

Edition Multimédi@ présente ci-dessous deux interventions inédites de Bruno Lasserre, président de l'Autorité de la concurrence, portant sur la régulation des plateformes Internet : l'une au DigiWorld Summit de l'Idate le 19 novembre 2015, l'autre à Télécom Paris Tech le 7 avril 2015.

Regulating Internet platforms: new players, old tricks?

19 novembre 2015

IDATE

My presentation today will be delivered in French, in my capacity as the President of a public agency expressing himself in France- but this position is only binding on me: all questions or remarks following this presentation can of course be expressed freely in English.

Introduction

- Remerciements
- L'objet de mon propos va être d'examiner dans quelle mesure le droit de la concurrence peut apporter des réponses satisfaisantes aux problèmes de concurrence liés au développement des plateformes numériques.
- Annonce de plan : (i) quelles sont les spécificités des plateformes numériques du point de vue d'une autorité de concurrence ; (ii) le droit de la concurrence offre les moyens d'appréhender les comportements des plateformes ; (iii) les enjeux de la coexistence de différentes formes de régulation.

I. Du point de vue d'une autorité de concurrence, quelles sont les spécificités des « plateformes numériques » ?

1/ Sont visées ici les services radicalement nouveaux

- il ne s'agit pas d'un nouveau canal de distribution de biens et services qui préexistaient l'internet mais bien d'**un service, né avec internet, et qui produit sa propre valeur** → une nouvelle intermédiation entre l'utilisateur et l'offreur avec une modification dans le partage de la valeur.
- S'inscrit par ailleurs **dans le contexte d'un basculement d'une logique de propriété à une logique de partage**. *Par ex. développement des sites proposant de la musique ou des vidéos en streaming et non pas en téléchargement (Spotify, Netflix) ; développement de « l'économie collaborative » : des plateformes servent de « place de marché » permettant aux particuliers de partager ou échanger des biens (Le BonCoin, AirBnB pour les logements, Drivy pour les voitures) ou des services (Blablacar pour le covoiturage).*

2/ Ces plateformes présentent des effets pro-concurrentiels :

- Facteur de transparence sur l'étendue et la profondeur de l'offre, au bénéfice du consommateur (choix informé) mais aussi de l'offreur (plus grande visibilité)

- Exemples des plateformes de réservation hôtelière = effet de mutualisation des dépenses de publicité en ligne pour les hôteliers indépendants (Booking, 1er annonceur AdWords dans le monde), gains en termes de visibilité et accroissement de la concurrence inter-marques

3/ Ces plateformes présentent **des caractéristiques de marché qui ne sont pas nouvelles** :

- **Effets de réseau**, la valeur d'un service augmentant proportionnellement à son nombre d'utilisateurs → Mais les effets de réseau **ne sont pas propres à l'univers d'Internet** :
 - Le succès d'un nouveau standard (ex. VHS ; DVD ; Bluray) ou d'une nouvelle technologie repose souvent sur sa large diffusion, et donc sur les effets de réseau
 - Les effets de réseau découlent également de stratégies commerciales → on parle alors d'effets-club ou tribu ; cf. *offres d'abondance offertes par les opérateurs de téléphonie mobile dans les années 2000, pour les appels émis en direction de leurs propres réseaux, générant une concentration de proches et amis autour d'un seul et même réseau.*
 - Plus largement, **les externalités positives générées par les effets de réseau sont proches de celles résultant d'économies d'échelle observables dans toute industrie, en « dur » ou en ligne, avec le même risque, celui d'une élévation des barrières à l'entrée** [*p.ex. les économies d'échelle et la densité du maillage permises par un nombre de clients importants sont déterminantes pour la rentabilité d'un service de messagerie expresse*]
- **Marchés bifaces**, dans lesquels la face la plus disposée à payer subventionne la face utile :
 - **Rien d'inédit à cela** = exemple de la télévision gratuite (financée par les annonceurs), de la presse (financée par les publicités et, par le passé, par les petites annonces) mais également des cartes de paiement (utilisation par les consommateurs subventionnée par les commissions commerçants)
 - **Peut être un facteur disciplinant** – une baisse de qualité ou une hausse de prix sur la face « utile » peut être sanctionnée, réduisant l'attractivité de l'autre face ; ex. *de l'analyse du rachat du groupe L'Est républicain par le Crédit Mutuel (2011), sur le marché de la presse régionale – mais également facteur d'élévation des barrières à l'entrée* – nécessité d'être bien positionné sur les deux faces en même temps –.
- **Ecosystèmes ouverts ou fermés avec des effets ambigus sur la concurrence**
 - Eco-systèmes = Ensemble de services fonctionnant de manière combiné et complémentaire. Il s'agit d'une modalité particulière de plateformes intégrant une multiplicité de services.

