



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
1^{er} mai 2019
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement
Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Dix-huitième session

Genève, 10-12 juillet 2019

Point 3 a) i) de l'ordre du jour provisoire

Questions de concurrence dans le contexte de l'économie numérique

Note du secrétariat de la CNUCED¹

Résumé

Les grandes entreprises technologiques se sont imposées dans de nombreux domaines de la vie quotidienne, des achats jusqu'aux interactions sociales. En 2018, Amazon, Apple, Facebook et Google figuraient dans la liste des 10 premières capitalisations boursières en lieu et place des compagnies pétrolières et gazières et des entreprises de télécommunication. Les plateformes numériques offrent de nombreux avantages, mais elles se sont aussi largement approprié les données des consommateurs, ce qui leur confère une position de force sur le marché. Cette situation pose problème en ce qui concerne non seulement la concurrence, mais aussi la protection du consommateur et de la vie privée. De nombreux pays étudient les effets négatifs qui résultent du pouvoir de marché acquis par ces plateformes et cherchent des moyens d'y remédier.

La présente note porte sur les caractéristiques propres aux plateformes numériques et leurs incidences sur le droit et la politique de la concurrence. Elle recense les domaines du droit de la concurrence dans lesquels il est nécessaire d'adapter la législation pour contrer les effets négatifs qui peuvent découler de l'activité des plateformes dominantes. On y trouvera quelques possibilités d'action susceptibles de protéger et de promouvoir la concurrence dans l'économie numérique.

¹ La mention d'une entreprise ou d'un procédé breveté n'implique aucune approbation de la part de l'Organisation des Nations Unies.



I. Introduction

1. Grâce au progrès technologique, les consommateurs disposent de nouveaux produits et services, souvent gratuits. Les plateformes numériques ont joué un rôle moteur dans cette évolution et exercé des effets perturbateurs dans de nombreux secteurs de l'économie. Elles constituent l'infrastructure de nombreux services, dont les places de marché (Amazon), les magasins d'applications (Apple), les réseaux sociaux (Facebook) et les moteurs de recherche (Google). Dans certains secteurs, le développement des plateformes influe non seulement sur la nature des transactions, mais également sur la capacité des entreprises de se développer rapidement, ce qui modifie la structure de ces secteurs². Les grandes sociétés technologiques ont bouleversé le paysage de l'entreprise au niveau mondial. En 2009, la liste des 10 premières capitalisations boursières comprenait trois compagnies pétrolières et gazières et une seule entreprise technologique ; en 2018, elle comptait cinq entreprises technologiques et deux places de marché en ligne (tableaux 1 et 2).

Tableau 1

Les 10 premières entreprises mondiales au 31 mars 2009

(En milliards de dollars)

Rang	Entreprise	Secteur d'activité	Capitalisation boursière
1	Exxon Mobil	Pétrole et gaz	337
2	Petro China	Pétrole et gaz	287
3	Walmart	Distribution	204
4	Industrial and Commercial Bank of China	Services financiers	188
5	Chine Mobile	Télécommunications	175
6	Microsoft	Technologie	163
7	AT&T	Télécommunications	149
8	Johnson & Johnson	Soins de santé	145
9	Royal Dutch Shell	Pétrole et gaz	139
10	Procter & Gamble	Biens de consommation	138

Source : PricewaterhouseCoopers (2018), *Global Top 100 Companies by Market Capitalization : 31 March 2018 Update* (Londres).

Tableau 2

Les 10 premières entreprises mondiales au 31 mars 2018

(En milliards de dollars)

Rang	Entreprise	Secteur d'activité	Capitalisation boursière
1	Apple	Technologie	851
2	Alphabet*	Technologie	719
3	Microsoft	Technologie	703
4	Amazon	Distribution	701
5	Tencent	Technologie	496
6	Berkshire Hathaway	Services financiers	492
7	Alibaba	Distribution	470
8	Facebook	Technologie	464
9	JPMorgan Chase Bank	Services financiers	375
10	Johnson & Johnson	Soins de santé	344

Source : PriceWaterhouse Coopers (2018).

* Alphabet est la société mère de Google depuis 2015.

² CNUCED (à paraître), *Rapport sur l'économie numérique* (publication des Nations Unies, Genève).

2. Si l'on fait une analyse secteur par secteur, Amazon détenait une part de marché supérieure à 90 % dans cinq catégories de produits au premier trimestre de 2018, Facebook est le premier réseau social, avec une part de marché de 68,95 % en février 2019, et Google domine le marché des moteurs de recherche (89,95 % de part de marché en janvier 2019)³. D'après le rapport préliminaire d'une étude réalisée par la Commission australienne de la concurrence et de la consommation sur les plateformes numériques en Australie, 50 % du trafic Internet des médias australiens est généré par Facebook ou Google⁴. La puissance commerciale des principales plateformes et la position dominante qu'elles occupent entravent l'accès des petites entreprises innovantes à certains marchés et menacent leur survie. Il arrive que les plateformes dominantes telles que celles d'Amazon, d'Apple et de Google possèdent et exploitent une infrastructure ou fournissent des services dont des commerçants et des développeurs d'applications sont tributaires en même temps que concurrents. Dans ce contexte, la présente note met l'accent sur les problèmes de concurrence qui découlent des activités des grandes entreprises technologiques.

II. Spécificités des plateformes numériques

3. Selon la Commission européenne, une plateforme en ligne est une entreprise opérant sur des marchés bifaces (ou multifaces), qui utilise l'Internet pour faciliter des interactions entre deux ou plusieurs groupes d'utilisateurs distincts mais interdépendants afin de créer de la valeur pour au moins un des groupes⁵. Au nombre des plateformes figurent des services et des activités tels que les places de marché, les réseaux sociaux, les moteurs de recherche, les systèmes de paiement et les sites de partage de vidéos.

4. Les plateformes numériques reposent sur des nouveaux modèles économiques et fonctionnent avec des algorithmes de collecte et de traitement de données qui serviront à la prise de décisions. Ces plateformes se caractérisent par des coûts initiaux irrécupérables élevés et de faibles coûts marginaux. Les technologies nécessaires pour stocker et traiter les données peuvent être coûteuses, mais une fois qu'un système est opérationnel, le coût marginal des données sont faibles, et les données peuvent contribuer à améliorer les algorithmes pour fournir aux consommateurs des services de meilleure qualité et plus personnalisés. Cette structure de coûts « est caractérisée par des économies d'échelle et d'envergure importantes, ce qui peut favoriser la concentration du marché des données massives entre les mains de quelques entreprises seulement »⁶.

5. Les effets de réseau induits par les données sont l'une des caractéristiques des plateformes numériques. L'effet de réseau se définit comme l'effet que l'utilisateur d'un bien ou d'un service exerce sur la valeur de ce produit aux yeux d'autres utilisateurs existants ou potentiels⁷. Par exemple, les gens peuvent souhaiter utiliser Facebook simplement parce que leurs amis le font. La valeur d'usage des plateformes numériques dépend directement du nombre de leurs utilisateurs. Ces plateformes bénéficient de deux cercles vertueux liés aux utilisateurs qui se définissent comme suit : « D'un côté, une entreprise dotée d'une clientèle fournie est à même de collecter davantage de données et d'améliorer la qualité du service [...] et, ainsi, de s'attirer davantage d'utilisateurs [et] d'un autre côté, les entreprises peuvent explorer les données sur les utilisateurs afin d'améliorer le ciblage publicitaire et de monétiser leurs services, dégageant ainsi des fonds supplémentaires à investir dans la qualité du service et attirant là encore davantage d'utilisateurs [...]. Ces cercles sans fin peuvent rendre la tâche extrêmement difficile à tout

³ Voir <https://marketingland.com/amazon-owns-more-than-90-market-share-across-5-different-product-categories-report-241135>, <http://gs.statcounter.com/social-media-stats> et <https://www.statista.com/statistics/216573/worldwide-market-share-of-search-engines/>.

