

Droit européen de la concurrence et l'économie numérique

Questionnaire Thème 3 - FIDE XXIX Congress, La Haye, 2020

Prof. Nicolas Petit and Prof. Pieter Van Cleynenbreugel (Université de Liège)¹

Introduction

La révolution numérique laisse entrevoir des opportunités sans précédent pour les acteurs économiques et les consommateurs. Cependant, l'avènement de l'économie numérique remet également en cause de nombreux modèles économiques traditionnels et perturbe les rapports de force qui existaient jusqu'ici entre les différents acteurs du marché. En conséquence, les autorités législatives sont appelées à édicter de nouvelles normes afin de répondre aux défis engendrés par la digitalisation. En l'attente de telles interventions, cette tâche est dévolue de facto aux autorités de concurrence. Au niveau européen comme au niveau national, ces autorités sont mises sous pression car il leur incombe désormais de mettre en oeuvre le cadre législatif existant afin de remédier aux défaillances du marché qui découlent de la digitalisation.

Les conséquences de la digitalisation sur les marchés sont au nombre de deux. En premier lieu, la digitalisation a donné lieu à la création de nouveaux marchés sur lesquels des acteurs économiques tels que les plateformes numériques entrent en concurrence afin d'attirer un maximum de consommateurs vers leurs services. A cet égard, *Google* et *Facebook* font figure d'exemples dans la mesure où ces deux opérateurs économiques ont su tirer profit des potentialités liées à la digitalisation afin d'asseoir leur domination sur certains marchés spécifiques. En second lieu, la digitalisation a permis à de nouveaux concurrents de faire irruption sur des marchés autrefois occupés par des opérateurs économiques traditionnels. Pour ne citer qu'eux, *Uber* et *Airbnb* sont désormais en concurrence avec les acteurs traditionnels des marchés de services de taxis et de réservation de logements.

Les perturbations engendrées par la digitalisation ont donné lieu à des appels à l'action, qui furent eux-mêmes suivis d'enquêtes sectorielles en matière de commerce électronique² et de décisions fracassantes telles que l'imposition, par la Commission européenne, d'amendes s'élevant à plusieurs milliards d'euros à l'encontre de *Google*³. Dans une certaine mesure, les Etats membres sont également intervenus en agissant, par exemple, dans le contexte des clauses de la nation la plus favorisée ("NPF")⁴. Qui plus est, les instances législatives européennes ont adopté divers instruments juridiques destinés à réglementer le comportement et les pratiques des opérateurs économiques actifs dans le domaine digital. Ces instruments ont pour but de compléter le cadre législatif

¹ nicolas.petit@uliege.be, pieter.vancleynenbreugel@uliege.be

² Voy., à cet égard, http://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiries_e_commerce.html.

³ Voy. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_fr.htm et http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_fr.htm.

⁴ Voy., à ce sujet, S. Vezzoso, "Online Platforms, Rate Parity, and the Free Riding Defence" in P. Nihoul et P. Van Cleynenbreugel (eds.), *The Roles of Innovation in Competition Analysis*, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2018.

applicable en matière de droit de la concurrence, même s'ils le contredisent également potentiellement. Parmi ces nouveaux instruments législatifs institués par l'Union figurent notamment le Règlement Général pour la Protection des Données (Règlement 2016/679 ou RGPD⁵), le Règlement géo-blocking 2018/302⁶ et, si elle est adoptée, la proposition de règlement relative à l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices des services d'intermédiation en ligne⁷.

En parallèle à ces initiatives législatives, la question se pose de savoir si l'économie numérique doit donner lieu à une modification du cadre juridique applicable en matière de droit de la concurrence. En cas de réponse affirmative, la pertinence du débat doit être reportée sur l'orientation à donner au droit de la concurrence afin d'accompagner au mieux les profonds changements liés à la numérisation de l'économie. A cet égard, il convient d'observer que les activités des plateformes en ligne (moteurs de recherche, réseaux sociaux, plateforme de commerce électronique...) sont de nature à remettre en cause les concepts traditionnels qui sous-tendent l'application du droit de la concurrence (e.g. les concepts de marché et de pouvoir du marché), ce qui exige que ces concepts traditionnels soient repensés afin de saisir la portée des activités des opérateurs économiques actifs dans le domaine digital. Dans cette optique, l'apparition de nouveaux modèles économiques consécutive à la digitalisation remet en question la pertinence des instruments actuels dans le contexte de l'application du droit de la concurrence à ces nouveaux modèles. En particulier, les défaillances mises au jour par la digitalisation rouvrent le débat sur les objectifs assignés au droit de la concurrence.