- La compétitivité de ces écosystèmes sur le marché dépend notamment du nombre d'acteurs qu'ils rassemblent. La présence d'« externalités croisées » entre groupes d'utilisateurs est propice au développement de grands groupes (Google, Apple, Facebook, Amazon, etc.), rassemblant de nombreux consommateurs, développeurs, annonceurs, fournisseurs de produits, etc.
 - Débat éco-systèmes « ouverts » / éco-systèmes « fermés » :
 - ✓ Effets pro-concurrentiels de l'ouverture = (i) réduit les coûts de transfert (« switching costs »); (ii) maximise les effets de réseau des développeurs/fabricants pour ces systèmes; (iii) accroît la concurrence à l'intérieur du système en facilitant l'entrée de nouveaux composants/services...
 - ✓ ...Mais la fermeture d'un écosystème peut également être favorable à la concurrence : en particulier, les systèmes fermés augmentent la concurrence entre écosystèmes (avec pour effet d'entraîner une vive concurrence « pour le marché ») et ils peuvent accroître les incitations à innover et à entrer sur le marché en raison des profits futurs escomptés.
- **La collecte massive de données (big-data) avec des effets concurrentiels devant être appréciés au cas par cas**
 - Constat : une massification des données produites par l'utilisateur directement, en particulier sur les réseaux sociaux, mais également indirectement, en lien avec les actes de navigation et d'achat sur Internet.
 - A cette massification s'ajoute une concentration des données entre les mains de seulement quelques acteurs, notamment les géants de l'Internet : Google, Amazon, Facebook, Apple.
 - La collecte massive de données, souvent sans le consentement éclairé de la personne concernée, suscite indubitablement des questionnements sur la protection effective de la vie privée et le respect des règles relatives aux données personnelles. **Sur un plan concurrentiel, ses effets ne doivent pas être postulés mais analysés finement, au cas par cas.**
 - Projet d'**étude conjointe en cours avec le Bundeskartellamt**, qui vise à établir une grille d'analyse et une typologie des effets pro et anticoncurrentiels de l'irruption du big data. Ex. de sujets examinés :
 - Dans quelle mesure un pouvoir de marché peut être dérivé de la possession de ces données et quels sont les types d'abus susceptibles de trouver une assise dans un pouvoir de marché ainsi constitué ?
 - Des barrières à l'entrée insurmontables sont-elles érigées, au détriment de nouveaux acteurs, peut-être plus innovants ? *[économies d'échelle associées à la collecte des données sont-elles*

constantes ou tendent-elles à diminuer, voire à disparaître ? Biens non rivaux, i.e., une même donnée peut être collectée, sans difficultés, par plusieurs acteurs ?]

- Qu'est ce qui, de la détention des données ou des outils dédiés à leur traitement, confère un avantage concurrentiel ? [*rôle de l'ingénierie et des efforts déployés en interne pour augmenter la qualité du service*> par ex., corrections automatiques apportées par Google aux requêtes comportant des fautes d'orthographe ; « crawling » des sites référencés]

Toutes ces caractéristiques des plateformes numériques ne sont pas *terra incognita* pour l'Autorité de la concurrence. Elles ne présentent pas de nouveautés radicales qui conduisent à repenser le cadre d'analyse. **Elles recèlent néanmoins des spécificités que le droit de la concurrence est en mesure d'appréhender.**

II. Le droit de la concurrence offre les moyens d'appréhender les comportements des plateformes

Constat : du fait de ces différentes caractéristiques, on observe la construction de grandes entreprises qui dominent leurs secteurs d'activités. On constate même le développement de plateformes, dont le potentiel est valorisé dans des proportions considérables, avant même qu'il ne soit monétisé (ex. Whatsapp, valorisé à 22 milliards d'euros par Facebook mais au chiffre d'affaires dérisoire).

Face à ces acteurs de grande taille, se pose la question des moyens d'appréhender les comportements.

1/ Le concept de dominance constitue un standard adapté :

- La détention d'une position dominante est liée à la possibilité, pour une entreprise, d'adopter des « *comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et in fine des consommateurs* » (Hoffmann Laroche, 1979)
- **Le cadre conceptuel de la dominance est stable, clair et permet de tenir compte des évolutions du marché.** Cette notion permet de cantonner la sanction aux entreprises détenant un réel pouvoir de marché sans brider l'innovation ou la créativité commerciale des acteurs de plus petite taille.
- **La caractérisation d'une infrastructure essentielle ne constitue pas un pré-requis pour qu'intervienne une autorité de concurrence**
 - o la pratique décisionnelle de l'Autorité atteste de la possibilité d'asseoir des remèdes pertinents et durables sur la qualification de comportements discriminatoires – ce fût le cas dans l'affaire NavX (2010) sur laquelle je reviendrai ; ce fût le cas également récemment dans une affaire Cegedim (2014) – (*accès à une base de données d'informations médicales: l'Autorité a relevé que même en l'absence de facilité essentielle, un refus d'accès opposé de manière discriminatoire par une entreprise en position dominante peut*

constituer un abus de position dominante, dès lors qu'il fausse de manière sensible le jeu de la concurrence).

- Il existe également plusieurs précédents de remèdes robustes, incluant une dimension tarifaire, sans qu'il y ait eu recours à la notion d'infrastructure essentielle (ex. *décision Reuters de la Commission européenne (2012)*¹, *s'appuyant sur un risque de forclusion provoqué par l'élévation des coûts de transfert des clients du service d'information financière en temps réel de Reuters + la pratique décisionnelle en matière de ciseau tarifaire = de jurisprudence constante (Telefonica), l'intrant n'a pas à être indispensable mais seulement « important »*)

2/ L'Autorité a une approche audacieuse de l'abus de position dominante : elle n'hésite pas à sanctionner des comportements qui ne figurent pas dans la liste, non exhaustive, des pratiques énumérées aux articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE. La Commission européenne et la Cour de justice adoptent des approches semblables.