⁴ Commission australienne de la concurrence et de la consommation (2018), *Digital Platforms Inquiry: Preliminary Report* (Canberra).

⁵ Pour plus de détails sur l'étude, voir <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and-cloud>.

⁶ Organisation de coopération et de développement économiques (2016), *Données massives : adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique*, DAF/COMP(2016)14, Paris, 21 novembre.

⁷ Commission économique pour l'Amérique latine et les Caraïbes (2018), *Data, Algorithms and Policies: Redefining the Digital World* (publication des Nations Unies, Santiago).

nouvel entrant pour rivaliser avec une entreprise déjà en place dotée d'une vaste clientèle »⁸. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique, plus de 75 % des consommateurs en ligne réalisent la plupart de leurs achats sur Amazon⁹. Les données sont un élément fondamental des modèles économiques des plateformes numériques, auxquelles le contrôle de ces données confère un pouvoir de marché.

6. Les économies d'échelle et les effets d'envergure, les effets de réseau induits par les données et le contrôle des données créent des barrières élevées à l'entrée. Par exemple, Google peut utiliser les données de recherche des utilisateurs pour améliorer ses algorithmes, alors que les nouveaux venus sur le marché ne bénéficient pas de cet avantage. Pour eux, créer une plateforme capable de générer suffisamment de trafic en ligne est un défi de taille. Même si une start-up entre sur le marché, elle est rapidement exposée à la pression de la concurrence et peut finir par être rachetée par une plateforme dominante. Google a acquis 212 entreprises depuis sa fondation en 1998, et la valeur de ces acquisitions dépasse 17 milliards de dollars¹⁰.

7. Les plateformes numériques ont remis en question l'approche néoclassique de la fonction de l'entreprise, qui était la maximisation des profits. Les nouveaux modèles donnent la priorité, à court et à moyen terme, à la croissance, c'est-à-dire à la maximisation du nombre d'utilisateurs, et non aux profits. Les plateformes dominantes peuvent se permettre une telle stratégie, car leurs investisseurs acceptent qu'ils subissent des pertes. Ainsi, Amazon a pu croître sans que ses investisseurs fassent pression sur lui pour qu'il réalise des profits, et cela lui a permis de développer ses activités et d'asseoir sa domination sur le marché du commerce électronique¹¹.

8. Les plateformes dominantes ont également étendu leurs activités à des secteurs connexes dans le but d'accéder à davantage de données. Par exemple, Google met gratuitement son système d'exploitation Android à la disposition des fabricants de téléphones mobiles, et peut ainsi recueillir des données sur les utilisateurs¹². En outre, il propose de nombreux autres services – partage de vidéos, comparaison de prix, informatique en nuage et paiement en ligne – qui lui donnent accès à des données supplémentaires sur les consommateurs et lui permettent d'améliorer la qualité de ses services de moteur de recherche et, en même temps, d'optimiser la valeur des données vendues aux annonceurs pour qu'ils puissent mieux cibler leurs publicités. Google séduit donc aussi bien les utilisateurs que les annonceurs et augmente ses recettes publicitaires. Facebook et Google dominent le marché de la publicité en ligne. En 2018, ils détenaient à eux deux 58 % du marché américain, estimé à 111 milliards de dollars ; Amazon, premier commerçant en ligne au monde, détient une part de marché de 4,2 %¹³. Ces chiffres mettent en évidence les liens étroits qui existent entre le contrôle des données, le pouvoir de marché et la monétisation croissante des données par la publicité dans les modèles économiques des plateformes numériques.

9. Les études sur les tendances comportementales montrent que le fait de changer de plateforme a un coût cognitif, qui est mesuré en temps, en effort, en énergie, en concentration et en réflexion soutenue ; les utilisateurs ne passent donc pas à la concurrence en un clic de souris¹⁴. Cette barrière renforce encore le pouvoir de marché et la position dominante des principales plateformes. Un tout petit nombre de ces plateformes n'ayant aucun concurrent, les consommateurs ont peu de choix et n'ont pour ainsi dire aucun contrôle sur la collecte et l'utilisation de leurs données. Cette situation suscite des

⁸ OCDE (2016).

⁹ Voir <https://www.cnn.com/2017/12/19/more-than-75-percent-of-us-online-consumers-shop-on-amazon-most-of-the-time.html>.

¹⁰ Voir <https://acquiredby.co/google-acquisitions/>.

¹¹ L. Khan (2017), « Amazon's antitrust paradox », *The Yale Law Journal*, 126(3), p. 710 à 805.

¹² Voir <https://www.businessinsider.com/chart-why-google-gives-away-android-2013-12?r=US&IR=T>.

¹³ Voir <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-09-19/amazon-increases-ad-market-share-at-expense-of-google-facebook>.

¹⁴ A. Candeub (2014), « Behavioural economics, Internet search and antitrust », *I/S : A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 9(3), p. 407 à 434 ; voir <https://www.wired.com/2012/10/google-gets-closer-to-a-court-date/>.

inquiétudes dans le monde entier en ce qui concerne la concurrence et la protection du consommateur.

III. Comment protéger et promouvoir la concurrence dans l'économie numérique ?

A. Adapter le cadre antitrust aux défis du numérique

10. La rapidité du développement technologique a modifié la nature des marchés et des modèles économiques. Cette modification pose un certain nombre de problèmes en ce qui concerne le droit et la politique de la concurrence, qui doivent être adaptés aux nouvelles réalités du marché et aux nouveaux modèles économiques pour garantir que les marchés soient concurrentiels.

11. Le critère du bien-être du consommateur est aujourd'hui le critère qui est à la base de la législation antitrust et qui sert à mesurer l'avantage ou le préjudice pour les consommateurs par le niveau de prix. Le cadre antitrust ne se préoccupe pas de pratiques telles que la fixation de prix d'éviction, qui est un élément clef de la stratégie commerciale suivie par les principales plateformes de vente en ligne pour développer leur marché et se placer en position de monopole et qui consiste à baisser les prix de vente sur le court et le moyen termes jusqu'à l'éviction des concurrents. Ensuite, les prix peuvent augmenter, et le choix s'amointrit, faute de concurrence ou de concurrence suffisante. Pourtant, les autorités antitrust n'enquêtent pas sur ces pratiques qui semblent avantageuses pour les consommateurs puisque les prix, au début, sont faibles. Le critère du bien-être du consommateur pose un autre problème : la difficulté qu'il y a à analyser les prix sur les places de marché en ligne, du fait de la rapide fluctuation des prix et de leur personnalisation à l'aide d'algorithmes. Qui plus est, le prix n'est pas le meilleur critère pour analyser la concurrence sur ces plateformes, car de nombreux services y sont offerts gratuitement, même si, en réalité, les consommateurs fournissent en contrepartie leurs données personnelles. Certaines pratiques utilisées par les plateformes dominantes ou résultant d'opérations de concentration peuvent donc quand même causer aux consommateurs un préjudice autre que financier. Le critère du bien-être du consommateur devrait donc être étendu de manière à comporter d'autres paramètres tels que la protection de la vie privée et du choix des clients, la protection des données personnelles, le niveau des coûts de transfert et le degré de captivité des clients.

