29, devraient être envisagées sur le terrain concurrentiel. Parmi les 25 missions de l'EDPB décrites à l'article 70 du RGPD, le Comité doit notamment « *conseiller la Commission sur toute question relative à la protection des données à caractère personnel dans l'Union* » (art. 70-1 b) ou encore « *examiner, de sa propre initiative, à la demande de l'un de ses membres ou à la demande de la Commission, toute question portant sur l'application du présent règlement, et de publier des lignes directrices, des recommandations et des bonnes pratiques afin de favoriser l'application cohérente du présent règlement* » (art. 70-1 e). C'est dans ce cadre que pourrait se formaliser une coopération lors de l'instruction d'une affaire mettant en œuvre le droit de la concurrence entre d'une part, la Commission et d'autre part l'EDPB.

13 L'article 20-1 dispose en effet que « *les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle, lorsque: a) le traitement est fondé sur le consentement en application de l'article 6, paragraphe 1, point a), ou de l'article 9, paragraphe 2, point a), ou sur un contrat en application de l'article 6, paragraphe 1, point b); et b) le traitement est effectué à l'aide de procédés automatisés* ».

14 Bundeskartellamt, communiqué de presse du 19 décembre 2017, *Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive*, disponible à l'adresse suivante: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=3

SOUS-GROUPE N°2 DIGITAL PLATFORMS' MARKET POWER. *The interests of platforms are not always aligned with the interests of their users, which can, as a result of platforms' market power, give rise in particular to: a) leveraging concerns (digital platforms leveraging their positions from one market to another); and b) lock-in concerns (network externalities, switching costs, better service due to accessibility of data make it difficult for users to migrate to other platforms, and allow platforms to “exploit” their user bases). What should/can competition policy do to address these concerns and how?*

I. Constats quant à la puissance de marché des plateformes

Sur le marché biface de la publicité en ligne¹⁵, les plateformes de type GAFAM, sont des acteurs incontournables en raison des données qu'ils possèdent sur les utilisateurs et qu'ils peuvent proposer aux annonceurs. N'est pas en cause le système même de référencement des annonceurs qui peuvent légitimement acheter « *le droit d'être mieux placé* » dans l'affichage des résultats que leurs concurrents¹⁶, sous réserve d'être loyal¹⁷. En revanche, l'effet de réseau rend les GAFAM partenaires obligés des annonceurs : le maniement de plus en plus fin des données de leurs millions d'utilisateurs quotidiens, grâce aux algorithmes, les rend maîtres du secteur¹⁸. En effet, plus une plateforme a d'utilisateurs, plus sa valeur augmente aux yeux des autres utilisateurs potentiels. Sa croissance, exponentielle, ne pourrait alors conduire qu'à une domination écrasante du marché, ces effets de réseau constituant finalement des barrières à l'entrée insurmontables pour les concurrents.

L'analyse de la concentration plus ou moins importante de l'économie, en particulier digitale, renvoie cependant à la question de savoir si, dans l'appréciation du pouvoir de marché des opérateurs du digital, et en particulier des plateformes, il faut appréhender une ou deux faces du marché. L'AFEC relève à ce titre que la Cour Suprême des Etats Unis (*Supreme Court of the United States*) a, dans un récent arrêt du 25 juin 2018 concernant *American Express*¹⁹, jugé que la concurrence ne saurait être correctement appréciée en analysant une face du marché isolément par rapport à l'autre et que, partant, il est nécessaire d'apprécier la position sur un marché unique englobant les deux faces.

La tendance à la monopolisation des marchés qui génèrent des effets de réseau doit également être relativisée car elle peut en outre s'inverser tout aussi rapidement qu'elle s'est créée : MySpace, AOL ou Yahoo sont autant de plateformes qui ont, à un moment donné, dominé leur marché et qui ont aujourd'hui été remplacées par des concurrents. Récemment, dans le cadre de l'acquisition de Whatsapp par Facebook, la Commission a d'ailleurs reconnu que les effets de réseau ne sont pas intrinsèquement problématiques, et que ceux-ci doivent faire l'objet d'une appréciation au cas par cas²⁰.