- L'Autorité de la concurrence sanctionne les comportements discriminatoires (Ex. *affaire Navx (2010) : L'Autorité a jugé discriminatoire la manière dont Google appliquait sa politique de contenus AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers en France. Google a souscrit des engagements visant à rendre plus transparent et prévisible pour les annonceurs le fonctionnement de son service AdWords*). L'Autorité sanctionne également les comportements visant à avantager de façon discriminatoire les propres services de l'acteur en position dominante (07-D-33, *France Telecom fournissant des données plus fines et actualisées à sa filiale, Wanadoo, sur l'éligibilité ADSL des foyers, par rapport à ses concurrents à l'aval*)
- Affaires Google en cours devant la Commission européenne : *les pratiques discriminatoires sont au cœur des griefs formulés en avril 2015 : il est reproché à Google de favoriser son propre produit de comparaison de prix dans ses pages de résultats de recherche générale*².
- De façon novatrice, l'Autorité n'hésite pas à sanctionner, sur le fondement de l'abus de position dominante, des comportements de dénigrement : (ex. *affaires « Plavix »*³ et « Subutex »⁴ (2013) : *des laboratoires ont été sanctionnés pour avoir entravé*

¹ Décision d'engagements visant à remédier aux préoccupations de concurrence suscitées par les obstacles posés par Thomson Reuters (« TR ») à l'utilisation, par ses clients ou des tiers, de ces codes d'instruments financiers « propriétaires » en vue de migrer, partiellement ou totalement, vers un autre fournisseur de flux agrégés de données financières délivrées en temps réel – marché sur lequel TR semble être dominant –. Remèdes prenant la forme d'engagements d'octroi de licence d'utilisation des codes RICs pour les clients et les tiers développeurs de tables de correspondance, à un prix déterminé.

² Cf. Communiqué de presse de la Commission du 15 avril 2015 annonçant la transmission d'une communication des griefs à Google au sujet de son service de comparateur de prix- http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4781_fr.htm

³ Dans l'affaire Plavix, il a été reproché à Sanofi-Aventis d'avoir véhiculé, à travers ses visiteurs médicaux et ses délégués pharmaceutiques, un discours trompeur dans l'esprit des professionnels de santé sur les qualités des produits concurrents du Plavix. [confirmé par la Cour d'appel de Paris, arrêt du 18 décembre 2014]

⁴ Dans l'affaire Subutex il a été reproché à Schering-Plough d'avoir organisé des séminaires, des réunions téléphoniques et préparé des modèles d'argumentaires à destination de ses visiteurs médicaux et délégués

l'entrée sur le marché, ou le développement, de génériques concurrents, en les dénigrant auprès des professionnels).

- L'Autorité sanctionne les « pratiques d'éviction » (ex : *décision Fret SNCF (2012) : stratégie d'éviction des concurrents dans un contexte d'ouverture du marché⁵ ; décision Le 10Sport (2014) : lancement du journal « Aujourd'hui Sport » par l'acteur en monopole sur le marché de la PQN sportive en vue d'éliminer un concurrent nouvel entrant sur le marché).*
 - La Cour de justice de l'UE a également eu recours à cette notion plus générale d'éviction, qui vise l'effet des pratiques, dans un arrêt Post Danmark (2012) : *questionnée à propos du comportement d'une entreprise en position dominante consistant à appliquer des prix bas à l'égard de certains anciens clients d'un concurrent, la Cour de justice⁶ s'est référée aux notions de « effet d'éviction » ou « pratique d'éviction abusive », et n'a pas eu recours aux qualifications plus classiques de prix discriminatoires ou prix prédateurs.*
- ➔ Les autorités de concurrence peuvent ainsi faire preuve de souplesse pour appréhender tout type de pratiques de plateformes numériques en position dominante.

3/ Certains comportements des plateformes numériques peuvent être appréhendés sous l'angle du droit des ententes :

Exemples de pratiques s'appuyant sur les relations contractuelles entre la plateforme et ses partenaires : cf. *affaires Booking.com. Les clauses de parité ont été appréhendées sur le fondement de l'article 101 TFUE. Des clauses de parité font également l'objet d'un examen dans le cadre de la procédure ouverte en 2015 contre Amazon par la Commission au sujet des livres numériques⁷.*

4/ Les capacités d'intervention de l'Autorité sont en phase avec l'horizon géographique et temporel de l'économie numérique

- Enjeu territorial : les pratiques des opérateurs excèdent largement les limites d'un seul Etat
 - o L'Autorité sanctionne et/ou impose des remèdes à des groupes d'envergure mondiale (Johnson&Johnson, Colgate-Palmolive, Sanofi-Aventis, Apple, Google, bientôt Nespresso et le groupe Nestlé...).
 - o Si l'Autorité ne peut intervenir qu'à l'égard des pratiques qui sont susceptibles de produire des effets sur le territoire français, ses décisions n'en revêtent pas moins, en pratique, une portée plus large

pharmaceutiques afin qu'ils diffusent auprès des médecins et pharmaciens un discours alarmiste sur les risques encourus à prescrire ou délivrer le générique d'Arrow, alors que Schering-Plough ne disposait pas d'études médicales spécifiques qui auraient pu justifier un tel argumentaire.