12. En ce qui concerne les enquêtes portant sur des affaires de concurrence, certains chercheurs ont proposé d'adopter une nouvelle approche axée sur les effets anticoncurrentiels du contrôle exercé par les plateformes sur les données personnelles ; d'autres ont suggéré de réformer les mesures de protection de la vie privée et les politiques de la concurrence, au vu du rapport entre parts de marché et contrôle des données¹⁵. Khan (2017) note que la méthode fondée sur le bien-être du consommateur ne permet pas de détecter et de décourager les comportements anticoncurrentiels dans l'économie numérique et souligne la nécessité d'adopter, pour les plateformes, une méthode fondée sur le processus concurrentiel qui s'intéresserait tout particulièrement aux barrières à l'entrée, aux conflits d'intérêts, à l'apparition de goulets d'étranglement ou d'entreprises susceptibles de contrôler les marchés, à l'utilisation et au contrôle des données et à la dynamique du pouvoir de négociation¹⁶.

13. Si nous voulons être en mesure de relever les défis du XXI^e siècle, des ajustements doivent être apportés au cadre et aux outils antitrust. Le processus concurrentiel est important à cet égard, en ce sens que : « Une démarche globale répond aux trois préoccupations que sont la méfiance à l'égard du pouvoir, le souci du consommateur et la

¹⁵ Voir N. Newman (2014), « Search, antitrust and the economics of the control of user data », *Yale Journal on Regulation*, 31(2), p. 401 à 454, et F. Pasquale (2013), « Privacy, antitrust and power », *George Mason Law Review*, 20(4), p. 1009 à 1024.

¹⁶ Khan (2017).

volonté d'ouvrir des perspectives aux entrepreneurs : c'est le processus concurrentiel. Ce processus est le mieux à même de réguler les marchés. »¹⁷.

B. Application du droit de la concurrence

1. Définition du marché en cause

14. Les caractéristiques des plateformes numériques – effets de réseau et caractère multifaces, coûts de transfert élevés, fortes économies d'échelle et important niveau de contrôle sur les données – sont autant d'indicateurs pertinents pour la définition du marché en cause. Pour ce qui est des plateformes telles que Facebook et Google, on s'accorde à dire que chaque face de la plateforme devrait être définie comme un marché distinct du moment que les consommateurs, les annonceurs, les fournisseurs de contenus et les autres parties prenantes, quelles qu'elles soient, n'engagent pas de transactions directes les uns avec les autres, parce que les produits sont perçus comme plus ou moins substituables d'une face à une autre de la plateforme ; par exemple, les réseaux sociaux et les moteurs de recherche peuvent être considérés comme substituables pour les annonceurs, mais pas pour les consommateurs¹⁸. Les tests de monopole hypothétique et les tests de réactivité à une hausse limitée mais significative et non transitoire des prix reposent sur des mécanismes de formation des prix et pourraient donc ne pas être appropriés pour définir le marché en cause dans le cas des plateformes numériques qui fournissent des produits et des services gratuits en échange de données. Pour définir un marché multifaces, les autorités de la concurrence doivent tenir compte non seulement des transactions financières, mais aussi des flux de données susceptibles d'être observés sur le marché¹⁹.

15. Dans les secteurs de l'économie numérique, les autorités de la concurrence doivent utiliser des critères supplémentaires pour définir le marché en cause. Par exemple, l'Allemagne a révisé sa loi sur la concurrence en 2017 pour adapter son cadre et ses outils juridiques aux nouvelles caractéristiques de l'économie numérique. À cette occasion, elle a introduit une disposition qui reconnaît que les produits ou services gratuits fournis par les plateformes sont un marché et qui précise que l'hypothèse de l'existence d'un marché n'est pas invalidée par le fait qu'un bien ou service est fourni gratuitement (art. 18, par. 2 a))²⁰. Dans une décision récente concernant Facebook, l'Office fédéral des ententes a défini le marché en cause comme étant un « marché de réseaux sociaux privé » ; dans l'analyse qu'il a réalisée pour parvenir à cette définition, il a examiné les différents services en ligne, dits « médias sociaux », et leurs relations concurrentielles, ainsi que les effets de réseau directs et la mesure dans laquelle les plateformes numériques modelées par ces effets ont la souplesse nécessaire pour adapter leur offre de produits. Dans son résumé de l'affaire, l'Office a indiqué qu'il ne suffisait pas d'avoir une masse critique d'utilisateurs ou de compétences techniques, financières et personnelles pour être en mesure de pénétrer les marchés voisins et d'y réussir comme sur le marché d'origine, et qu'un fournisseur de services, à cause de la force des effets de réseau directs, ne pouvait pas s'attendre à avoir le même rayonnement lorsqu'il fournissait un type de service différent²¹.

2. Évaluation des abus de position dominante

16. Pour évaluer le pouvoir de marché des plateformes numériques, il faut analyser différents critères. L'accès aux données et le contrôle de ces données sont des facteurs essentiels du pouvoir de marché, qui sont encore renforcés par les effets de réseau.

¹⁷ E. M. Fox (1981), « Modernisation of antitrust : A new equilibrium », *Cornell Law Review*, 66(6), p. 1140 à 1192.

¹⁸ OCDE (2016).

¹⁹ Ibid.

²⁰ Voir https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html#p0024.

²¹ Office fédéral des cartels, Allemagne (2019a), Facebook, exploitative business terms pursuant to section 19(1) GWB [German Competition Act] for inadequate data processing, résumé de cas, 15 février.

Les entreprises « se concurrencent *pour* le marché et non *sur* le marché, le vainqueur “remportant toute la mise” à l’issue de la confrontation »²².

17. Depuis sa révision, la loi allemande relative aux restrictions à la concurrence contient une nouvelle disposition sur les critères à prendre en considération pour apprécier la position concurrentielle d’une entreprise dans le cas de marchés et de réseaux multifaces ; cette disposition tient compte des effets de réseau directs et indirects, de l’utilisation parallèle de services de différents fournisseurs et des coûts de transfert pour les utilisateurs, des économies d’échelle réalisées par l’entreprise grâce aux effets de réseau, de l’accès de l’entreprise aux données pertinentes pour la concurrence, et de la pression concurrentielle induite par l’innovation (art. 18, par. 3a)).

18. L’intégration verticale consolide encore le pouvoir de marché des plateformes numériques. Des acteurs dominants comme Amazon et Apple se sont engagés dans le développement vertical de leurs activités en amont et en aval, et sont entrés en concurrence avec les commerçants ou les développeurs d’applications qui utilisent leur plateforme. Grâce à cette expansion, ils peuvent collecter davantage de données et devenir encore plus compétitifs, et ils contrôlent les boutiques en ligne et les marchés d’applications, dont ils sont à la fois propriétaires et utilisateurs. Cette situation peut à tout moment donner lieu à des comportements abusifs et à des pratiques d’exclusion de la part des plateformes dominantes. Par exemple, Amazon a commencé par vendre des livres en ligne, puis s’est diversifié ; aujourd’hui, il distribue aussi de la musique, des livres audio et d’autres biens de consommation. L’entreprise s’est également lancée dans la fabrication et la vente au détail de ses propres marques, qui concurrencent celles d’autres commerçants présents sur sa place de marché ; elle peut ainsi s’imposer au détriment des commerçants indépendants qui sont à la fois ses clients et ses concurrents. Les vendeurs sont devenus dépendants d’Amazon dans la mesure où ils réalisent la plupart de leurs ventes sur cette plateforme malgré des frais allant de 6 % à 50 %²³. La position de quasi-monopole d’Amazon pourrait donner lieu à un comportement abusif, par exemple par le prix d’éviction et la discrimination vis-à-vis de ses concurrents dans le commerce de détail.