L'AFEC considère que cette interprétation plus pragmatique doit être encouragée. Plus généralement les évaluations des effets des opérations dans ce secteur sont et doivent être spécifiques en raison de leurs impacts multiples (horizontaux, verticaux et connexes) et car les paramètres qui doivent être évalués ne sont pas nécessairement d'ordre financier, comme dans les secteurs traditionnels mais centrés sur des aspects tel que la possibilité de collecter et d'utiliser les données.

15 B. Julien, Intervention lors du séminaire Philippe Nasse du 5 mai 2011, *Le fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité*, RLC n° 28/2011, p. 140.

16 A.-S. Choné-Grimaldi., *Publicité en ligne et pratiques anticoncurrentielles*, in *Communication numérique, un droit, des droits*, dir. B. Teyssié, éd. Panthéon Assas, 2012, p. 244.

17 Article L. 111-7 II du Code de la consommation.

18 L. Arcelin, *Données personnelles : sésame déterminant sur le marché de la publicité digitale*, RLDI 142/2017, p. 49.

19 Supreme Court of the United States, *Syllabus OHIO et AL v. American Express Co. et AL. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit*, No. 16-1454, arrêt du 25 juin 2018, pages 14-15. Cette approche semble en ligne avec les préconisations formulées par l'OCDE dans son rapport du 6 avril 2018 intitulé *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*.

20 Commission, COMP/M.7217 – *Facebook/Whatsapp*, 3 octobre 2014, §130 : « *The existence of network effects as such does not a priori indicate a competition problem [...]. Network effects have to be assessed on a case-by-case basis.* ».

II. Recommandations

L'AFEC souhaite, formuler les recommandations suivantes en vue d'une meilleure appréhension de la puissance de marché dont certaines plateformes sont susceptibles de disposer.

En premier lieu, l'analyse de la puissance de marché doit évoluer. L'AFEC s'interroge sur **l'opportunité de retenir, pour apprécier le pouvoir de marché des plateformes, un seuil de dominance différent du seuil de « droit commun »** ou de recourir, plus largement, à la notion de « *position prééminente* » qui pourrait présenter un intérêt procédural pour les autorités de concurrence²¹.

Le critère des parts de marché ne paraît pas, en effet, toujours le plus pertinent dans ce secteur pour au moins les trois raisons suivantes :

- Premièrement, il est souvent particulièrement difficile de définir les marchés pertinents dans le secteur du numérique notamment du fait du caractère multifacé des plateformes et des phénomènes de « coopération » (*i.e.* les entreprises du numérique sont très souvent à la fois concurrentes et partenaires).
- Deuxièmement, le critère des parts de marché ne permet pas de rendre compte du niveau de contestabilité de la position d'un acteur. Or, dans le secteur du numérique, l'essentiel de la pression concurrentielle provient souvent de la menace d'entrée ou de disruption de la part de nouveaux acteurs.
- Troisièmement, sur un périmètre donné, les parts de marché peuvent être très différentes selon la métrique utilisée pour les estimer. Ainsi, la décision *Logic-Immo.com/SeLogger.com* de l'Autorité française de la concurrence²² démontre que les parts de marché des acteurs peuvent varier quasiment du simple au double selon qu'elles sont calculées en nombre d'annonces, en audience ou en chiffres d'affaires.

La Commission pourrait rappeler que l'appréciation de la dominance, *a fortiori* dans un secteur aussi particulier que le digital, doit se faire sur la base d'un faisceau d'indices, c'est-à-dire d'une conjonction de critères qualitatifs et, également mais pas uniquement, quantitatifs (dont la part de marché fait partie). A ce titre, l'AFEC considère que la part de marché, *a fortiori* dans le secteur du digital, ne saurait en tout état de cause constituer autre chose qu'une « *première indication utile* »²³ et rappelle que, plus généralement, la Cour de justice a déjà eu l'occasion de juger que « *la signification des parts de marché peut différer d'un marché à l'autre* »²⁴. Un exemple de la spécificité de l'appréciation du pouvoir de marché dans ce secteur peut-être donné pour les plateformes en ligne quant à la divulgation d'informations sur les consommateurs par les plateformes de vente d'espaces publicitaires en ligne aux annonceurs au moment de leurs mises aux enchères (Real Time Bidding). Cette divulgation a en effet des impacts importants sur le niveau des gains à l'échange entre les parties prenantes (plateformes, annonceurs et consommateurs) ainsi que sur la répartition de ce surplus entre eux.