⁵ Plusieurs pratiques ont été reprochées à la SNCF : l'utilisation à des fins commerciales, des d'informations confidentielles obtenues dans le cadre de sa mission publique de gestion des infrastructures, introduction d'obstacles à l'accès des concurrents aux capacités ferroviaires et pratique de prix d'éviction auprès de certains clients et sur certains trafics.

⁶ CJUE, C-209/10 27 mars 2012, Post Danmark

⁷ Procédure formelle d'examen concernant certaines pratiques commerciales d'Amazon en matière de distribution de livres numériques («e-books») ouverte par la Commission en juin 2015.

→ ex. dans l'affaire NavX, l'Autorité a enjoint à Google de modifier sa politique de contenus AdWords en clarifiant le contenu des interdictions ainsi que les procédures de suspension qui découlent de leur violation. Or Google a, en pratique, appliqué ses modifications à tous ses annonceurs utilisant AdWords, dans tous les pays concernés par ce service. (autre ex. Booking.com)
→ ex. de l'affaire Booking = solution coordonnée et adoptée par 3 autorités de concurrence, entraînant un changement des conditions d'utilisation du site à l'échelle de l'Europe (les autorités grecque, anglaise, suisse ou polonaise ont clôturé leurs affaires sur la base de la solution adoptée par l'Autorité conjointement avec les autorités suédoise et italienne)

- L'Autorité appartient à un réseau qui rassemble les autorités de concurrence de l'UE, fonctionnant selon des modalités de coopération sans équivalent dans le monde. Cette coopération assure à l'Autorité une capacité de « projection » hors de son territoire pour recouvrer les éléments de preuve et informations essentiels à son travail d'investigation. (ex. de coopérations efficaces : l'affaire des farines (assistance mutuelle au titre des articles 12 et 22 du règlement n° 1/2003), le papier peint (OVS simultanée) et produits d'hygiène et entretien (inspiré de l'expérience de l'Autorité allemande en la matière)

- Enjeu temporel

- L'Autorité dispose de pouvoirs d'urgence à travers l'outil des **mesures conservatoires** qui lui permettent d'agir efficacement et en temps utile pour prévenir les effets irrémédiables des comportements sur lesquels reposent de forts soupçons d'illégalité. (ex : Iphone (2008) ; Google Adwords (2010) précité).
- De telles mesures ont pu être ordonnées à des étapes décisives d'ouverture de marchés (Internet, ADSL, gaz, électricité...)
- Les engagements constituent un outil efficace et flexible pour trouver rapidement des solutions avec les acteurs du marché, qui soient proportionnées et adaptées pour ne pas freiner l'innovation (ex : Iphone (2010), Navx précité (2010), et Booking.com précité (2014))
- **Les procédures négociées et les engagements constituent des réponses adaptées face aux évolutions rapides des technologies et des marchés.** En effet, au premier stade du développement d'un nouveau modèle de l'économie numérique, il peut être délicat d'apprécier si celui-ci va se développer et s'installer durablement sur le marché. Dans ces circonstances, l'Autorité fait preuve de prudence et privilégie des solutions trouvées « dans le marché ».

III. Les enjeux de la coexistence de différentes formes de régulation

1/ Un atout de l'Autorité de la concurrence : la logique universelle qui préside à son action

- L'Autorité peut s'attaquer aux situations de fait qui exigent son intervention, sans que sa compétence ne dépende de la nature des services (*édition ? distribution ?*)

« hébergement » ?), du lieu d'établissement des entreprises (*application de la théorie des effets*) ou du secteur en cause. **L'Autorité est ainsi en mesure d'appréhender les enjeux concurrentiels de manière globale en dépassant les préoccupations d'un écosystème particulier.**

- L'absence de compétence partagée en matière de régulation concurrentielle est facteur de clarté et de cohérence (cf. avis O9-A-50 de l'Autorité qui, tout en approuvant l'extension des pouvoirs du Médiateur du cinéma, s'est montrée défavorable à l'octroi à ce même Médiateur de pouvoirs touchant directement à la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'Autorité a préféré promouvoir un mécanisme de renvoi réciproque entre les deux autorités).

2/ **Une coexistence de différentes formes de régulation venant protéger des intérêts légitimes distincts peut en revanche renforcer mutuellement l'action de chacun : L'exemple en matière de données personnelles :**

- Evolution du cadre réglementaire qui crée un contre-pouvoir de la demande et peut faciliter l'avènement de solutions « dans le marché » (cf. le projet de règlement européen):
 - **Le droit à la portabilité des données** constitue une des nouveautés du projet de règlement européen en cours de discussion et permet d'obtenir le transfert de ses données personnelles d'une application automatisée, par exemple un réseau social, vers une autre application. Ce droit peut limiter les risques de verrouillage inhérents à l'appartenance à un réseau social en encourageant le recours, par un membre, à d'autres réseaux sociaux, de manière cumulative ou alternative.
 - **La limitation de la durée de conservation des données.** Cette mesure facilite une remise en cause des positions acquises sur le marché et abaisse les barrières à l'entrée pour les nouveaux entrants, en particulier dans l'hypothèse où le rachat de bases de données à un tiers ne constitue pas une option viable ou suffisante.
 - **La transparence sur la nature des données collectées, la finalité du traitement ou les destinataires des informations, y compris des tiers,** dote le consommateur des moyens de comparer les offres en fonction du critère spécifique de la préservation de sa vie privée. Il s'agit d'un puissant ressort de diversification de l'offre à destination de consommateurs mieux informés.
- L'action récente de la CNIL, en coopération avec ses homologues européens, ciblant les changements apportés par Google à sa politique de confidentialité, atteste également de la complémentarité de nos actions :
 - ✓ La CNIL a notamment sanctionné Google qui s'autorisait, sans base légale, à procéder à la combinaison de l'intégralité des données qu'elle collecte sur les utilisateurs à travers l'ensemble de ses services
 - ✓ Ce croisement de données peut également constituer un objet d'enquête pour l'Autorité, s'il s'avérait que ces données constituaient un avantage non