19. La Commission européenne et l’Office fédéral allemand des ententes ont ouvert des enquêtes sur Amazon. L’enquête de la Commission européenne est axée sur le traitement réservé par l’entreprise aux vendeurs tiers et sur la question de savoir si Amazon utilise les données de ces vendeurs pour obtenir un avantage compétitif sur les produits qu’elle vend directement²⁴. L’Office fédéral allemand des ententes a ouvert son enquête en novembre 2018 pour déterminer si les conditions commerciales et les pratiques d’Amazon à l’égard des vendeurs présents sur sa place de marché allemande sont abusives. Amazon, qui est en Allemagne à la fois le premier commerçant et la principale place de marché, est donc en mesure d’imposer des conditions d’utilisation potentiellement désavantageuses aux vendeurs qui lui font concurrence sur sa plateforme. Au regard du droit allemand de la concurrence, ce comportement est rendu possible par la position dominante d’Amazon et la dépendance des vendeurs en ligne vis-à-vis de sa plateforme²⁵. Pour que la position dominante soit établie, le marché en cause doit être défini comme étant un service de place de marché en ligne et, si l’Office fait une constatation sur cette base, ce sera la première fois qu’une autorité de la concurrence considère que le service de place de marché en ligne est un marché²⁶. Cela créera un précédent pour les enquêtes menées dans d’autres pays.

20. Dans une autre affaire récente, Spotify, une plateforme de diffusion de musique en flux, a déposé en mars 2019 auprès de la Commission européenne une plainte contre Apple, qui limiterait le choix et entraverait l’innovation en agissant à la fois comme juge et partie, obtenant ainsi un avantage injuste et pénalisant les autres développeurs d’applications²⁷.

²² OCDE (2016).

²³ Voir <https://www.wsj.com/articles/sellers-need-amazon-but-at-what-cost-1421278220>.

²⁴ Office fédéral allemand des ententes (2018), Bundeskartellamt initiates abuse proceeding against Amazon, communiqué de presse, 29 novembre.

²⁵ Ibid.

²⁶ Voir <https://www.out-law.com/en/articles/2018/december/amazon-competition-case-germany/>.

²⁷ Voir <https://newsroom.spotify.com/2019-03-13/consumers-and-innovators-win-on-a-level-playing-field/>.

21. Wu (2010), qui est à l'origine du principe de « neutralité du réseau », a mis en lumière les effets corrupteurs de l'intégration verticale du pouvoir à travers l'histoire des télécommunications aux États-Unis ; il a conclu que lorsqu'une entreprise avait des intérêts importants à défendre à plus d'un niveau du secteur, elle se trouvait de fait en situation de conflit d'intérêts²⁸. On comprend sans difficulté que ce constat est transposable aux plateformes numériques, en particulier à celles qui reposent sur un modèle d'entreprise à intégration verticale.

22. Des cas récents montrent que, les méthodes d'évaluation des abus de position dominante dans l'économie numérique sont plus souples. Par exemple, dans sa décision d'interdire à Facebook de recouper les données d'utilisateurs provenant de différentes sources, l'Office fédéral des ententes a invoqué non seulement la violation des lois antitrust mais aussi d'autres principes et lois tels que les règles sur la protection des données. Il a établi que Facebook, dont la part de marché dépassait 95 %, occupait une position dominante sur le marché intérieur allemand des réseaux sociaux. Dans son évaluation du pouvoir de marché, il a également tenu compte d'autres facteurs pertinents tels que l'accès à des données ayant des incidences sur la concurrence, les économies d'échelle fondées sur les effets de réseau, le comportement des utilisateurs et le pouvoir de la pression concurrentielle induite par l'innovation²⁹. Le préjudice subi par les consommateurs réside dans le fait qu'ils perdent le contrôle de leurs données personnelles, qui sont utilisées pour définir les profils des clients ; sur l'autre face du marché, l'Office fédéral des ententes a établi que les services publicitaires subissaient un préjudice concurrentiel, car leurs clients et leurs concurrents étaient face à un fournisseur d'espaces publicitaires sur les réseaux sociaux qui est dominant puisque Facebook est devenu de plus en plus indispensable aux annonceurs, comme en témoigne la croissance rapide de son chiffre d'affaires ces dernières années³⁰. L'Office fédéral des ententes a considéré cette affaire comme relevant de l'utilisation de « conditions commerciales abusives », et surtout a fondé sa décision sur les principes de protection des données consacrés non seulement par le droit allemand, mais aussi par le règlement général du Conseil de l'Union européenne sur la protection des données, tout en suivant la jurisprudence de la Cour fédérale allemande de justice, selon laquelle les principes du droit civil sont applicables pour déterminer si les conditions commerciales sont abusives³¹. Dans son évaluation des conditions d'utilisation de Facebook, l'Office fédéral a appliqué les principes de la protection des données, selon lesquels les utilisateurs devraient pouvoir décider librement et sans contrainte de l'utilisation qui est faite de leurs données personnelles ; or Facebook n'a pas obtenu leur consentement effectif pour le traitement de ces données, car un tel consentement ne serait effectif que si la fourniture des services n'y était pas conditionnée³². Facebook a fait remarquer que cette question aurait dû être considérée comme une question de protection de la vie privée, et qu'à ce titre, elle aurait relevé de la compétence d'un autre organisme régulateur³³. À cet égard, l'Office fédéral des ententes a noté que, dans l'économie numérique, la collecte et le traitement des données ainsi que les conditions d'utilisation qui s'y rapportent étaient une activité très pertinente pour ce qui concerne la concurrence. Il a estimé que l'accès aux données, surtout dans le cas des plateformes et réseaux en ligne, constituait un facteur pertinent pour apprécier l'existence d'une situation de position dominante au sens du paragraphe 3 a) de l'article 18 de la loi allemande relative aux restrictions à la concurrence. Le contrôle des activités de traitement de données des entreprises dominantes était donc une fonction essentielle de l'autorité de la concurrence, qui ne pouvait pas être remplie par les fonctionnaires chargés de la protection des données. En cas de position dominante sur un marché, l'autorité de la concurrence devait tenir compte des principes de la protection des données, en particulier lorsqu'elle évaluait la question de savoir si les conditions qui régissaient le traitement des données étaient

²⁸ T. Wu (2010), *The Master Switch : The Rise and Fall of Information Empires* (Alfred A. Knopf, New York).

²⁹ Office fédéral allemand des cartels (2019a).

³⁰ Office fédéral allemand des cartels (2019b), Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, note d'information, 7 février.

³¹ Ibid.

³² Ibid.

³³ Voir <https://www.bbc.com/news/amp/technology-47146431>.

appropriées. À cet égard, il existait des liens entre les lois relatives à la concurrence et celles relatives à la protection des données³⁴.