Ce questionnaire a pour but d'orienter la réflexion menée par les acteurs nationaux et internationaux afin d'analyser au mieux la manière dont les opportunités et défis créés par la révolution numérique doivent être abordés dans le cadre du droit de la concurrence. Au travers de l'examen de l'interaction entre l'économie numérique et le droit de la concurrence, ce questionnaire a pour objectif de permettre de poser un constat sur l'orientation future de la relation qui lie le droit de la concurrence et l'économie numérique.

Les questions abordées dans le cadre de l'analyse menée au niveau national doivent être structurées autour de quatre thèmes ;

- A. **La politique de concurrence à l'ère du numérique : Changement de point focal ?** - établissement de priorités dans le cadre de l'application du droit de la concurrence, nombre d'affaires relatives à l'économie numérique, division des tâches entre la Commission et les Etats membres, propositions/modifications réalisées, discussion sur les objectifs du droit de

⁵ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), [2016] O.J. L119/1. Voy. également le Thème 2 de cette conférence FIDE.

⁶ Règlement (UE) 2018/302 du Parlement européen et du Conseil du 28 février 2018 visant à contrer le blocage géographique injustifié et d'autres formes de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu d'établissement des clients dans le marché intérieur, et modifiant les règlements (CE) n° 2006/2004 et (UE) 2017/2394 et la directive 2009/22/CE, [2018] O.J. L601/1.

⁷ Voy. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0238>.

la concurrence (Est-ce que le critère du bien-être du consommateur est apte à saisir les pratiques néfastes potentielles ?).

- B. **La définition du marché et le pouvoir du marché** - utilité de l'analyse du marché pertinent, éléments pris en compte afin de déterminer le marché pertinent, pouvoir de marché des entreprises numériques actives sur ce marché, analyse des concurrents potentiels, théorie du marché multiface, nouveaux instruments économiques, marché à prix nul, différences entre l'article 102 TFUE et le contrôle des concentrations ?
- C. **Pratiques anti-concurrentielles dans l'économie numérique** - Vers la consécration de nouvelles théories du préjudice (theories of harm) ? - cross leveraging, prix d'éviction à long terme, expérience des algorithmes de prix et de la personnalisation, pratiques abusives des plateformes numériques, motifs de justification, les données en tant que ressource essentielle, échange de données, justifications non-économiques, killer acquisition, considérants 8 et 9 du Règlement 1/2003 et réglementations nationales plus strictes relatives aux pratiques unilatérales, législation sur la responsabilité sans faute, interdictions de fusions & acquisitions.
- D. **Chevauchements législatifs et difficultés liées à l'application du cadre juridique** - interaction entre les règlements ex-ante et l'application du droit de la concurrence ex-post, coopération entre autorités, rôle des juridictions nationales.

A. La politique de concurrence à l'ère du numérique : changement de point focal

La digitalisation de l'économie et l'émergence de plateformes numériques donne lieu à d'intenses débats au sein de l'Union et des Etats membres. En Allemagne, la Commission des monopoles a publié un rapport séminal sur le droit de la concurrence et l'économie numérique en 2014⁸. La réflexion a trait aux changements d'orientation à donner au droit de la concurrence afin de saisir au mieux les évolutions consécutives à la digitalisation. Dans cette perspective, il convient de se demander dans quelle mesure la digitalisation (en ce compris (1) la création de nouveaux marchés et (2) la concurrence entre les prestataires de services numériques et certains opérateurs économiques historiques) constitue effectivement un vecteur de changement en matière de politique de la concurrence. En particulier, il est nécessaire de s'interroger sur les évolutions déjà observables en matière de politique de la concurrence. Pour ce faire, il y a lieu de tenir compte d'éventuels changements d'orientation relatifs aux propositions ou modifications législatives et aux mesures d'application du droit de la concurrence.

A cet égard, les sous-questions suivantes s'avèrent particulièrement pertinentes.

Question 1 : *Quelles sont les affaires les plus importantes relatives à l'économie numérique (qui ont trait aux prestataires de services numériques ou à la concurrence entre ces opérateurs et des opérateurs économiques traditionnels) dont votre autorité de concurrence a eu à connaître ?*

⁸ Voy. la version de ce rapport rédigée en anglais:
https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/s68_fulltext_eng.pdf.