réplicable et que leur utilisation présentait un réel risque d'éviction, comme elle relevait dans son avis de 2010 sur la pratique dite du « cross-selling ».

* *
*

- En conclusion, quelques principes qu'il convient de garder à l'esprit avant de poser les jalons d'une nouvelle régulation :
 - ✓ Privilégier une approche « horizontale » à une approche catégorielle, sauf à apporter la preuve de contraintes spécifiques (p.ex. la situation de monopole naturel sur une infrastructure essentielle au développement d'activités à l'aval ou connexes)
 - ✓ Identifier un objectif d'intérêt général autonome et non couvert par une régulation/réglementation existante.
 - ✓ Veiller au caractère proportionné de l'intervention :
 - Dans sa portée, qui ne doit pas produire d'effets de bord qui seraient pires que le mal que l'on entend soigner
 - Dans sa durée, en particulier pour les mesures catégorielles qui ne doivent pas subsister une fois que le marché est en capacité de s'autoréguler (cf. régulation sectorielle et tendance naturelle des marchés à basculer dans la régulation économique de droit commun, i.e., le droit de la concurrence).

FIN

« Réguler un modèle dominant : l'économie des plateformes numériques ?

Les approches des autorités de régulation »

7 avril 2015

Télécom Paris Tech (46 rue Barrault, 75013)

INTRODUCTION

- Lorsqu'il est question de réguler les plateformes, plusieurs objectifs s'entrecroisent :
 - défense du pluralisme et de la liberté d'expression ;
 - protection des données personnelles et plus largement de la vie privée ;
 - protection de l'autonomie et de la liberté de choix du consommateur ;
 - préservation d'un terrain de jeu concurrentiel et ouvert ;
 - logique industrielle de promotion d'alternatives, de préférence européennes ;
 - atténuation de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent les opérateurs économiques vis-à-vis des plateformes dominantes.
- Cette diversité d'objectifs est reflétée par la diversité des autorités indépendantes invitées à prendre part à cette table-ronde, qui chacune reflète un pan de la régulation.
- Position particulière, parmi les autorités de régulation, de l'Autorité de la concurrence dans le débat en cours sur la régulation des plateformes, qui est à la fois concernée par toutes ses ramifications [*données personnelles en tant que pouvoir de marché ; loyauté des plateformes dans le classement/référencement, etc.*] mais qui n'est destinataire directe d'aucune des solutions proposées [*à la différence p.ex. de la CNIL ou de l'ARCEP, voire du CSA susceptible d'exercer un rôle dans la mise en œuvre d'un nouveau principe de loyauté*] :
 - Dans son versant purement économique, sous l'angle de la relation entre opérateurs économiques et non opérateurs/consommateurs, la question de la régulation des plateformes est née en grande partie de la perception des insuffisances des procédures européennes visant actuellement Google ;
 - Plus largement, perception d'une insuffisance de l'intervention *ex post* et au cas par cas.
 - A rebours de la tendance naturelle vers un basculement dans la régulation de droit commun, c'est-à-dire l'application exclusive du droit de la concurrence [*p.ex. les télécoms – du « dégroupage » de la boucle locale de cuivre à l'absence de « dégroupage » de la fibre*], il est ici question de faire entrer un nouveau type de services et d'acteurs dans le champ de la régulation *ex ante*.

- Je souhaite revenir sur les différents termes du débat, sur la base de mon expérience propre, celle d'une autorité nationale de concurrence en prise par le passé avec des « plateformes numériques » et insérée dans un réseau européen dont le niveau d'intégration demeure inédit, en Europe comme ailleurs :
 - Quelles sont les spécificités des « plateformes numériques » et quelles nouveautés présentent-elles comme objet d'analyse, du point de vue d'une autorité de concurrence ? (I)
 - Quels enjeux pour l'analyse substantielle ? (II)
 - Quels enjeux institutionnels ? (III)
- **LES « PLATEFORMES NUMERIQUES », NOUVEL OBJET D'ANALYSE ?**

Un service nouveau, organisant la profusion inhérente à l'internet

- Définition donnée par le Conseil d'Etat dans son étude annuelle = services de référencement et ou de classement de contenus, biens ou services édités ou fournis par des tiers et partagés sur le site de la plateforme ;
- Service radicalement nouveau = n'est pas un nouveau canal de distribution de biens et services qui préexistaient l'internet mais bien un service, né avec internet, et qui produit sa propre valeur → nouvelle intermédiation entre l'utilisateur et l'offreur

Des effets pro-concurrentiels

- Facteur de transparence sur l'étendue et la profondeur de l'offre, au bénéfice du consommateur (choix informé) mais aussi de l'offreur (plus grande visibilité)
- Exemples des plateformes de réservation hôtelière = effet de mutualisation des dépenses de publicité en ligne pour les hôteliers indépendants (Booking, 1^{er} annonceur AdWords dans le monde), gains en termes de visibilité et accroissement de la concurrence inter-marques
- Exemples des comparateurs de prix / enquête sectorielle e-commerce de l'Autorité (2012)

Des caractéristiques de marché qui ne sont pas nouvelles...