23. Cette affaire met en lumière deux points importants. Premièrement, il est indispensable de veiller à ce que les spécificités des plateformes numériques soient couvertes par le droit de la concurrence ou considérées dans sa mise en application. Deuxièmement, le droit de la concurrence et son application doivent prendre en compte les liens qui existent entre les règles de la concurrence, les règles relatives à la protection des consommateurs et celles relatives à la protection des données. Ces liens sont devenus beaucoup plus étroits en raison du pouvoir de marché que les données confèrent aux plateformes numériques. Dans l'économie numérique axée sur les données, il est nécessaire d'adopter une approche plus souple face à l'évaluation des abus de position dominante.

24. En 2017, la Commission européenne a infligé une amende de 2,42 milliards d'euros à Google pour avoir abusé de sa position dominante en conférant un avantage illégal à son service de comparaison de prix, et a déclaré que Google avait « accordé une position de premier plan dans ses résultats de recherche uniquement à son propre service de comparaison de prix, tout en rétrogradant les services de ses rivaux »³⁵. Elle a estimé que Google avait étouffé la concurrence fondée sur les mérites sur le marché de la comparaison des prix, violant ainsi les règles de concurrence de l'Union européenne, selon lesquelles le fait de dominer un marché n'est pas illégal en soi, et a ajouté qu'« il incombe néanmoins tout particulièrement aux entreprises dominantes de veiller à ne pas abuser de leur pouvoir de marché en restreignant la concurrence, que ce soit sur le marché où elles détiennent une position dominante ou sur des marchés distincts »³⁶. La décision enjoignait à Google de « respecter le simple principe d'égalité de traitement entre les services concurrents de comparaison de prix et son propre service »³⁷. Ce principe est similaire au principe de neutralité sur les marchés des télécommunications et au principe de neutralité des réseaux qui s'applique aux fournisseurs de services Internet. Selon la Commission australienne de la concurrence et de la consommation, à la responsabilité spéciale qui incombe aux entreprises dominantes doit s'ajouter un examen plus approfondi de ces entreprises, qui sont en position de force sur le marché³⁸.

25. Cette affaire a été débattue par les avocats spécialisés en droit de la concurrence. Akman (2017) a analysé les faits pour déterminer s'ils cadraient avec les trois théories relatives aux abus les plus courantes, à savoir le refus de traiter, la discrimination et la vente liée, prévus à l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et dans la jurisprudence pertinente, et a conclu que, sans être totalement déconnectés de certains des concepts et des règles fondamentaux qui sous-tendaient le cadre existant pour réglementer ces abus, ces faits n'entraient pas dans le champ de ces théories³⁹. Cette conclusion met en évidence les lacunes potentielles des critères qui sont utilisés actuellement pour analyser les abus de position dominante dans l'économie numérique, lacunes telles que même la définition du marché en cause pourrait être contestée. Comme il s'agit de plateformes multifaces, la position dominante constatée d'un côté entraîne généralement un comportement anticoncurrentiel de l'autre. Dans l'affaire Google, la position dominante a été constatée sur le marché des moteurs de recherche, tandis que le comportement abusif concernait le marché des services de comparaison de prix. Les caractéristiques des plateformes numériques font qu'il est difficile, même pour les autorités de la concurrence les plus expérimentées, de définir le marché en cause ou d'établir une théorie du préjudice, ou de déterminer le type d'abus dans les cadres juridiques actuels relatifs à la concurrence.

³⁴ Office fédéral allemand des cartels (2019b).

³⁵ Commission européenne (2017), Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix, communiqué de presse, 27 juin.

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid.

³⁸ Voir <https://www.accc.gov.au/media/video-audio/digital-platforms-inquiry-media-conference>.

³⁹ P. Akman (2017), « The theory of abuse in Google Search : A positive and normative assessment under EU[European Union] competition law », *Journal of Law, Technology and Policy*, 2017(2), p. 301 à 374.

3. Examen des opérations de concentration

26. L'analyse des opérations de concentration est une méthode *ex ante* qui permet de résoudre les problèmes de concurrence qui pourraient découler d'une position dominante sur le marché des plateformes. Toutefois, à l'heure actuelle, dans la plupart des pays, seules les opérations dont la valeur atteint un seuil de chiffre d'affaires ou d'actifs sont soumises à examen. La valeur des données et le contrôle de ces données par les parties à l'opération ne sont pas pris en compte. Dans l'économie numérique, les données jouent un rôle important et confèrent du pouvoir aux entreprises qui les contrôlent. Étant donné que, dans la plupart des pays, les opérations de concentration sont notifiées à partir du moment où certains seuils sont atteints – généralement de chiffre d'affaires ou d'actifs –, il arrive que, malgré leur valorisation élevée, les entreprises numériques et les start-up ne soient pas concernées, car souvent elles n'atteignent pas les seuils de chiffre d'affaires prescrits.

27. C'est ce constat qui a conduit l'Office fédéral des ententes à introduire, dans le droit allemand de la concurrence, un nouveau seuil de notification des concentrations, qui s'ajoute aux seuils des chiffres d'affaires réalisés sur le marché mondial et sur le marché intérieur. Les opérations sont soumises à contrôle dès lors que la contrepartie de l'acquisition, c'est-à-dire le prix d'achat et le passif assumé, est supérieure à 400 millions d'euros (art. 35, par. 1a)). Par conséquent, l'Office devrait désormais être informé du rachat d'une petite entreprise innovante et prometteuse par une grande plateforme, même si le chiffre d'affaires réalisé par cette petite entreprise sur le marché intérieur n'atteint pas le seuil de 5 millions d'euros, ce qui est fréquent dans l'économie numérique.

28. Si l'on considère combien il est difficile d'agir une fois qu'une entreprise a le monopole sur un marché, les autorités de la concurrence devraient, dans l'idéal, détecter les entraves à la concurrence qui sont susceptibles de résulter d'une opération de concentration et les éliminer dès le début, plutôt que d'essayer d'en corriger a posteriori les effets anticoncurrentiels. L'encadré ci-après rend compte des tentatives faites par des autorités de la concurrence récemment créées de pays d'Asie du Sud-Est pour résoudre les problèmes de concurrence causés par une opération de concentration. La valeur de la transaction n'ayant pas atteint les seuils de notification obligatoire dans les pays concernés, l'opération n'avait pas été notifiée aux autorités compétentes. Toutefois, elle a entraîné des problèmes de concurrence au niveau régional, qui ont dû être examinées et traitées a posteriori. Cet exemple illustre à la fois les difficultés qu'il y a à résoudre a posteriori les problèmes de concurrence résultant d'une opération de concentration, et les possibilités qui existent d'enquêter sur les effets concurrentiels d'une telle opération.

Étude de cas : Examen d'une opération de concentration en Asie du Sud-Est

Le 26 mars 2018, Grab, une société singapourienne de service de chauffeur privé à la demande, a acquis les activités et les actifs de son concurrent Uber en Asie du Sud-Est, c'est-à-dire au Cambodge, en Indonésie, en Malaisie, au Myanmar, aux Philippines, à Singapour, en Thaïlande et au Viet Nam. Dans le cadre de cette transaction, Uber a acquis une participation de 27,5 % dans Grab, et son directeur général est entré au conseil d'administration de la société singapourienne. Les parties n'ont pas notifié les autorités de la concurrence des pays concernés, soit parce que les seuils de notification obligatoire n'avaient pas été atteints, soit parce qu'il n'en existait pas, par exemple à Singapour.

En Indonésie, l'autorité de la concurrence a estimé que l'opération constituait une acquisition d'actifs sans transfert de contrôle d'Uber Indonésie à Grab Indonésie et non une fusion, puisque l'entité juridique d'Uber Indonésie continuait d'exister séparément de celle de Grab Indonésie.