21 Rappelons que cette notion, dégagée dans l'arrêt *Tetra Pak* du 14 novembre 1996, permet de sanctionner, dans certaines « *circonstances particulières* », un abus commis ou produisant un effet sur un marché autre que celui sur lequel l'entreprise est en situation de position dominante. Ainsi, lorsqu'ont été cumulativement établis une position dominante sur un marché donné et un lien de connexité avec un autre marché où la position dominante n'est non pas dominante mais simplement « *prééminente* », l'autorité de concurrence est à même d'analyser et de caractériser les pratiques au regard de l'article 102 TFUE.

22 Aut. Conc., [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](#).

23 Commission, [Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes](#), § 13.

24 [CJUE, arrêt du 6 décembre 2012, aff. C-457/10 P. AstraZeneca](#), § 176.

L'AFEC invite donc la Commission à recourir à d'autres indices que la part de marché tels que par exemple la **notoriété**, le **caractère « incontournable »** (sur ce point, le recours aux sondages, par exemple utilisés par l'Autorité française de la concurrence dans le cadre du rapprochement *Fnac/Darty*²⁵ permet d'affiner la compréhension des comportements d'achat et, *in fine*, de la position de marché de telle ou telle entreprise), le **niveau et les variations de certains indicateurs** tels que les prix et les marges, la **nature et la force des effets de réseaux directs et/ou indirects**, le **niveau de single-homing des utilisateurs/clients**, les **conditions de migration des utilisateurs/clients (switching costs)**, le **taux de fuite des utilisateurs/clients** en cas de variation unilatérale de conditions commerciales.

Deuxièmement l'AFEC encourage un **recours plus systématique au droit de la consommation et à celui des pratiques commerciales déloyales** qui, à tout le moins pour ce qui concerne le droit français, repose sur des textes d'incrimination plus larges et de nature à appréhender la variété des pratiques susceptibles d'être mises en œuvre par les plateformes²⁶, qu'il s'agisse de la suspension du compte d'un marchand, de la résiliation unilatérale d'un contrat d'utilisation conclu entre la plateforme et le marchand ou encore de l'exigence d'un taux de commande parfaite. L'administration française a d'ailleurs récemment engagé des procédures contentieuses à l'encontre notamment d'Amazon et concernant la possibilité, pour cette dernière, de modifier unilatéralement ses conditions commerciales ou de suspendre et/ou résilier unilatéralement ses relations commerciales avec ses vendeurs²⁷.

En troisième lieu, un **recours bien plus volontariste aux mesures provisoires** est souhaitable lorsque les circonstances s'y prêtent. Les mesures provisoires (ou « conservatoires » selon la dénomination utilisée en droit français), au regard de la réponse particulièrement rapide qu'elles apportent, peuvent constituer une réponse appropriée aux pratiques susceptibles d'être mises en œuvre dans le secteur du digital²⁸ car ces pratiques peuvent durablement structurer le secteur risquant d'exclure les victimes définitivement du marché²⁹. Dans ce contexte, la Commission, mais également à la suite de la transposition de la directive *ECN*³⁰, toute autorité nationale de concurrence devrait, lorsqu'elle est confrontée à des pratiques mises en œuvre par des plateformes jouissant d'un rayonnement significatif, avoir, en droit et en pratique, l'opportunité de prendre des mesures conservatoires. L'AFEC constate sur ce point qu'à ce jour la Commission n'a encore jamais adopté de mesures provisoires sur le fondement de l'article 8 du Règlement (CE) n°1/2003³¹.

25 Aut. Conc., [décision n° 16-DCC-111 du 27 juillet 2016 relative à la prise de contrôle exclusif de Darty par la Fnac](#), § 43.