- a. Ces affaires ont-elles permis d'identifier des problèmes spécifiques à l'économie numérique qui justifient qu'une attention particulière soit donnée à l'économie numérique dans votre juridiction ?
- b. D'autres affaires sont-elles actuellement en cours ? Si tel est le cas, pourriez-vous faire un bref résumé de la situation relative à ces enquêtes ?

Question 2 : *Est-ce que votre autorité de concurrence a adapté sa stratégie d'application du droit de la concurrence afin de saisir les évolutions constatées sur les marchés numériques ?*

- a. Sous quelle forme se présentent ces adaptations (modification législative, changement de politique, modification de la stratégie d'application du droit) ?
- b. Dans votre juridiction, quels instruments d'application du droit sont disponibles afin de permettre ces adaptations ? Est-ce que l'autorité de concurrence a rédigé des rapports ou adopté des lignes directrices ou des règles administratives contraignantes afin d'adapter le droit de la concurrence aux évolutions résultant de la digitalisation ?
- c. Dans votre juridiction, les autorités de concurrence ont-elles mené des évaluations sur la politique de concurrence relative aux marchés numériques ? Si tel est le cas, pourriez-vous en résumer les conclusions ?

Question 3 : *Est-ce que votre autorité de concurrence emploie le critère de bien-être du consommateur comme finalité assignée au droit de la concurrence ?*

- a. Si la réponse est négative, quel autre critère est utilisé en tant qu'objectif assigné au droit de la concurrence ?
- b. Si la réponse est positive, de quelle manière est interprété le critère de bien-être du consommateur dans votre juridiction ?
- c. Est-ce que ce critère a été appliqué de manière cohérente dans les affaires relatives aux fournisseurs de services numériques et à la concurrence que se livrent ceux-ci et des opérateurs traditionnels ?

B. La définition du marché et le pouvoir de marché

Les opérateurs économiques actifs dans le domaine digital et, plus particulièrement, les plateformes numériques remettent en cause la notion traditionnelle de pouvoir de marché fondée sur l'identification d'un marché pertinent qui permet de déterminer, avec une relative facilité, les parts du marché. Dans le secteur numérique, les services sont rarement prestés en contrepartie d'un prix au sens traditionnel ; les consommateurs paient plutôt grâce à leurs données personnelles ou leur temps, ce qui exige l'utilisation d'instruments différents afin d'apprécier le pouvoir de marché des prestataires visés.

Bien que les plateformes soient souvent considérées comme de puissants acteurs économiques, ces acteurs dépendent en réalité de la capacité des technologies qui les sous-tendent à attirer et à conserver des utilisateurs dans leur giron. La collecte et le traitement de quantités toujours plus

importantes de données personnelles jouent un rôle essentiel à cet égard. Les plateformes numériques illustrent au mieux ce modèle économique. Ces plateformes sont structurées autour de marchés à deux faces, ce qui pousse certains académiques à considérer qu'une définition du marché adaptée doit voir le jour afin d'intégrer des paramètres qui devraient permettre d'établir une vision du pouvoir de marché adaptée au modèle économique particulier de ces plateformes. Aux Etats-Unis, la Cour Suprême a ainsi jugé, dans l'affaire *Amex*, qu'un seul marché pertinent doit être défini dans le contexte de plateformes de transactions multi-faces⁹. L'objectif de cette section est de déterminer si de nouveaux paramètres de définition du marché ont été élaborés ou si, au contraire, les instruments traditionnels relatifs à la définition du marché pertinent traditionnel restent aujourd'hui d'application. Les questions suivantes sont particulièrement pertinentes à cet égard.

Question 4 : *Comment votre autorité de concurrence définit-elle le marché à l'égard des acteurs de l'économie numérique ?*

- a. Quels sont les critères employés par votre autorité de concurrence dans les affaires relatives à l'économie numérique qu'elle a à traiter ? Est-ce que votre autorité de la concurrence a recours aux critères traditionnels du prix, du produit et de la zone géographique ? Ou, au contraire, est-ce que votre autorité de concurrence a mis au point des critères spécifiques intégrant des considérations liées à l'émergence de marchés axés sur les données ?
- b. Est-ce que votre autorité de concurrence a recours à une méthode particulière aux fins de détermination du marché pertinent dans le contexte de plateformes numériques ? (par exemple une distinction entre les plateformes qui réalisent des transactions et celles qui n'en réalisent pas ou une distinction entre modèle économique et fonctionnalités)
- c. Dans votre juridiction, est-ce que la nature particulière des marchés sur lesquels interviennent les plateformes numériques est prise en considération afin d'identifier le marché pertinent ?
- d. Dans votre juridiction, est-ce que les autorités ou les cours et tribunaux ont été saisis d'affaires impliquant des marchés à prix nuls ? Comment le marché pertinent est-il défini dans ces affaires ?