La Commission malaisienne de la concurrence a opté pour une surveillance rapprochée a posteriori du marché des services de chauffeur privé à la demande, en collaboration avec la Commission des transports publics terrestres, afin de s'assurer que l'opération ne perturberait pas la concurrence dans ce secteur.

Aux Philippines, la Commission de la concurrence a examiné l'opération afin de déterminer si elle entraînerait une diminution sensible de la concurrence et, pour la durée de la période d'examen, a imposé des mesures provisoires visant à préserver les conditions du

marché. Elle a autorisé l'opération en août 2018, sous réserve que les normes en matière de qualité de service et de prix soient respectées. Les mesures provisoires visaient à résoudre les problèmes de concurrence, y compris les hausses de prix et la détérioration du service résultant de l'opération, ainsi qu'à garantir à d'autres entreprises la possibilité d'accéder au marché. La Commission a mandaté des tierces parties impartiales qui sont chargées de veiller de façon indépendante à ce que Grab respecte ses engagements. En octobre 2018, elle a infligé une amende de 16 millions de pesos à Grab Philippines et Uber Philippines pour avoir enfreint certaines dispositions essentielles de l'ordonnance de mesures provisoires pendant la période d'examen. En janvier 2019, elle a imposé une amende de 6,5 millions de pesos à Grab Philippines pour avoir soumis des données insuffisantes, incomplètes et incorrectes dans le cadre du contrôle du respect de ses engagements.

Le 27 mars 2018, la Commission singapourienne de la concurrence et de la consommation a ouvert une enquête sur l'opération afin de déterminer si celle-ci enfreignait la loi sur la concurrence. En vertu de cette loi, les parties à une opération de concentration ne sont pas tenues de la notifier à la Commission, mais doivent procéder à une autoévaluation pour décider si une notification est nécessaire. La Commission a constaté que l'opération avait considérablement réduit la concurrence dans le secteur des services de chauffeur privé à la demande. Grab détenait en effet 80 % du marché après la transaction et, après le retrait d'Uber, son principal concurrent, a augmenté ses prix. À cause de forts effets de réseau, les nouveaux entrants n'ont pas pu atteindre une taille viable et se développer sur le marché. En outre, Grab avait astreint les compagnies de taxis, les loueurs de voitures partenaires et les chauffeurs à des obligations d'exclusivité, qui empêchaient les concurrents potentiels d'accéder aux conducteurs et aux véhicules nécessaires à leur développement. La Commission a imposé certaines mesures correctives à Grab, exigeant qu'elle lève les obligations d'exclusivité des compagnies de taxis et des chauffeurs et qu'elle revienne à l'algorithme de tarification en vigueur avant la transaction. Afin d'éviter que Grab et Uber prennent le contrôle d'autres véhicules pour empêcher un nouveau concurrent de disposer d'un parc automobile, elle a enjoint à Uber de vendre ses véhicules à tout concurrent potentiel et lui a interdit de les céder à Grab sans autorisation préalable. Enfin, la Commission a infligé une amende de 13 millions de dollars singapouriens tant à Grab qu'à Uber afin de décourager les opérations de concentration irréversibles qui, une fois achevées, nuisent à la concurrence.

Le Conseil vietnamien de la concurrence a ouvert une enquête sur l'opération en mai 2018 et a déclaré en décembre qu'à la suite de cette opération, Grab pourrait détenir plus de 50 % du marché vietnamien et aurait donc dû la lui notifier conformément aux règles du droit de la concurrence. En février 2019, le Conseil a transmis le dossier au Service de la concurrence et de la protection du consommateur du Ministère de l'industrie et du commerce pour qu'il poursuive l'enquête.

Sources : Carmudi Insider (2019), Grab P[hilippines] fined 6.5 million by local antitrust office for submitting wrong data, 29 janvier ; Commission malaisienne de la concurrence (2018), Malaysia Competition Commission to ensure e-hailing market remains competitive, communiqué de presse, 28 mars ; Commission de la concurrence des Philippines (2018), PCC [Competition Commission, Philippines] binds Grab to service quality, price conditions for Uber takeover, communiqué de presse, 10 août ; KPPU [Commission indonésienne de la concurrence] (2018), The acquisition of Uber assets in Indonesia, 26 avril ; Viet Nam Plus (2019), Vietnamese authorities to probe Grab-Uber deal again, 14 février.

29. Dans un rapport récent, le Select Committee on Communications de la Chambre des lords du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord suggère d'envisager l'application d'un critère de l'intérêt général dans les fusions-acquisitions d'entreprises basées sur les données. D'un côté, une telle mesure créerait autour de l'opération un climat d'incertitude susceptible de décourager l'investissement étranger direct, mais de l'autre, l'Autorité de la concurrence et des marchés aurait une plus large marge d'action pour porter un jugement dans l'intérêt général. À l'heure actuelle, l'Autorité pourrait être empêchée par la jurisprudence et par le droit de la protection des consommateurs d'intervenir dans une

opération, même si elle s'inquiète du fait qu'une plateforme a accumulé un volume excessif de données⁴⁰.

C. Réglementation

30. Les abus de position dominante de la part des principales plateformes, l'étendue de leur contrôle sur les données et le préjudice causé non seulement aux consommateurs, mais aussi à la société constituent des sources de préoccupation croissante. Certaines de ces plateformes sont devenues presque indispensables aux consommateurs, qui ne disposent que d'un choix limité, tendent à utiliser les mêmes plateformes et montrent une réticence à en changer. Elles sont souvent comparées à des services publics dans le sens où les utilisateurs ont le sentiment qu'ils ne peuvent s'en passer et n'ont donc guère d'autre choix que d'accepter leurs conditions d'utilisation⁴¹. Il faut pousser la réflexion sur le point de savoir si le droit de la concurrence est le meilleur outil pour répondre aux préoccupations suscitées par les plateformes. Il serait peut-être plus efficace de les réglementer pour garantir un accès ouvert et équitable à toutes les entreprises qui pourraient ainsi lutter à armes égales plutôt que d'essayer de résoudre a posteriori les problèmes de concurrence selon le droit pertinent.

31. La neutralité des plateformes numériques dominantes est un autre sujet de préoccupation. Pour la garantir, on pourrait, par exemple, appliquer la doctrine des installations essentielles, comme on le fait dans le secteur des télécommunications où, généralement, les entreprises possèdent ou exploitent les infrastructures et disposent de leur propre opérateur de téléphonie fixe ou mobile, mais sont tenues de fournir un accès aux autres opérateurs de télécommunication à un prix équitable. L'application de cette doctrine pourrait contribuer à prévenir les abus de position dominante de la part de plateformes qui exploitent des infrastructures similaires, tels la boutique d'applications d'Apple ou la place de marché d'Amazon, mais leur permettre en même temps de continuer à bénéficier d'économies d'échelle⁴².

32. Pour Wu (2010), les lois antitrust ne suffisent pas pour réglementer les industries de l'information. L'une des raisons en est que l'application de ces lois est déclenchée par la manipulation des prix à la consommation et par d'autres abus de position dominante particuliers, et Wu considère que ces aspects ne sont pas les plus problématiques⁴³. Selon lui, les interventions a posteriori n'étant pas adaptées à l'industrie de l'information, il serait préférable d'adopter une approche constitutionnelle de la question afin d'empêcher la concentration du pouvoir dans l'économie de l'information, et il suggère un régime dont le but serait de restreindre et de diviser tout pouvoir découlant du contrôle de l'information, selon le principe de la séparation des pouvoirs, c'est-à-dire d'instaurer une distance salubre entre chacune des principales fonctions ou strates de l'économie de l'information⁴⁴. Selon ce principe, ceux qui créent l'information, ceux qui possèdent l'infrastructure de réseau sur laquelle elle est diffusée et ceux qui contrôlent les outils ou les points d'accès doivent être séparés les uns des autres, et pour Wu son application repose sur trois piliers : la régulation sectorielle, l'application des lois antitrust et l'autorégulation des entreprises⁴⁵.