26 Commission, communication intitulée [Les plateformes en ligne et le marché unique numérique – Perspectives et défis pour l'Europe](#), 25 mai 2016, page 12.

27 DGCCRF, communiqué, 18 déc. 2017, [Pratiques commerciales des plateformes numériques : annonce des résultats d'une enquête d'envergure de la DGCCRF](#).

28 Tout comme elles l'ont été en matière de télécommunications, l'AFEC partage, sur ce point, l'analyse de l'Autorité française de la concurrence lorsqu'elle indique que : « [l]a procédure relative aux mesures conservatoires a montré son efficacité lors de la libéralisation du secteur des communications électroniques, ce secteur étant caractérisé par la rapidité des évolutions technologiques et concurrentielles », [Etude thématiques 2007, Les mesures conservatoires](#), p. 52.

29 Relevons sur ce point que, dans sa [résolution européenne pour une réforme des conditions d'utilisation des mesures conservatoires prévues par le règlement \(CE\) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence en date du 8 septembre 2017](#), le Sénat français considérait que « la longueur des procédures contentieuses engagées par la Commission européenne au nom du respect de la concurrence fait obstacle à la préservation d'un objectif affiché et ambitieux de développement des technologies européennes ».

30 Commission, Proposition de directive 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, article 10 : « Les États membres veillent à ce qu'au moins dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, les autorités nationales de concurrence administratives, agissant d'office, puissent, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction aux dispositions de l'article 101 ou 102 du TFUE, ordonner l'imposition de mesures provisoires aux entreprises. La décision est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun ».

31 Commission, Dans sa [résolution européenne pour une réforme des conditions d'utilisation des mesures conservatoires prévues par le règlement \(CE\) n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence en date du 8 septembre 2017](#), le Sénat français relevait que « la procédure de l'article 8 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du Traité n'a pas été déclenchée depuis l'entrée en vigueur du règlement en 2004 en dépit de la concentration toujours plus forte des entreprises

L'AFEC s'associe donc pleinement à la résolution européenne émanant du Sénat français, en date du 8 septembre 2017, pour une réforme des conditions d'utilisation des mesures provisoires prévues par le règlement (CE) n° 1/2003 qui conduirait à « assouplir les critères de définition du risque d'atteinte à la concurrence résultant de la pratique en cause (« préjudice grave et irréparable ») pour prévoir le constat d'une « atteinte grave et immédiate», à alléger l'obligation pour la Commission d'établir un « constat prima facie d'infraction » en lui substituant celle du constat que la pratique relevée porte une telle atteinte et à élargir le champ des intérêts protégés justifiant des mesures provisoires en ne visant plus seulement l'atteinte aux règles de concurrence mais également « à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante»³².

En quatrième lieu, l'AFEC propose un **recours plus fréquent à la procédure d'engagements**. Sur la période récente, cette procédure a par exemple permis à certaines autorités nationales de concurrence de clarifier les conditions dans lesquelles des produits sélectifs pouvaient être mis en vente par l'intermédiaire de places de marché³³. Consciente des craintes que peut susciter la procédure d'engagements en termes de rigidification excessive d'un secteur d'activité donné, l'AFEC rappelle que la Commission a la possibilité d'adapter, en fonction des circonstances de l'affaire, la durée de validité des engagements. En effet si, à l'analyse de la pratique décisionnelle de la Commission, une durée « standard » de 5 ans semble se dégager, rien n'empêche les parties, *a fortiori* dans un secteur aussi évolutif que le digital, de proposer des engagements d'une durée significativement plus courte³⁴.

Les parties proposant des engagements peuvent également prendre l'initiative de prévoir une « clause de revoyure » correspondant à une fenêtre temporelle, par exemple chaque année, afin de s'assurer de la pertinence des engagements initiaux³⁵. Par ailleurs, la procédure de révision des engagements qui, telle qu'elle est prévue à l'article 9§2 du règlement (CE) n°1/2003 en cas de « *changement important* », permet également de modifier les engagements rendus obligatoires afin de les adapter aux nouvelles circonstances factuelles.

