

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Forum mondial sur la concurrence

L'ABUS DE POSITION DOMINANTE SUR LES MARCHÉS NUMÉRIQUES

- Note de référence du Secrétariat -

8 décembre 2020

Le présent document a été rédigé par le Secrétariat de l'OCDE afin de servir de document de référence pour la 11^{ème} session du 19^{ème} Forum mondial de la concurrence, le 8 décembre 2020.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne représentent pas nécessairement le point de vue officiel de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents liés à ce débat sont disponibles à l'adresse : oe.cd/marchenum.

Pour toute question relative au présent document, veuillez contacter M. James MANCINI [James.MANCINI@oecd.org].

JT03468100

L'abus de position dominante sur les marchés numériques

- Note de référence par le Secrétariat -*

Les marchés numériques posent des défis fondamentaux pour l'application de la législation en matière d'abus de position dominante. Ce document explorera ces défis, et définira certaines stratégies que les autorités de la concurrence pourraient envisager d'appliquer dans le traitement de leurs dossiers.

D'une part, les marchés numériques peuvent être plus susceptibles de causer le type de préjudice que les lois sur l'abus de position dominante visent à empêcher. Si les autorités de la concurrence sont dans l'incapacité d'appliquer ces interdictions à des modèles d'entreprises du numérique, des doutes pourront s'élever à propos de l'efficacité de l'infraction d'abus de position dominante en tant qu'outil d'application du droit de la concurrence. C'est pourquoi certaines autorités de la concurrence ont appelé à une répression plus étendue dans ce domaine.

D'autre part, l'analyse de ce préjudice peut être potentiellement complexe, et générer un risque d'erreur (entraînant une répression soit excessive soit insuffisante). Une répression agressive, qui ne serait pas fondée sur des théories économiques du préjudice, ou qui ne tiendrait pas compte du risque de répression excessive, pourrait aboutir à léser les consommateurs que la loi était précisément destinée à protéger et, plus généralement, nuire au soutien à l'application du droit de la concurrence.

Afin d'équilibrer ces risques, il semble nécessaire à la fois (1) d'être ouvert aux théories du préjudice relatives à l'abus de position dominante et (2) de faire preuve du plus grand soin dans la sélection des affaires justifiant l'ouverture d'une procédure. L'appréciation de l'équilibre entre les risques de répression insuffisante et de répression excessive est différente selon les juridictions. Cette appréciation ne peut pas être séparée du contexte législatif, historique et philosophique sous-jacent au droit de la concurrence dans chaque juridiction. Elle peut également être actualisée en réponse à des évaluations ex-post d'interventions passées, et en fonction des tendances d'évolution du pouvoir de marché. Toutefois, il existe des zones de convergence en raison de la double nécessité de procéder à une analyse basée sur les effets dans la plupart des cas, et d'éviter toute action qui décourage l'innovation. Simultanément, il y a des cas dans lesquels d'autres outils de la politique de la concurrence pourraient être plus justifiés, ou plus opportuns ou encore plus efficaces en termes de ressources.

À l'avenir, les autorités de la concurrence qui s'attaqueront au problème des abus de position dominante sur les marchés numériques devraient bénéficier d'une coopération internationale plus intense en raison de l'envergure internationale de nombreuses entreprises numériques. En outre, il demeure de très nombreuses opportunités de développement de nouvelles méthodologies, qui aident les autorités de la concurrence à évaluer les circonstances uniques qui caractérisent les marchés numériques, et identifient plus clairement les conditions dans lesquelles le préjudice émergera.

* Cette note a été rédigée par James Mancini, Division de la concurrence de l'OCDE, avec l'assistance de Sophie Flaherty et a bénéficié des commentaires d'Antonio Capobianco, Anna Barker, Paulo Burnier da Silveira, Matteo Giangaspero et Chris Pike.