33. Une approche plus rigoureuse consisterait à empêcher une plateforme dominante d'opérer sur un marché dont elle fournit l'infrastructure et de concurrencer les entreprises qui dépendent de celle-ci⁴⁶. Par exemple, Amazon vend ses produits sur sa propre place de marché et est en concurrence avec des vendeurs indépendants, ce qui lui permet d'exclure

⁴⁰ Select Committee on Communications, Royaume-Uni (2019), *Regulating in a digital world*, deuxième rapport de la session 2017-2019, 9 mars.

⁴¹ Ibid.

⁴² Khan (2017).

⁴³ Wu (2010).

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Khan (2017).

ou d'évincer des concurrents en pratiquant des prix d'éviction ou en les désavantageant dans les résultats de recherche.

34. Les gouvernements et les autorités chargées de la concurrence ont fait des propositions similaires aux niveaux national et régional. Le Parlement européen a invité la Commission européenne à « envisager de présenter des propositions visant à séparer les moteurs de recherche des autres services commerciaux »⁴⁷. En France, le Conseil national du numérique a proposé d'interdire les pratiques discriminatoires à l'égard des fournisseurs lorsqu'elles ne sont pas justifiées par la qualité du service et/ou par des motifs économiques légitimes, et le Gouvernement a adopté une loi imposant aux plateformes une obligation d'équité, qui n'interdit pas la discrimination, mais qui les oblige à délivrer une information loyale, claire et transparente⁴⁸.

35. De nombreuses autorités de la concurrence ont mené des enquêtes sur les marchés de l'économie numérique afin de mieux comprendre leur fonctionnement. Dans son rapport préliminaire sur les plateformes numériques, la Commission australienne de la concurrence et de la consommation expose ses préoccupations concernant le pouvoir de marché des grandes plateformes telles que Facebook et Google et leur impact sur les entreprises en Australie, et considère que leur position dominante justifie un niveau de surveillance réglementaire plus élevé⁴⁹. Elle propose de s'attaquer à ce pouvoir de marché, par exemple en interdisant que le navigateur de Google soit installé comme navigateur par défaut sur les appareils mobiles, les ordinateurs et les tablettes, en empêchant que le moteur de recherche de Google soit installé en tant que moteur par défaut sur les navigateurs Internet, en confiant à une autorité réglementaire nouvelle ou existante la tâche d'enquêter et de surveiller la façon dont les grandes plateformes numériques classent et affichent les publicités et les informations et d'en rendre compte, et en renforçant la législation sur la concurrence⁵⁰.

36. Le Royaume-Uni analyse actuellement l'efficacité des outils dont il dispose afin de répondre aux nouveaux défis que les marchés numériques représentent pour la concurrence. Selon le rapport de la Chambre des lords, l'autorégulation des plateformes en ligne ne fonctionne pas, le cadre réglementaire actuel est dépassé et, si des mesures ne sont pas prises, les grandes entreprises technologiques vont probablement renforcer leur contrôle sur les technologies qui permettent d'extraire des données personnelles ou qui prennent des décisions ayant des conséquences sur la vie des citoyens⁵¹. Rien n'est fait pour inciter les fournisseurs de services de plateforme en ligne à répondre aux préoccupations liées à l'utilisation abusive des données et aux préjudices subis en ligne, y compris par la société, et la Chambre des lords recommande que des obligations particulières soient imposées aux plateformes pour garantir qu'elles agissent équitablement envers leurs utilisateurs et les autres entreprises ainsi que dans l'intérêt de la société, et qu'une autorité de régulation soit créée pour faire respecter ces obligations⁵².

37. Une idée très controversée est de démanteler les plateformes numériques dominantes, y compris celles des grandes entreprises technologiques, afin de limiter la concentration du pouvoir au sein d'une même plateforme⁵³. Cette question a dépassé le cercle des spécialistes de la concurrence pour, par exemple, s'inviter dans les campagnes

⁴⁷ Parlement européen (2014), proposition de résolution sur le renforcement des droits des consommateurs au sein du marché unique numérique, consultable à l'adresse http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/B-8-2014-0286_FR.html.

⁴⁸ Conseil national du numérique (2015), *Ambition numérique : Pour une politique française et européenne de la transition numérique* [rapport remis au Premier Ministre], Paris, p. 58 à 61 ; loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016, art. 49, consultable à l'adresse <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

⁴⁹ Commission australienne de la concurrence et de la consommation, 2018, ACCC [Australian Competition and Consumer Commission] releases preliminary report into Google, Facebook and Australian news and advertising, communiqué de presse, 10 décembre.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Select Committee on Communications, Royaume-Uni (2019).

⁵² Ibid.

⁵³ D. Dayen (2017), « Big tech : The new predatory capitalism », *The American Prospect*, 26 décembre, et T. Wu (2018), *The Curse of Bigness : Antitrust in the New Gilded Age* (Columbia Global Reports, New York).

électorales de certains pays, où il a été proposé de démanteler les grandes entreprises technologiques pour promouvoir la concurrence et protéger les petites entreprises⁵⁴.

D. Autres mesures

38. Des mesures telles que l'adoption d'une réglementation spécifique par les ministères chargés du commerce et de l'économie pourraient avoir un effet positif sur la concurrence dans l'économie numérique. Par exemple, le Gouvernement indien a introduit en 2018 de nouvelles règles en matière de commerce électronique afin de promouvoir la concurrence et d'empêcher les pratiques restrictives des plateformes de commerce électronique telles qu'Amazon et Flipkart. Les nouvelles règles, entrées en vigueur le 1^{er} février 2019, interdisent aux plateformes de vendre les produits des sociétés dans lesquelles elles détiennent une participation ; les plateformes sont tenues de fournir aux vendeurs, aux conditions du marché et d'une manière équitable et non discriminatoire, des services liés notamment à l'exécution de la transaction, à la logistique, à l'entreposage, à la publicité et au marketing, au paiement et au financement, et elles ne sont pas autorisées à imposer à un vendeur de vendre un produit exclusivement sur leur place de marché⁵⁵. Ces règles ont été établies à la suite de plaintes de détaillants et de commerçants qui ont déclaré que de grandes plateformes de commerce électronique imposaient des contrats de vente exclusifs et se servaient du contrôle des stocks de leurs affiliés pour créer une place de marché aux conditions inéquitables qui leur permettaient de vendre à bas prix certains produits⁵⁶. Les nouvelles règles devraient mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles et abusives, ainsi qu'aux prix d'éviction pratiqués par les plateformes dominantes au détriment des petites et moyennes entreprises en ligne locales.