L'AFEC estime que, tout comme cela peut être le cas en matière de contrôle des concentrations, les affaires d'engagements concernant le secteur digital pourraient également donner lieu à la nomination d'un mandataire indépendant³⁶ disposant d'une expérience reconnue en matière digitale. Ce dernier s'assurerait de la pleine effectivité, au regard des circonstances de marché actuelles, des engagements

du numérique autour de grands groupes étrangers ». L'AFEC constate également que la directive ECN+ a repris le critère, en pratique quasiment impossible à remplir, d'un « *préjudice grave et irréparable* [risquant] *d'être causé à la concurrence* ».

32 L'AFEC regrette, qu'à ce jour, cette résolution européenne n'ait *a priori* reçu aucun écho particulier.

33 Voir, par exemple, Aut. Conc., [communiqué de presse du 18 novembre 2015, Adidas](#). Voir également, Bundeskartellamt, communiqué de presse du 19 août 2014, [Adidas abandons ban on sales via online marketplaces](#) : pour le Bundeskartellamt qui reprochait à Adidas d'avoir interdit, de manière absolue, à ses revendeurs de vendre leurs produits sur les places de marché telles qu'eBay, Amazon, Hitmeister.de ou Rakuten.de., une interdiction absolue de la vente en ligne par l'intermédiaire de places de marché ne saurait constituer un critère qualitatif qui serait nécessaire pour assurer la qualité des « *produits concernés* » – en l'occurrence des articles de sport – et la qualité de leur distribution (page 3). Le 2 juillet 2014, le Bundeskartellamt a mis un terme à sa procédure après qu'Adidas a amendé ses conditions de vente ligne, pour autoriser ses distributeurs agréés à vendre leurs produits sur les sites d'enchère en ligne et sur les places de marché. Bundeskartellamt, communiqué de presse du 27 août 2015, [Unlawful restriction of online sales of Asics running shoes](#) : le Bundeskartellamt a notamment examiné une clause dans les contrats de distribution sélective Asics interdisant toute vente de ses produits sur des places de marché et comparateurs de prix et a considéré qu'Asics avait de facto interdit la vente en ligne de ses produits. Asics n'ayant pas accepté, à la différence d'Adidas, de modifier ses clauses, le Bundeskartellamt a considéré qu'Asics avait illégalement restreint les ventes de ses produits sur Internet en interdisant l'utilisation des comparateurs de prix et de sa marque sur des places de marché pour guider les acheteurs mais n'a toutefois pas imposé d'amende à Asics.

34 Dans l'affaire [Container Shipping, décision AT.39850 du 7 juillet 2016](#), la Commission a rendu obligatoires des engagements d'une durée de 3 ans.

35 Plus novateur encore, dans l'affaire *Booking*, l'Autorité française de la concurrence a rendu obligatoires des engagements, qui quoique prévus pour une durée de 5 ans comportaient une clause dite de « *bilan intermédiaire* ». En vertu de cette clause, *Booking* doit, chaque année, soumettre à l'Autorité un bilan de la mise en œuvre de ses engagements et que, par ailleurs, ce rapport serait transmis aux plaignants, en l'occurrence les hôteliers, afin qu'ils puissent « *faire des observations sur ce dernier et de produire leurs propres données quantitatives et qualitatives relatives aux conséquences de la mise en œuvre des [...] engagements* ».

36 La Commission, dans son [Antitrust Manual of Procedures](#), prévoit d'ores et déjà qu'en matière d'engagements rendus obligatoires au titre de l'article 9 du Règlement 1/2003: "[i]f need be, a trustee can be appointed to assist the Commission in their implementation (monitoring and/or divestiture trustee) », p. 183, § 48.

rendus obligatoires et pourrait à ce titre – de sa propre initiative ou sur demande de l'entreprise ayant souscrit les engagements voire même de tiers intéressés – proposer une modification des engagements.