- Effets de réseau, la valeur d'un service augmentant plus que proportionnellement à son nombre d'utilisateurs [*p.ex. économies d'échelle et densité du maillage d'une messagerie expresse permises par un nombre de clients importants*]
- Marchés bifaces, dans lesquels la face la plus disposée à payer subventionnent la face utile = *exemple de la télévision gratuite (financée par les annonceurs) mais également des cartes de paiement (utilisation par les consommateurs subventionnée par les*

commissions commerçants) → facteur disciplinant – *les acteurs doivent satisfaire la*

demande sur les deux faces – mais également facteur d'élévation des barrières à

l'entrée – nécessité d'être positionné sur les deux faces en même temps –.

...Mais dont les effets sont démultipliés dans l'univers numérique

- Empreinte géographique sans équivalent (*dimension planétaire des réseaux sociaux et des moteurs de recherche, sauf effet de réglementations restrictives ou protectionnistes en Chine ou en Russie*)
- Prévalence du modèle de gratuité = contrepartie de la collecte et du traitement de données personnelles et/ou stratégie visant à modeler les habitudes des consommateurs, en vue de facturer la prestation une fois celle-ci devenue indispensable.
- Absence de rendement décroissement dans les services dématérialisés = coût de production d'une unité de service supplémentaire tend vers zéro

Un modèle de concurrence aux effets ambigus : la concurrence en silos

- Ensemble de services fonctionnant de manière combiné et complémentaire.
- La compétitivité de ces écosystèmes sur le marché dépend notamment du nombre d'acteurs qu'ils rassemblent. La présence d'« externalités croisées » entre groupes d'utilisateurs est propice au développement de grands groupes (Google, Apple, Facebook, Amazon, etc.), rassemblant de nombreux consommateurs, développeurs, annonceurs, fournisseurs de produits, etc.
- Débat éco-systèmes « ouverts » / éco-systèmes « fermés » :

- Effets pro-concurrentiels de l'ouverture = (i) réduit les coûts de transfert (« switching costs »); (ii) maximise les effets de réseau des développeurs/fabricants pour ces systèmes; (iii) accroît la concurrence à l'intérieur du système en facilitant l'entrée de nouveaux composants/services...
- ...Mais la fermeture d'un écosystème peut également être favorable à la concurrence : en particulier, les systèmes fermés augmentent la concurrence entre écosystèmes (avec pour effet d'entraîner une vive concurrence « pour le marché ») et ils peuvent accroître les incitations à innover et à entrer sur le marché en raison des profits futurs escomptés.
- **LE DROIT DE LA CONCURRENCE APPREHENDÉ LES COMPORTEMENTS DES PLATEFORMES ; IL EST NEUTRE SUR LEUR EXISTENCE**
- S'il ne m'est pas possible, dans le cadre de la présente table-ronde, de commenter des affaires en cours visant certaines plateformes numériques, que ce soit au niveau européen ou devant l'Autorité, certains principes d'analyse peuvent utilement être rappelés.

L'existence d'une position dominante, voire d'un statut de « gatekeeper », n'autorise pas en tant que telle une autorité de concurrence à intervenir

- L'Autorité n'a pas vocation à trancher le débat autour du partage de la valeur ajoutée entre intermédiaires, web-marchands et services verticaux.
- Cependant, des évolutions du cadre réglementaire, notamment en matière de protection des données personnelles peuvent concourir à l'établissement d'un terrain de jeu concurrentiel [*cf., de manière parallèle, la promotion de la mobilité inter-enseignes par la limitation de la durée des « affiliations » des commerçants indépendants = réglementation au-delà de l'application du droit de la concurrence qui contribue à rebattre les cartes entre groupes de la grande distribution*] :
 - **Le droit à la portabilité des données** constitue une des nouveautés du projet de règlement européen en cours de discussion et permet d'obtenir le transfert de ses données personnelles d'une application automatisée, par exemple un réseau social, vers une autre application. Ce droit peut limiter les risques de verrouillage inhérents à l'appartenance à un réseau social en encourageant le recours, par un membre, à d'autres réseaux sociaux, de manière cumulative ou alternative.
 - **La durée de conservation des données** est proportionnelle à l'objectif recherché par le responsable du traitement et se doit d'être raisonnable. Or, en instaurant une durée limite de conservation, la législation facilite une remise en cause des positions acquises sur le marché et abaisse les barrières à l'entrée

pour les nouveaux entrants, en particulier dans l'hypothèse où le rachat de bases de données à un tiers ne constitue pas une option viable ou suffisante.

- **La transparence sur la nature des données collectées, la finalité du traitement ou les destinataires des informations, y compris des tiers**, dote le consommateur des moyens de comparer les offres en fonction du critère spécifique de la préservation de sa vie privée. Il s'agit d'un puissant ressort de diversification de l'offre à destination de consommateurs mieux informés.
- Ces évolutions créent un contre-pouvoir de la demande et peuvent faciliter l'avènement de solutions « dans le marché ».