IV. Problèmes spécifiques aux pays en développement et solutions possibles

39. Dans la plupart des pays en développement, les autorités de la concurrence sont de création assez récente ; souvent aussi, elles sont de petite taille et ne disposent que de ressources limitées pour traiter les affaires de concurrence dans une économie mondiale de plus en plus concentrée. Si les règles du jeu applicables aux plateformes étaient clairement définies par voie réglementaire, certains risques pourraient être désamorcés, évitant aux autorités de la concurrence un certain nombre d'interventions a posteriori. Compte tenu de leurs moyens limités, en particulier dans les pays en développement, cette voie mérite d'être étudiée. Par exemple, au vu de l'essor du commerce électronique, si, comme l'Inde l'a fait en adoptant de nouvelles règles, ces pays mettent en place des politiques et des réglementations appropriées pour garantir aux petites et moyennes entreprises locales un libre accès aux plateformes dans des conditions équitables, ces entreprises pourront tirer davantage parti de l'économie numérique et auront ainsi de meilleures chances de se développer.

40. Le soutien aux start-up locales, dans un monde numérique où les petites entreprises finissent généralement par être rachetées par les grandes, est un autre enjeu pour les pays en développement. Ces pays pourraient se regrouper au sein de cadres commerciaux et économiques régionaux. Des solutions de ce type pourraient faciliter le commerce intrarégional et contribuer à l'élargissement des marchés au profit des entreprises locales. La mise en place de politiques et de règles relatives au commerce électronique, à la concurrence et à la protection du consommateur applicables au niveau régional serait peut-être plus efficace pour lutter contre les pratiques abusives des plateformes numériques mondiales et contre les opérations de concentration d'entreprises numériques, et pour garantir que les entreprises locales et régionales puissent accéder aux plateformes

⁵⁴ Voir <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-03-08/warren-has-plan-to-split-tech-cos-like-amazon-n-y-times-says>.

⁵⁵ Ministère indien du commerce et de l'industrie (2018), Review of the policy on foreign direct investment in e-commerce, communiqué de presse n° 2.

⁵⁶ Reuters (2018), India tightens e-commerce rules, likely to hit Amazon, Flipkart, 26 décembre.

dominantes dans des conditions équitables. En Afrique, il existe une dynamique en faveur d'un examen de ces questions dans le cadre de l'Accord portant création de la zone de libre-échange continentale africaine. En Asie, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est pourrait être l'enceinte et le cadre dans lesquels élaborer des règles de concurrence régionales. Pour sa part, la Communauté des Caraïbes dispose d'une autorité régionale – la Commission de la concurrence – qui est chargée de mettre en œuvre les règles de concurrence régionales. Enfin, en Amérique latine, la Communauté andine et le Marché commun du Sud peuvent faciliter la mise en œuvre de mesures régionales face aux défis de l'économie numérique.

41. Les plateformes et les places de marché en ligne dominantes ont une portée mondiale. Les efforts déployés au niveau régional seraient donc mieux adaptés à l'ampleur de leur impact économique. Des cadres régionaux pourraient faciliter l'échange de données d'expérience, au sein d'une région, entre les autorités de la concurrence expérimentées et les organismes plus récents. En outre, des réseaux tels que le Réseau international de la concurrence et des organisations internationales telles que la CNUCED, par l'intermédiaire du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, peuvent apporter une assistance et un appui supplémentaires.

V. Conclusion

42. Des affaires récentes montrent qu'il est nécessaire d'adapter la législation relative à la concurrence et sa mise en application aux caractéristiques et aux modèles économiques des plateformes numériques. Dans les secteurs d'activité traditionnels, les affaires antitrust font intervenir la concurrence par les prix et les batailles livrées pour gagner des parts de marché sur le même marché ou sur des marchés en amont ou en aval, tandis que dans l'économie numérique, les affaires portent sur le volume et le champ d'application des données qui confèrent un pouvoir de marché et érigent des barrières à l'entrée. Les plateformes numériques qui contrôlent les données des consommateurs ont la responsabilité d'en garantir la confidentialité et de respecter les droits de chacun à la protection des données et à la vie privée. Il est donc nécessaire d'adapter le socle sur lequel s'appuient les règles de la concurrence en étendant la définition du critère du bien-être du consommateur au-delà des considérations de prix et de parts de marché, car s'il est vrai que la protection du consommateur renvoie à la notion de prix abordables, elle recouvre également les notions de choix, de protection de la vie privée, de protection des données et d'innovation.

43. Les autorités de la concurrence pourraient d'abord examiner la nécessité d'adapter le cadre qu'elles appliquent aux affaires de concurrence, puis déterminer si les outils et les méthodes d'analyse dont elles disposent sont adéquats pour répondre aux problèmes de concurrence posés par les plateformes dominantes. Elles pourraient recourir à des enquêtes et à des études sur les marchés pour mieux comprendre les problématiques en jeu. Elles devraient aussi étudier le fonctionnement des algorithmes mis en cause et pourraient, pour ce faire, avoir besoin de développer et d'étendre leurs connaissances dans ce domaine et dans celui de l'analyse de données.

44. Les modalités d'application du droit de la concurrence, les méthodes d'évaluation des abus de position dominante et de contrôle des opérations de concentration ainsi que les mesures correctives prises pour y remédier doivent être adaptées pour tenir compte des spécificités des plateformes numériques. De nombreux pays en développement ont commencé à adopter des lois sur la concurrence dans les années 1990 ; ils y ont inclus des dispositions relatives à l'intérêt général afin de se donner la possibilité de tenir compte d'autres objectifs de développement dans l'application du droit de la concurrence et, en particulier, dans l'examen des opérations de concentration. La généralisation de dispositions de ce type permettraient peut-être de résoudre plus facilement les problèmes posés par l'économie numérique. Par exemple, comme on l'a souligné dans la présente note, l'Allemagne a intégré certaines caractéristiques de l'économie numérique – telles que les plateformes et les services gratuits – dans sa loi révisée sur la concurrence et a prévu de nouveaux seuils pour l'examen des opérations de concentration entre entreprises numériques, tandis qu'au Royaume-Uni, la Chambre des lords suggère, dans un rapport,

que l'on envisage d'appliquer un critère de l'intérêt général dans les fusions-acquisitions d'entreprises basées sur les données.

45. Les plateformes numériques peuvent être comparées à des services publics dans le sens où les utilisateurs ont le sentiment qu'ils ne peuvent pas s'en passer et n'ont donc guère d'autre choix que d'accepter leurs conditions d'utilisation. La question de la régulation de ces plateformes fait l'objet d'une attention croissante. Des voix s'élèvent aussi pour demander le démantèlement des grandes entreprises technologiques afin de réduire les barrières à l'entrée et d'éliminer les goulets d'étranglement concurrentiels ; c'est ce qui se passe dans le secteur de l'énergie avec le dégroupage, à la différence que les opérateurs du secteur de l'énergie peuvent être des monopoles d'État, alors que les plateformes numériques dominantes sont des entreprises privées qui sont en situation de monopole après avoir renforcé leur pouvoir en utilisant les données des consommateurs. Il existe d'autres solutions que les gouvernements pourraient étudier.

46. La constitution de monopoles dans le secteur numérique peut être dangereuse non seulement pour l'économie, mais également pour la société et pour la démocratie. Les autorités de la concurrence des pays développés comme des pays en développement doivent rester vigilantes et tournées vers l'avenir. La numérisation va se poursuivre et s'étendra à tous les secteurs d'activité. Les plateformes numériques sont mondiales et elles interviennent dans la vie quotidienne des citoyens de tous les pays de la planète. Il est donc urgent que les autorités de la concurrence coopèrent aux niveaux bilatéral, régional et international pour relever les défis posés par l'économie numérique et faire face aux incidences négatives possibles des plateformes en ligne.