En dernier lieu, l'AFEC s'interroge sur l'opportunité d'engager, tout comme cela est le cas en matière d'accords de report d'entrée dans le secteur pharmaceutique, un **monitoring exercice en matière de pratiques commerciales ayant donné lieu à des réclamations de la part des utilisateurs de plateformes**³⁷. Cela prendrait la forme d'une communication spontanée aux services de la Commission par les plateformes d'un document consolidant l'ensemble des réclamations juridiques qui leur auraient été, sur une période donnée, adressées par leurs utilisateurs. L'AFEC considère qu'un tel dispositif aurait pour bénéfice de réduire l'asymétrie d'informations dont peut souffrir la Commission (ou toute autre autorité nationale de concurrence) et, ainsi, faciliter les possibilités de poursuite lorsqu'elles sont justifiées.

SOUS-GROUPE n°3 : PRESERVING DIGITAL INNOVATION THROUGH COMPETITION POLICY. Do network effects, economies of scale and 'copycat' products impede innovation? In digital merger cases, is there scope to apply theories of harm based on a loss of innovation and/or loss of "potential competition" more often? Would a focus on innovation require updating our analytical tools? Effets de réseau, économies d'échelle et Copycat

Les effets de réseau sont aujourd'hui au cœur du débat sur les plateformes en ligne, et sont souvent analysés comme un facteur conduisant à la monopolisation des marchés alors qu'une analyse multi-critères permet de relever que les marchés du digital possèdent d'autres caractéristiques qui viennent contrer la tendance à la monopolisation induite par les effets de réseau. (cf sous-groupe n°2 ci-dessus).

Au-delà des critères déjà cités, en se concentrant sur les effets de réseau il faut rappeler que les utilisateurs ne sont pas liés par des relations d'exclusivité avec leurs plateformes de choix. Ils sont libres d'utiliser plusieurs plateformes à la fois – ce que les économistes appellent le « *multihoming* » – et ainsi par exemple de rejoindre un nouveau réseau social tout en conservant leur affiliation à Facebook. Le fait qu'il soit gratuit, rapide et extrêmement facile de changer de plateforme en ligne renforce également le risque pour l'opérateur dominant de voir ses utilisateurs le quitter en masse dès l'arrivée d'un nouveau concurrent innovant sur le marché. En effet, les nouveaux entrants peuvent le concurrencer efficacement en différenciant leur produit, ce qui explique par exemple l'ampleur prise par Amazon sur un marché du e-commerce à l'époque fortement dominé par eBay. Pour conserver leur position, les plateformes dominantes doivent donc nécessairement continuer à innover ; pour s'installer durablement sur le marché, les nouveaux entrants doivent aussi axer leurs efforts sur l'innovation afin de différencier leurs produits et de séduire les utilisateurs. Dès lors, on peut considérer que les effets de réseau ont un effet positif sur l'innovation.

De la même manière, l'AFEC tient à souligner que l'existence d'économies d'échelle ne signifie pas que l'entreprise dispose *de facto* d'un fort pouvoir de marché ou agit de manière anticoncurrentielle³⁸. Comme l'a relevé la Commission les économies d'échelles sont pour la plupart élevées en ce qui concerne les plateformes digitales.³⁹ Toutefois, si les économies d'échelle peuvent être considérées comme des barrières à l'entrée⁴⁰, elles peuvent également générer des gains d'efficacité et conduire à de l'innovation. Ainsi, les autorités française et britannique de concurrence ont considéré dans leur rapport sur les écosystèmes ouverts et fermés, que les écosystèmes ouverts génèrent des gains d'efficacité sous la forme d'effets de réseaux⁴¹. Concrètement, cela signifie par exemple que la mise à disposition par Google du système ouvert Android, permet à chaque constructeur de réaliser une

37 Par "utilisateurs" nous visons à la fois les commerçants et les clients finaux qui ont recours aux plateformes.

38 Sur cette position, *The role of "big data" in online platform competition*, Andres V. Lerner, 26 août 2014, disponible à l'adresse suivante : <file:///C:/Users/Romain/Downloads/SSRN-id2482780.pdf>.

39 *The competitive Landscape of Online Platforms*, JCR Technical Reports, 2017, p.9, disponible à l'adresse suivante : <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc106299.pdf>.