Les autorités de concurrence doivent prendre garde à intervenir de manière efficace sans pour autant tuer l'innovation

- Le bien-être du consommateur demeure le mètre-étalon pour juger de l'opportunité et de la nécessité de notre intervention :
 - Affaires anciennes = 1/ (2005) remises de couplage proposées par Groupe Canal + pour la souscription, par ses abonnés, d'une offre couplée Canal + /

CanalSat, à partir d'un décodeur unique → recevabilité des arguments tenant

aux économies de coût de gestion pour l'entreprise et d'avantages pour le consommateur (un décodeur au lieu de deux ; facturation simple) ; 2/ (2004) constitution d'un éco-système fermé autour du couple baladeur Ipod / site de téléchargement de musique en ligne Itunes. Un concurrent sur l'offre de musique en ligne, Virgin Mega, dénonçait cette pratique : or, sur un marché encore émergent, le Conseil de la concurrence n'a pas voulu dicter aux opérateurs le « bon modèle », i.e. éco-système fermé ou ouvert, dans la mesure où les effets d'une concurrence entre éco-système fermés sont ambigus. La concurrence entre éco-systèmes fermés peut en effet inciter à l'investissement et à l'innovation, l'entreprise étant assurée de tirer bénéfice du développement de sa plateforme sans risque de parasitisme.

- Récemment, l'affaire des plateformes de réservation hôtelière en ligne illustre la nécessité de rechercher un équilibre = les OTA procurent des avantages

nombreux → accroissement de la transparence de l'offre pour le

consommateur + plus forte visibilité pour les hôteliers, prise en charge du coût de publicité et réduction du risque financier *via* un système de paiement par

réservation plutôt qu'un coût / click. → les clauses de parité, qui visent selon

les OTA, à maintenir ce modèle « vertueux » en le préservant du parasitisme, induit cependant une uniformisation des prix entre OTA et réduit de fait la

concurrence entre OTA, notamment sur le niveau de commission prélevé →

enjeu : trouver le bon curseur.

L'application du droit de la concurrence demeure un instrument puissant de rétablissement de la loyauté des relations entre les plateformes dominantes et leurs partenaires commerciaux

- L'affaire Google AdWords / NavX = illustration de la capacité de l'Autorité à intervenir en matière de traitement discriminatoire mis en œuvre par des opérateurs dominants [ou détenteurs d'une infrastructure ou de données essentielles - cf. affaire France Télécom sur les données relatives à l'éligibilité des lignes ADSL dans les

DOMs ; mesures conservatoires GDF] → l'objectif de « loyauté » est satisfait par les

engagements pris par Google = précision sur le champ des interdictions fixées par la politique de contenus AdWords, y compris leur modification (préavis de 3 mois) ; précision sur la procédure mise en œuvre en cas de contrariété avec la politique de contenus ; préavis obligatoire avant suspension du compte ;

- Autre enseignement = sont visés les pratiques susceptibles d'avoir un véritable effet d'éviction vis-à-vis de fournisseurs de contenus, que ceux-ci soient d'ailleurs en concurrence avec le fournisseur d'accès à Internet ou non [cf. discrimination de second niveau dans l'affaire NavX, avec distorsion du jeu concurrentiel sans que l'entreprise, Google, mettant en œuvre la pratique, ne soit directement partie prenante sur le marché affecté, le marché des bases de données radar]
- Ce contrôle des éventuels comportements discriminatoires susceptibles d'avoir des effets d'éviction se donne à voir sur un autre terrain également central pour les plateformes numériques, cette-fois ci dans leur relation avec les détenteurs de réseaux :
 - L'Autorité a ainsi pris part au débat sur la neutralité du net à travers le prisme du droit de la concurrence en adoptant, en septembre 2012, une décision sur un différend opposant l'opérateur américain Cogent et France Télécom, première

décision rendue par une autorité de concurrence dans le monde sur la question de la facturation par les opérateurs de réseau de l'ouverture de capacités complémentaires.

- Dans ce dossier, l'opérateur de transit américain Cogent reprochait à France Télécom (opérant sous la marque Open Transit) de remettre en cause le système de « peering » - c'est-à-dire d'échange gratuit de flux entre deux réseaux existant entre opérateurs de transit – en demandant à être rémunéré pour l'ouverture de capacités techniques supplémentaires d'accès aux utilisateurs finaux. Cogent assurait en effet à l'époque un transit très significatif de données pour le site Internet MegaUpload vers des abonnés Orange, dû aux vidéos téléchargées par les internautes.
- L'Autorité a considéré que compte tenu du caractère très asymétrique des échanges de trafic entre Cogent et France Télécom (à savoir un trafic entrant vers Orange de l'ordre de 13 fois supérieur au trafic sortant vers Cogent), la demande de facturation - dérogeant au principe du peering (à savoir l'échange gratuit) – ne constituait pas une pratique anticoncurrentielle dans la mesure où une telle rémunération :

Correspondait à la politique générale de « peering » adoptée par France Télécom (définissant un ratio de trafic de 2,5 entre le trafic entrant et le trafic sortant), dont Cogent était informé, et

N'était pas une pratique inhabituelle dans le monde de l'Internet en cas de déséquilibre important des flux entrant et sortant entre deux réseaux.