L'abus de position dominante sur les marchés numériques - Note de référence par le Secrétariat* -	2
1. Introduction	5
2. Le contexte législatif et historique des affaires d'abus de position dominante	7
2.1. Analyses formalistes contre analyses basées sur les effets	7
2.2. L'impact de la différence d'approche sur le traitement des affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques	10
3. Établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques	13
3.1. Définition du marché	14
3.1.1. Les dimensions hors prix de la concurrence	14
3.1.2. Définir un marché unique ou des marchés multiples	15
3.1.3. Preuves et outils analytiques pour la définition des marchés numériques	16
3.2. Indicateurs de la position dominante	17
3.2.1. Substitution	17
3.2.2. Barrières à l'entrée et concurrence potentielle	18
3.2.3. Mesures de la profitabilité	20
3.2.4. Parts de marché	21
4. Types d'affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques	25
4.1. Refus de négocier	27
4.1.1. Caractère indispensable	29
4.1.2. Faisabilité	33
4.1.3. Sources potentielles de preuves dans les affaires de refus de négocier	34
4.1.4. Mesures correctives	34
4.2. Pratique de prix prédateurs	36
4.3. Compression des marges	39
4.3.1. Mécanismes de compression des marges	40
4.4. Accords d'exclusivité et remises de fidélité	43
4.4.1. Sources potentielles de preuves dans les affaires d'exclusivité et de remises de fidélité	47
4.5. Ventes liées et groupées	48
4.5.1. Identifier les ventes liées et groupées sur les marchés numériques	51
4.5.2. Théories du préjudice lié aux ventes liées et groupées sur les marchés numériques	53
4.5.3. Évaluation des effets des ventes liées et groupées sur les marchés numériques	57
4.5.4. Mesures correctives	58
4.5.5. Sources potentielles de preuves dans les affaires de ventes liées et groupées	60
4.6. Exploitations abusives	61
4.7. Nouvelles formes d'abus de position dominante sur les marchés numériques	64
4.7.1. Parasitisme forcé	65
4.7.2. Effet de levier abusif ou auto-préférence	66
4.7.3. Vente liée impliquant la collecte de données privées	67
5. Les limites de l'abus de position dominante pour traiter les problèmes de concurrence sur les marchés numériques et les changements proposés pour y remédier	69
5.1. Modifier les approches actuelles de l'abus de position dominante	69
5.2. Alternatives aux procédures pour abus de position dominante	71

6. Conclusion

73

Notes de fin de document

74

Tableaux

Tableau 1. Sources potentielles de preuves pour établir une position dominante sur les marchés numériques	23
Tableau 2. Établir une relation entre les théories du préjudice fondées sur l'abus de position dominante et le comportement observé sur les marchés	26
Tableau 3. Sources potentielles de preuves dans les affaires de refus de négocier	34
Tableau 4. Sources potentielles de preuves pour les cas d'exclusivité et de remises de fidélité	47
Tableau 5. Sources potentielles de preuves pour établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques	60

Encadrés

Encadré 1. Les coûts des erreurs commises dans l'application du droit de la concurrence	8
Encadré 2. L'affaire Autorité de la concurrence française contre Cegedim	31
Encadré 3. L'affaire du Bureau canadien de la concurrence concernant le Toronto Real Estate Board (chambre immobilière de Toronto)	32
Encadré 4. L'affaire <i>Bottin Cartographes/Google France</i>	38
Encadré 5. L'affaire <i>Google Shopping</i> jugée par la Commission européenne	42
Encadré 6. L'affaire Commission européenne contre <i>Qualcomm</i> en 2018	46
Encadré 7. Scénarios d'éviction par la pratique des ventes liées ou groupées	49
Encadré 8. L'affaire US Department of Justice contre <i>Microsoft</i>	50
Encadré 9. L'affaire <i>Google Android</i> – Commission européenne et Commission de la concurrence de l'Inde	56
Encadré 10. L'affaire <i>Microsoft/Windows Media Player</i> – Commission européenne	57
Encadré 11. Les mesures correctives ordonnées dans le cadre de l'examen par la Commission européenne de la fusion <i>Microsoft/LinkedIn</i>	59
Encadré 12. L'affaire Bundeskartellamt contre <i>Facebook</i>	63
Encadré 13. Les mesures d'urgence imposées par l'Autorité de la concurrence française dans l'affaire Amadeus contre <i>Google</i>	71

1. Introduction

1. La concurrence sur les marchés numériques est devenue un sujet d'importance majeure pour les responsables de la politique de la concurrence et les médias et s'est même invitée dans les campagnes politiques. La taille des entreprises numériques et leur importance dans l'économie ont en particulier suscité une vive attention. Il n'est donc pas surprenant que l'application des lois sur l'abus de position dominante à l'ère du numérique soit l'un des thèmes des discussions de cette session.

2. L'idée qu'« être gros n'est pas un défaut » est un principe bien établi de la politique de la concurrence. La taille d'une entreprise peut être le résultat de l'innovation, d'un modèle d'entreprise original, ou simplement d'opérations plus efficaces. En d'autres termes, elle peut récompenser une concurrence agressive – qui est bénéfique pour les consommateurs et, plus largement, pour la productivité économique. Toutefois, la politique de la concurrence a identifié certaines stratégies qui peuvent être utilisées par des entreprises dominantes sur un marché afin de renforcer ou de protéger leur pouvoir de marché. Contrairement à l'innovation, par exemple, ces stratégies peuvent léser les consommateurs et conduire à un préjudice économique plus étendu.