40 CJCE, case 27/76, *United Brands and United Brands Continental v. Commission*, EU:C:1978:22.

économie de coût de production majeure dès lors qu'ils n'ont pas besoin de créer leur propre système OS et peuvent dès lors orienter leurs investissements vers des projets innovants⁴².

Sur la question des produits *copycat*, si on les définit comme étant la copie conforme d'un site internet ou d'une application mobile, bien évidemment certains considèrent que le *copycat* ne peut conduire à de l'innovation⁴³, car il ne créerait aucun nouveau produit et *a fortiori* aucune innovation. L'AFEC tient à souligner que dans un récent cas de fusion entre plateformes dans le secteur de l'immobilier, l'Autorité de la concurrence française a, après qu'un tiers ait déclaré que « *Logic-Immo est [...] actuellement un copycat [une copie conforme] de SeLogger* »⁴⁴, constaté que le *copycat* n'exerçait qu'une pression concurrentielle faible sur SeLogger⁴⁵. Dès lors, il apparaît nécessaire pour les autorités de concurrence d'apprécier la réalité d'un *copycat* et la pression concurrentielle exercée par le *copycat* sur le produit original. En outre, il semble que les produits *copycat* peuvent contraindre les entreprises des produits originaux à encore plus différencier leur produit et donc à innover.

II. Prise en compte de l'innovation dans les gains d'efficacité et/ou de perte de concurrence potentielle

La prise en compte de l'innovation dans les concentrations intervenant dans le secteur numérique est essentielle dès lors que, comme évoqué précédemment dans le cadre de l'analyse des sous-groupes précédents, les critères traditionnels (tels que les prix, etc..) ne sont pas toujours pertinents. En particulier, le facteur innovation joue un rôle primordial dans l'analyse des effets d'une concentration réalisée dans un secteur très dynamique tel que celui du digital. Il serait dès lors opportun pour la Commission de proposer dans une communication ou des lignes directrices consacrées aux spécificités d'analyse dans l'économie numérique quelle analyse des gains d'efficacité elle pourrait adopter notamment en matière d'incitation à l'innovation et/ou de perte de concurrence potentielle.

A ce titre, l'analyse de Jullien et Lefouili [2018]⁴⁶ montre les effets divers que peut provoquer une opération de concentration sur les incitations à l'innovation et souligne toute l'ambiguïté à laquelle peut conduire une appréciation de l'impact global de l'opération sur l'innovation. De manière très pertinente, ils identifient notamment les conditions dans lesquels les effets positifs de l'opération pourraient l'emporter sur les effets négatifs :

- l'innovation a pour effet d'augmenter la demande et non de permettre un accroissement de la marge des entreprises à la fusion ;
- l'innovation permet d'augmenter la différenciation entre les produits sur le marché ;
- l'innovation est susceptible de générer des *spillovers* positifs pour l'ensemble des acteurs du marché ;
- la fusion permet de générer des effets de complémentarité entre les actifs nécessaires à la R&D ou de mieux coordonner les activités de recherche.

Outre les gains d'efficacité, une nouvelle communication ou de nouvelles lignes directrices applicables à ce secteur, pourrait utilement fournir aux entreprises intervenant dans ce secteur des indications sur l'analyse spécifique de leur pouvoir de marché.

41 Autorité de la concurrence, Competition & Markets Authority, Analyse économique des systèmes ouverts et fermés, pt.4.3, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse_eco_syst_ouvert_ferme.pdf.

42 Autorité de la concurrence, Competition & Markets Authority, Analyse économique des systèmes ouverts et fermés, pt. 4.5, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse_eco_syst_ouvert_ferme.pdf.

43 The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 2, Roger D. Blair and D.Daniel Sokol, 2015, p.173.

44 Aut. Conc. , 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, § 272.

45 Aut. Conc. , décision n°18-DCC-18 du 1er février 2018, précédemment citée, § 273.

46 Bruno Jullien & Yassine Lefouili *Horizontal Mergers and Innovation, Working paper n°18-892*, , May 2018, TSE, disponible à l'adresse suivante: *Horizontal Mergers and Innovation, Working paper n°18-892*, Bruno Jullien and Yassine Lefouili.