Question 5 : *Dans la pratique, comment votre autorité de la concurrence définit-elle le pouvoir de marché dans les affaires qui impliquent des acteurs de l'économie numérique ?*

- a. Est-ce que les parts de marché sont utilisées à cette fin ?
- b. Est-ce que le pouvoir détenu par ces acteurs économiques sur des marchés liés est pris en considération ? Si tel est le cas, comment ce pouvoir est-il pris en compte ?
- c. Est-ce que la concurrence potentielle ou future est prise en compte lors de la définition du pouvoir de marché ? Est-ce que ce paramètre est utilisé différemment dans le cadre de l'économie numérique ?

⁹ Pour obtenir une version de la décision rédigée en anglais, voy. https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/16-1454_5h26.pdf.

- d. Est-ce que la manière dont le concept de pouvoir de marché est utilisé dans le contexte des marchés numériques révèle des différences en comparaison avec l'utilisation de ce concept dans d'autres domaines ?

Question 6 : *Avez-vous remarqué des différences entre les examens ex-post (cas d'abus de position dominante) et les examens ex-ante (cas de contrôles des concentrations) dans le cadre de la définition du marché pertinent et de la détermination du pouvoir de marché ?*

C. Pratiques anticoncurrentielles dans l'économie numérique

Les entreprises numériques tirent profit des nouvelles technologies - en particulier les algorithmes d'apprentissage - et des nouveaux modèles économiques impliquant le Big Data afin de développer et maintenir une position de force par rapport à leurs concurrents. Or, l'utilisation de nouvelles technologies est de nature à favoriser les collusions et abus de position dominante. Dans l'affaire *Eturas*, la Cour de Justice a ainsi jugé que des pratiques collusives peuvent avoir lieu dans le contexte numérique¹⁰. Cependant, le jugement rendu par la Cour n'offre pas de réponse satisfaisante à certaines questions importantes relatives à l'étendue et à la nature des comportements anticoncurrentiels dans le contexte numérique. De même, la notion d'abus n'a pas encore fait l'objet de précisions jurisprudentielles. Dans ce contexte, la présente section a pour objet de révéler quelle(s) théorie(s) du préjudice sous-tend(ent) les interventions des autorités de concurrence dans le domaine de l'économie numérique et dans quelle mesure un dommage concurrentiel peut être justifié par d'autres considérations.

Les questions suivantes sont particulièrement pertinentes à cet égard :

Question 7 : *Quelles sont les pratiques propres au marché numérique ou impliquant des entreprises numériques qui ont été analysées dans le cadre de décisions adoptées dans votre juridiction ?*

- a. Quelles sont les pratiques collusives qui sont considérées comme des restrictions par objet ou par effet ? Est-ce que d'autres pratiques sont considérées comme non-restrictives ? Quels éléments sont pris en compte afin d'arriver à une telle conclusion ?
- b. Quelles pratiques unilatérales (vente liée, refus de fourniture, refus de donner accès à des données, prix prédateurs à long terme) sont considérées comme abusives ? Est-ce que d'autres pratiques sont considérées comme étant non-abusives ? Quels éléments sont pris en compte afin d'arriver à une telle conclusion ?
- c. L'autorité de votre juridiction a-t-elle eu à connaître de concentrations impliquant des entreprises numériques ? Quels critères sont utilisés afin d'évaluer la légalité de telles concentrations ?

¹⁰ CJUE, C-74/14, *Eturas*, EU:C:2016:42.