3. Le potentiel d'application de ces stratégies dans les marchés numériques est devenu un sujet de préoccupation majeur, au point que de nombreuses autorités de la concurrence commencent à enquêter sur des entreprises du numérique. Par exemple, 30 des 39 pays qui ont répondu à une récente enquête du Réseau international de concurrence (« RIC ») ont indiqué avoir ouvert des enquêtes pour abus de position dominante sur les marchés numériques, et 17 de ces enquêtes ont abouti à des poursuites contre les entreprises concernées (RIC, 2020^[1]).

4. Le droit de la concurrence a fixé des cadres juridiques et économiques pour l'évaluation des abus de position dominante. Toutefois, ces cadres ne peuvent pas traiter chaque problème de concurrence posé par les marchés numériques. D'autres outils de la politique de la concurrence, y compris le contrôle des fusions et les actions de plaidoyer, peuvent être plus appropriés dans certains cas. En outre, il se peut que certains sujets de préoccupation puissent ne pas être aisément traités, voire ne pas pouvoir l'être dans le cadre de la politique de la concurrence. Le débat autour de la conduite abusive de grandes entreprises du numérique est donc un microcosme de la discussion plus vaste sur la concurrence dans les marchés numériques.

5. Cette note se propose d'illustrer comment les lois réprimant l'abus de position dominante peuvent être appliquées dans les marchés numériques, en se référant au contexte légal et historique d'une juridiction, aux éléments économiques liés aux différentes théories du préjudice et aux modifications potentielles des cadres existants, proposées afin de mieux refléter les conditions des marchés numériques.

6. Les caractéristiques uniques, ou au moins relativement moins communes, des marchés numériques, sont bien documentées. Elles incluent :

- **Leur taille** – à titre d'exemple, 7 des 10 plus grandes entreprises du monde fournissent des produits numériques (PwC, 2020^[2]).
- Des marchés qui sont souvent **multifaces** (ils rassemblent différents groupes de consommateurs via une plateforme) ou **liés entre eux** (par exemple, le matériel informatique et le logiciel sont des produits complémentaires).
- Des produits souvent fournis aux consommateurs à des **prix égaux à zéro ou subventionnés**, en utilisant les revenus provenant d'autres acteurs du marché (par ex. grâce à des recettes publicitaires ou à la vente de données), ou des produits

fournis parallèlement à des offres gratuites (le modèle économique dit « freemium »).

- **Des effets de réseau**, définis comme « les gains dont profitent les consommateurs d'un produit lorsqu'un plus grand nombre de consommateurs utilisent ce produit » (OCDE, 2019, p. 6_[3]). À titre d'exemple, les utilisateurs d'un réseau social bénéficient d'un avantage, ou d'une externalité positive, si un nombre accru de leurs connaissances créent des comptes sur le réseau.¹

7. Ces caractéristiques ont des implications significatives dans les affaires d'abus de position dominante. En particulier, elles peuvent donner naissance à des marchés plus concentrés, ce qui pourrait signifier que la position dominante est relativement plus courante et qu'elle peut devenir plus enracinée (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019, p. 43_[4]). En outre, étant donné que les stratégies d'économies d'échelle et multi-marchés sont cruciales dans les marchés numériques, les effets des stratégies d'entreprise, à la fois pro-concurrentiels et anticoncurrentiels, peuvent être rapidement multipliés. Les effets de réseau peuvent également être utilisés pour amplifier les préjudices concurrentiels causés par une conduite abusive (Iacobucci and Ducci, 2019_[5]), bien que d'aucuns aient posé la question de savoir si leur rôle est surestimé (Manne and Wright, 2011_[6]). Enfin, il peut être difficile, en raison du rythme rapide de changement observé sur ces marchés, de déterminer la probabilité qu'une entreprise soit soumise à une pression concurrentielle dans un proche avenir.