- Illustration du fait que le droit de la concurrence n'a pour vocation de trancher le débat sur le partage de la valeur ajoutée entre fournisseurs de contenus et détenteurs de l'infrastructure = l'affaire Cogent illustre le fait que des justifications techniques et économiques peuvent très bien être avancées pour justifier une facturation asymétrique, p.ex. lorsqu'un service est particulièrement gourmand en bande passante.

→ la décision de consacrer cette solution au niveau législatif, comme le recommande

le Conseil d'Etat dans son étude annuelle, dépasse le champ d'intervention du régulateur de la concurrence et relève des décideurs politiques.

Les marges d'intervention d'une autorité de concurrence ne sont pas conditionnées à la caractérisation d'une infrastructure essentielle

- Les débats sur la régulation des plateformes se focalisent sur le standard, présenté comme trop élevé, de la facilité essentielle.

- A mon sens, ce débat est trop réducteur :
 - la pratique décisionnelle de l’Autorité atteste de la possibilité d’asseoir des remèdes pertinents et durables sur la qualification de comportements discriminatoires ;
 - la procédure conduite par la Commission européenne ne bute pas tant sur la « theory of harm » que sur l’efficacité des engagements et leur capacité à remédier aux effets d’éviction constatés, à titre préliminaire, par la Commission ;
 - plusieurs précédents existent de remèdes robustes, incluant une dimension tarifaire, sans qu’il y ait eu recours à la théorie des facilités essentielles = cf. la décision Reuters Instrument Code de la Commission européenne (2012), s’appuyant sur un risque de forclusion provoqué par l’élévation des coûts de sortie des clients du service de Reuters d’information financière en temps réel.
- **ENJEUX PROCEDURAUX ET INSTITUTIONNELS**

Une intervention en phase avec l’horizon géographique et temporel de l’économie numérique

Deux enjeux : (i) territoriaux et (ii) temporels

(i) l’internationalisation des acteurs et des pratiques ne les fait pas échapper à la compétence du régulateur national :

- L’Autorité intervient régulièrement pour sanctionner des groupes d’envergure mondiale (Johnson&Johnson, Colgate-Palmolive, Sanofi-Aventis, etc.) ou leur imposer des remèdes (Apple, Google, bientôt Nespresso et le groupe Nestlé).
- Si l’Autorité ne peut intervenir qu’à l’égard des pratiques qui sont susceptibles de produire des effets sur le territoire français, ses décisions n’en revêtent pas

moins, en pratique, une portée plus large → dans l’affaire NavX, l’Autorité a

enjoint à Google de modifier sa politique de contenus AdWords en clarifiant le contenu des interdictions ainsi que les procédures de suspension qui découlent de leur violation. Or Google a en pratique appliqué ses modifications à tous ses annonceurs utilisant AdWords, dans tous les pays concernés par ce service + l’affaire Cogent / France Télécom, première prise de position d’une autorité de concurrence dans le débat sur la neutralité de l’internet.

- L’Autorité appartient à un réseau qui rassemble les autorités de concurrence de l’UE, fonctionnant selon des modalités de coopération sans équivalent dans le

monde qui assurent à l'Autorité une capacité de « projection » hors de son territoire pour recouvrer les éléments de preuve et informations essentiels à son travail d'investigation.

(ii) le temps de la régulation doit pouvoir être en phase avec le temps économique. L'Autorité dispose à cet égard de pouvoirs d'urgence à travers l'outil des mesures conservatoires qui lui permettent de réagir efficacement et en temps utile pour prévenir les effets irrémédiables de comportements sur lesquels reposent de forts soupçons d'illégalité.

Elle y a eu recours à **30 reprises** depuis 2000, un record en Europe. L'objectif, à mon sens, est d'exporter le standard souple et adapté qui existe en France ailleurs en Europe, garantissant ainsi que les autorités de concurrence soient mises en capacité de répondre à l'urgence, lorsqu'elle se présente.

Un atout : la logique universelle qui préside à l'action de l'Autorité

- **La logique universelle qui préside à l'action de l'Autorité lui permet de s'attaquer directement aux situations de fait qui exigent son intervention, sans que sa compétence ne dépende de la nature des services (*édition ? distribution ? « hébergement » ?*), du lieu d'établissement des entreprises (*par application de la***

théorie des effets) **ou du secteur en cause.** → l'Autorité peut ainsi appréhender les

enjeux concurrentiels de manière globale en dépassant les préoccupations d'un écosystème particulier.

- **l'absence de compétence partagée en matière de régulation concurrentielle est facteur de clarté et de cohérence** = cf. incertitudes nées d'une application cumulative régulateurs sectoriels/autorités de concurrence au Royaume-Uni ; cf. position exprimée par l'Autorité, qui, tout en approuvant l'extension des pouvoirs du Médiateur du cinéma, s'est montrée défavorable à l'octroi à ce même Médiateur de pouvoirs touchant directement à la mise en œuvre du droit de la concurrence [*qui aurait en outre conduit le juge administratif à développer sa propre jurisprudence relative à l'application, par le Médiateur, du droit de la concurrence, aux côtés de celle de la Cour d'appel de Paris*], préférant promouvoir un mécanisme de renvoi réciproque entre les deux autorités (*avis 09-A-50*).

FIN