Question 8 : *Quelles sont les raisons qui ont été avancées par les entreprises concernées afin de justifier des comportements anti-concurrentiels ?*

- a. Est-ce que des motifs liés à l'efficacité/la productivité économique sont avancés par des acteurs de l'économie numérique afin de justifier certaines catégories de comportements anti-concurrentiels ? Si tel est le cas, pourriez-vous en fournir un résumé ?
- b. Quelle est la réaction de l'autorité de concurrence de votre juridiction face à de telles justifications ?
- c. Est-ce que la caractéristique multi-face des marchés numériques est prise en considération dans le cadre de l'examen de motifs de justification liés à l'efficacité économique ?
- d. Est-ce que l'autorité de votre juridiction prend également en compte des motifs qui ne sont pas liés à l'efficacité économique (par exemple les innovations créées par des acteurs de l'économie numérique) ? Est-ce que de tels motifs de justification sont entrés en ligne de compte dans le cadre de l'autorisation de certaines catégories de comportements ?

Question 9 : *Avez-vous pu remarquer la naissance de théories du préjudice spécifiques au contexte numérique ?*

- a. Comment est défini le préjudice ? En quoi cette définition est-elle différente des théories du préjudice propres à d'autres secteurs ?
- b. Est-ce que les arguments relatifs à l'innovation jouent un rôle dans le cadre de l'identification d'un préjudice à la concurrence ?
- c. Quelles sont les règles de preuve utilisées dans le cadre de l'établissement d'un préjudice concurrentiel ? En cas d'utilisation de preuves statistiques, quel est le seuil de probabilité requis pour justifier une telle intervention ?

Question 10 : *Quels sont les remèdes utilisés dans les affaires relatives aux marchés numériques ? Ces remèdes sont-ils différents des remèdes applicables à d'autres marchés ?*

D. Chevauchements législatifs et difficultés liées à l'application du droit de la concurrence

L'application du droit de la concurrence dans le cadre des marchés numériques n'est pas autonome par rapport aux autres contextes réglementaires. En effet, il semble que le droit de la concurrence n'est pas suffisamment armé afin de réglementer au mieux les évolutions constatées sur les marchés numériques. Dès lors, le législateur européen est intervenu afin de mettre en place des instruments de réglementation ex-ante destinés à remplacer ou compléter les instruments législatifs applicables en matière de droit de la concurrence. Dans ce contexte, il convient de s'interroger sur les effets de telles réglementations sur le comportement des acteurs économiques. En particulier, il est essentiel de déterminer si le respect des règles contenues dans ces réglementations facilitent ou, au contraire, remettent en cause l'application ex-post du droit de la concurrence. Dans cette section, nous désirons dévoiler les effets positifs ou négatifs liés à l'interaction du droit de la concurrence avec les réglementations ex-ante relatives au marché numérique. Les questions suivantes sont particulièrement pertinentes à cet égard.

Question 11 : *En pratique, avez-vous constaté l'existence de chevauchements réglementaires entre les réglementations ex-ante destinées à régir le comportement des acteurs sur le marché - ce qui inclut notamment les règles relatives à la protection du consommateur, la proposition de règlement sur les plateformes numériques, le RGPD, le Règlement sur le blocage géographique, la Directive vie privée et communications électroniques ou la proposition de règlement vie privée et communications électroniques ainsi que les instruments législatifs nationaux similaires relatifs aux clauses de la nation la plus favorisée - et la pratique développée par les autorités de la concurrence dans le cadre de l'application du droit de la concurrence ?*

- a. S'il est répondu par la négative à la question 11, est-ce que des mesures ont été prises afin de prévenir toute possibilité de chevauchements ou conflits dans des cas futurs ?
- b. S'il est répondu par l'affirmative à la question 11, est-ce que ces chevauchements ont donné lieu à des interprétations divergentes sur le comportement que doivent adopter les entreprises sur le marché numérique ?

Question 12 : *Dans votre juridiction, quelles sont les autorités responsables de l'application du droit de la concurrence dans le contexte de l'économie numérique ?*

- a. Est-ce que les mêmes autorités sont responsables de l'application du droit de la concurrence et de réglementations ex-ante sur l'économie numérique (telles que le RGPD et le Règlement sur le blocage géographique) ?
- b. Si la réponse à la question 12 (a) est affirmative, quels sont les instruments qui existent afin de garantir une application cohérente de ces deux types de règles au sein de l'autorité en question ?
- c. Si la réponse à la question 12 (a) est négative, est-ce que les différentes autorités concernées coopèrent ? Est-ce qu'un canal de transmission d'informations existe entre ces autorités ?
- d. Est-ce que les décisions de ces autorités peuvent faire l'objet de recours devant les cours et tribunaux de votre juridiction ? Existe-t-il une Cour ou un tribunal unique compétent dans le cadre de l'examen des affaires provenant de ces autorités ?