8. En résumé, les marchés numériques posent un défi fondamental pour la répression des abus de position dominante. D'une part, les marchés numériques peuvent être plus susceptibles de causer le type de préjudice que les lois sur l'abus de position dominante visent à empêcher. D'autre part, l'analyse de ce préjudice peut être potentiellement complexe, et générer un risque d'erreur (entraînant une application soit excessive soit insuffisante de la loi). Ce document explorera ces défis, et définira certaines stratégies que les autorités de la concurrence pourraient envisager d'appliquer dans le traitement de leurs dossiers. Il est structuré comme suit :

- La **Section 2** décrit comment le contexte législatif et historique des affaires d'abus de position dominante peut affecter l'application de la loi dans les marchés numériques.
- La **Section 3** aborde la question des défis qui se posent lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques et celle des preuves applicables à cet effet.
- La **Section 4** décrit les théories du préjudice appliquées dans les affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques, à la fois traditionnelles et nouvelles.
- La **Section 5** évoque les propositions qui sont faites pour modifier les cadres régissant l'abus de position dominante afin de les adapter à la numérisation, ainsi que les alternatives potentielles, y compris la réglementation sectorielle.
- La **Section 6** est consacrée à la conclusion.

2. Le contexte législatif et historique des affaires d'abus de position dominante

9. Le terme « abus de position dominante » recouvre différentes dispositions législatives dans différentes juridictions, qui, bien qu'elles emploient une terminologie différente, poursuivent un objectif fondamental similaire, y compris : l'abus de position dominante dans l'UE,² en Inde³ et en Afrique du sud,⁴ la monopolisation aux États-Unis,⁵ la monopolisation privée au Japon,⁶ les pratiques connexes à une position dominante au Mexique,⁷ l'abus de pouvoir de marché en Australie,⁸ et la conduite anticoncurrentielle au Brésil.⁹

10. Bien que les dispositions légales spécifiques soient similaires dans de nombreuses lois sur la concurrence (y compris le Sherman Act américain et le Traité européen sur le fonctionnement de l'Union européenne), leur application peut varier dans une mesure significative d'un pays à l'autre. Cette variation peut résulter de nombreuses raisons, notamment : des priorités et des perspectives différentes selon les autorités de la concurrence ; des différences significatives dans l'interprétation de ces dispositions par les tribunaux ; et des philosophies historiques, légales et constitutionnelles divergentes (voir, par exemple, Fox (2014, p. 150^[7])). Il n'est donc pas surprenant qu'il y ait des différences dans les types d'affaires ayant donné lieu à des poursuites et dans leurs issues, d'une juridiction à l'autre. Comme l'indique Ezrachi (2018, p. 25^[8]) : « Critiquer des résultats incohérents in abstracto, sans tenir compte des fondements et des objectifs différents, revient à comparer des pommes et des oranges ».

11. Cette approche différente des affaires d'abus de position dominante selon les juridictions a été mise en lumière dans des affaires impliquant des marchés numériques. Cette section explorera certains éléments clés des cadres législatifs régissant l'abus de position dominante, qui ont conduit à des décisions différentes dans ces affaires, et qui ont été particulièrement saillants dans de récentes affaires impliquant les marchés numériques.

2.1. Analyses formalistes contre analyses basées sur les effets

12. En général, les abus potentiels de position dominante ne sont pas considérés, en soi, comme illégaux – en d'autres termes, rien n'interdit un certain type de conduite en toutes circonstances. Toutefois, le degré d'analyse requise varie selon les juridictions. L'approche adoptée par une juridiction peut être soit *formaliste* soit *basée sur les effets*. Une approche formaliste exige toujours une analyse spécifique de l'affaire, afin de déterminer si une entreprise occupe une position dominante. Toutefois, dès lors qu'une entreprise est réputée dominante, toute infraction peut être jugée illégale en soi. En d'autres termes, une autorité de la concurrence n'a aucune obligation de prouver le préjudice causé aux consommateurs. Un nombre relativement faible de juridictions utilisent un cadre entièrement formaliste. Par exemple, l'Inde utilise en principe une approche formaliste (Competition Authority of India, 2017^[9]), mais une analyse basée sur les effets, y compris une reconnaissance des efficacies, a été utilisée dans certains cas (Malik et al., 2019, pp. 457-459^[10]). D'autres juridictions n'appliquent une approche formaliste qu'à certains types de comportement, par exemple, la pratique de prix excessifs et le refus d'accès à une facilité essentielle en Afrique du sud.¹⁰

13. Les approches formalistes pourraient présenter quelques avantages pour les autorités de la concurrence. En particulier, elles peuvent réduire les ressources requises pour enquêter sur des affaires d'abus de position dominante, et peuvent accélérer la procédure d'engagement des poursuites dans ces affaires, qui est longue et mobilise des ressources très importantes. Elles pourraient en outre fournir un plus grand degré de certitude pour les acteurs du marché. Toutefois, elles exigent toujours des exercices de définition du marché qui peuvent être complexes, et n'écartent donc pas complètement les craintes à propos de la prise de décisions subjectives (Malik et al., 2019^[10]). Elles risquent

également d'entraîner une application excessive de la loi, à savoir le risque de juger que la conduite d'une entreprise constitue une infraction alors même qu'elle pourrait avoir des justifications pro-concurrentielles. C'est pourquoi certains tribunaux, praticiens et commentateurs ont appelé à un cadre d'appréciation de l'abus de position dominante reposant sur une analyse basée sur les effets, qui reconnaît le risque d'erreurs dans l'application de la loi. L'Encadré 1 décrit ces erreurs.

