

PAR BRUNO LASSERRE



président de l'Autorité de la concurrence

Réguler la concurrence pour protéger l'innovation

Les autorités de concurrence, en France et en Europe, ont su adapter rapidement leurs analyses et leurs outils aux nouveaux enjeux posés par l'apparition et le développement de marchés innovants. Elles soulignent l'importance jouée par l'innovation, propre à favoriser une concurrence par les mérites, pour le bénéfice des consommateurs et, *in fine*, de l'ensemble de l'économie.

■ L'économie numérique, qui représente en France 5,2 % du PIB et environ un tiers des investissements privés en recherche et développement, a profondément bouleversé le fonctionnement des marchés issus pour la plupart de la révolution industrielle, tout en offrant des opportunités inédites de croissance, d'innovation et de consommation. Ce qu'on nomme également « révolution numérique » a créé une rupture entre une chaîne de valeurs traditionnelle et de nouveaux modes

de création de valeur qui sont autant de défis que doivent relever les entreprises. Cette révolution est également un défi pour les autorités de régulation de la concurrence, qui doivent pleinement intégrer les enjeux liés à l'innovation dans leurs objectifs et leurs analyses. C'est, en effet, à l'aune de l'innovation que les positions se perdent et se gagnent.

Faire face à l'hégémonie

Dans le domaine numérique, on assiste souvent à un phénomène dit « le gagnant rafle toute la mise » (*winner-take-all*), dans lequel un acteur innovant construit rapidement une position hégémonique sur le marché. Dans ce contexte, il faut laisser les innovations apparaître, en permettant aux acteurs d'investir, sans pour autant que leurs positions restent immuables ou soient mises à profit pour bloquer les innovateurs de demain. Le droit de la concurrence peut contribuer efficacement à cet équilibre. Ses outils méthodologiques et ses procédures lui permettent de s'adapter aux évolutions du marché et d'agir dans la phase de construction de celui-ci. L'Autorité de la concurrence en a fait l'expérience à plusieurs reprises.

Publicité en ligne

Dans son enquête sectorielle sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne – une première dans le monde –, elle a mis en évidence la position dominante de Google, à travers son service *AdWords*, sur le marché de la publicité liée aux moteurs de recherche, qui constitue un marché spécifique et non substituable à d'autres formes de communication.

Responsabilité particulière

La détention d'une position dominante n'est pas interdite en tant que telle, d'autant qu'elle résulte pour Google d'un formidable progrès technologique. Mais celui qui la détient ne doit

Le droit de la concurrence peut contribuer efficacement à équilibrer innovation et domination

REPÈRES

L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante française chargée de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles et d'étudier le fonctionnement des marchés. Elle a pour but d'assurer le respect de l'ordre public économique.

Bien qu'elle ne soit pas considérée comme une juridiction, elle prononce des injonctions, prend des décisions et, le cas échéant, inflige des sanctions, susceptibles de recours devant la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. L'Autorité peut également négocier des engagements avec les entreprises et les rendre obligatoires pour mettre fin aux préoccupations de concurrence. Elle conduit enfin des enquêtes sectorielles et rend des avis.

Un marché à deux faces

Google bénéficie notamment du caractère biface du marché des moteurs de recherche. Sa popularité sur cette activité de recherche le rend attractif auprès des annonceurs pour y commercialiser des liens commerciaux, ce qui lui permet de financer l'amélioration de son algorithme de recherche, et ainsi de suite.

pas en abuser, ce qui lui confère une responsabilité particulière.

Afin que le jeu concurrentiel puisse s'exercer pleinement, les acteurs qui occupent une position dominante doivent d'abord s'abstenir de mettre en œuvre de possibles abus dits « d'éviction », destinés à décourager, retarder ou éliminer les concurrents par des procédés ne relevant pas d'une concurrence par les mérites (élévation artificielle de barrières à l'entrée, clauses d'exclusivité excessives par leur champ, leur durée ou leur portée, obstacles techniques, etc.).

Mais la responsabilité particulière qui incombe aux acteurs dominants concerne aussi leurs relations avec leurs clients, leurs fournisseurs ou leurs partenaires.

Sont ainsi visés les possibles abus dits « d'exploitation » : conditions exorbitantes imposées à des partenaires ou à des clients, discrimination, refus de garantir un minimum de transparence dans les relations contractuelles.

Exclusivité et rigidité

Après avoir prononcé en urgence des mesures conservatoires qui ont suspendu le contrat signé entre les deux acteurs, l'Autorité de la concurrence a rendu obligatoires en 2010 des engagements d'Orange et d'Apple mettant fin à l'exclusivité de commercialisation de l'*iPhone* en France. Dans son analyse, l'Autorité de la concurrence a notamment relevé que l'exclusivité d'Orange sur l'*iPhone* était de nature à introduire un nouveau facteur de rigidité dans le fonctionnement du marché mobile et du secteur des terminaux, dans la mesure où l'exclusivité accordée par Apple à Orange, premier opérateur mobile français, portait sur une période très longue (cinq ans) et concernait non seulement les modèles d'*iPhone* déjà en vente mais aussi les futurs modèles pour la durée du contrat.



D.R.

L'Autorité de la concurrence a mis fin à l'exclusivité de commercialisation de l'*iPhone* en France.

Plus de transparence

Par exemple, à l'occasion d'une affaire au contentieux, l'Autorité a obtenu de Google qu'il rétablisse le compte d'une PME française qui avait été abusivement fermé et a rendu obligatoire l'engagement pris par Google de rendre ses procédures plus transparentes et prévisibles pour ses clients annonceurs. Google a précisé que les modifications de ses contrats seraient apportées au niveau mondial et pour l'ensemble des secteurs annonceurs.

Effets de club

On appelle effet de réseau ou effet de club le phénomène par lequel une offre devient plus attractive parce qu'un grand nombre de personnes y ont déjà souscrit. Par exemple, le réseau social Facebook est d'autant plus attractif que l'on a plus de chances d'y retrouver ses proches.

Externalité positive

Les effets de réseau contribuent à créer une « externalité positive » dans le sens où la décision de souscription de chacun profite à la collectivité. Mais ils peuvent aussi conduire au renforcement de positions dominantes, notamment dans le secteur des télécommunications, au travers de pratiques de différenciation tarifaire. Ces pratiques consistent à appliquer un tarif préférentiel aux appels dits *on net*, à destination des abonnés du même opérateur, par rapport aux appels dits *off net* terminés sur un réseau concurrent.

Les effets de club peuvent modifier la perception que les clients ont de la concurrence

► Éviter les cercles vicieux

Toute différenciation tarifaire n'est pas anti-concurrentielle. Mais, mis en œuvre par un opérateur en position dominante, des tarifs *on net* peu élevés peuvent attirer artificiellement les consommateurs, qui sont incités à rejoindre un réseau sur lequel un nombre croissant d'utilisateurs deviennent clients, et ainsi de suite. Un cercle vicieux s'instaure, qui peut conduire à éliminer les concurrents.

L'Autorité de la concurrence a appliqué ce raisonnement à la société Orange Caraïbe, considérant que cette dernière avait abusé entre 2003 et 2004 de sa position dominante sur le marché de la téléphonie mobile dans les Antilles et en Guyane en ayant pratiqué ce type de différenciation tarifaire.

Écosystèmes fermés

L'attention des autorités de concurrence se porte également sur le phénomène des écosystèmes fermés qui se sont développés avec l'économie numérique, et dans lesquels le choix du consommateur est guidé ou restreint en fonction de la plate-forme qu'il a choisie pour accéder aux contenus en ligne.

On peut citer les magasins d'applications pour les smartphones, les supports de lecture du livre numérique et les plates-formes d'achat

Plusieurs enquêtes européennes

L'Autorité de la concurrence mène actuellement une enquête sectorielle sur le secteur du commerce en ligne afin d'en analyser le fonctionnement concurrentiel, de la même manière qu'elle l'avait fait en matière de publicité en ligne.

La Commission européenne a également lancé plusieurs enquêtes visant des pratiques d'opérateurs de l'économie numérique.

Elle prépare, en collaboration avec les autorités nationales de concurrence, dans le cadre du réseau européen de la concurrence, la révision du règlement concernant les accords de transfert de technologie qui sont notamment utilisés dans l'économie numérique.

et de vente en ligne. Cette organisation du marché dite « en silo » peut contribuer au dynamisme de l'économie numérique, car les acteurs sont fortement incités à investir ou à innover. Mais elle peut aussi bloquer l'entrée de nouveaux acteurs sur les marchés et réduire la qualité des biens et des services offerts aux consommateurs.

Du point de vue du droit de la concurrence, de telles situations appellent un examen au cas par cas, à travers une mise en balance des effets pro et anticoncurrentiels.

L'enjeu des bases de données personnelles

L'exploitation de bases de données personnelles est également susceptible d'être à l'origine de pratiques anticoncurrentielles, et nécessite une vigilance particulière tant de la part des entreprises concernées que de celle des autorités de régulation de la concurrence.

De nombreux marchés de l'économie numérique reposent en effet sur l'exploitation de bases de données, principalement liées aux comportements de consommation et aux transactions, qui permettent, par exemple, un meilleur ciblage pour les démarches commerciales ou l'amélioration des algorithmes d'un moteur de recherche.

Les bases de données peuvent néanmoins être exploitées de manière à renforcer un pouvoir de marché et à limiter la concurrence sur un marché. ■

Les bases de données peuvent renforcer un pouvoir de marché et limiter la concurrence

Croiser les bases

Le croisement de bases de clientèle consiste, pour une entreprise, à utiliser des informations relatives à ses propres clients recueillies sur un marché donné, pour commercialiser auprès de ces mêmes clients un autre produit sur un marché distinct.

Si cette pratique n'est pas en soi anticoncurrentielle, l'utilisation croisée des bases de clientèle par une entreprise en position dominante sur l'un des marchés, aux fins de pénétrer un marché connexe, est susceptible d'être condamnable. En effet, cette pratique peut étendre la position dominante d'une entreprise en l'absence de concurrence par les mérites, sans que ses concurrents puissent reproduire ces informations privilégiées ou y avoir accès. L'Autorité de la concurrence a rappelé cette analyse, en particulier lorsqu'il s'agit d'opérateurs dits « historiques » qui exploitent des données détenues du fait de leur ancien monopole légal.