Encadré 1. Les coûts des erreurs commises dans l'application du droit de la concurrence

Ainsi que le décriront les développements ci-dessous, les théories du préjudice en matière d'abus de position dominante dépendent de chaque affaire. En particulier, (1) la conduite considérée n'est susceptible d'entraîner un préjudice qu'à condition que l'entreprise en question détienne un pouvoir de marché, et (2) même si une entreprise détient un pouvoir de marché, la théorie économique suggère que l'impact sur le marché dépendra de ses caractéristiques spécifiques. Les affaires d'abus de position dominante exigent donc que les autorités de la concurrence, et, potentiellement, les tribunaux, procèdent à des évaluations si l'affaire présente une ambiguïté. Il peut être difficile de distinguer une concurrence agressive d'un comportement anticoncurrentiel, par exemple. En particulier, il n'est souvent pas simple de comparer les préjudices et les efficacités et d'estimer l'effet global d'un comportement donné sur les consommateurs, étant donné que ces deux variables ne sont pas susceptibles d'être mesurées de la même manière, ou, du moins, d'une manière aussi précise (Hovenkamp, 2016^[11]). La situation sur les marchés numériques peut être particulièrement complexe, en raison de l'évolution rapide des marchés et de l'effacement des frontières des marchés. Cela a conduit les auteurs de doctrine et les praticiens du droit de la concurrence à considérer les risques d'erreur dans les procédures en droit de la concurrence (Easterbrook, 1986^[12]). Ces erreurs sont parfois catégorisées comme :

- des erreurs de type 1, c'est-à-dire le risque de faux positif, ou le risque de conclure à l'existence d'un préjudice pour la concurrence alors qu'il n'y en a aucun (application excessive de la loi)
- des erreurs de type 2, c'est-à-dire le risque de faux négatif, ou le risque de conclure qu'il n'existe aucun préjudice pour la concurrence alors que ce préjudice s'est en réalité produit (application insuffisante de la loi)

Un débat est actuellement en cours sur la manière dont les autorités de la concurrence devraient gérer ces risques. Certains insistent sur les coûts potentiels d'une application excessive de la loi, et mettent en garde contre des interventions de répression injustifiées qui peuvent entraîner un préjudice pour les consommateurs et, plus largement, un préjudice économique (voir, par exemple, Manne and Wright (2011^[6])). Cette perspective peut également être liée à l'idée que les autorités de la concurrence devraient « avant tout, ne causer aucun préjudice » lorsqu'elles interviennent dans des marchés.

Afin d'aider à catégoriser les différentes théories de l'abus de position dominante sur la base du risque d'erreurs de type 1 et de type 2, Condorelli and Padilla (2019^[13]) proposent ce qui suit :

- Si le risque d'erreurs de type 1 est extrêmement improbable, le comportement devrait être considéré en soi comme illégal (de telle sorte qu'une analyse des effets n'est pas nécessaire).

- S'il existe un risque d'erreurs à la fois de type 1 et de type 2, mais si le coût prévisionnel des erreurs de type 2 est plus élevé – c'est-à-dire, si le potentiel de préjudice pour les consommateurs est important, le comportement en question devrait être soumis à une présomption simple d'illégalité. En d'autres termes, il conviendrait de présumer qu'il est anticoncurrentiel, mais qu'une entreprise dominante pourrait éviter de commettre une infraction si elle peut démontrer les effets d'efficience de son comportement. Les auteurs suggèrent que tel peut être le cas si un marché est susceptible de « basculer » dans un monopole, par exemple (Condorelli and Padilla, 2019, p. 38^[13]).
- S'il existe un risque d'erreurs à la fois de type 1 et de type 2, mais si le coût prévisionnel des erreurs de type 1 est plus élevé – c'est-à-dire si les efficacités potentielles sont importantes, le comportement en question devrait être soumis à une présomption simple de légalité. En d'autres termes, il conviendrait de présumer qu'il est pro-concurrentiel, mais qu'une autorité de la concurrence pourrait prouver une infraction en démontrant que le comportement en question est préjudiciable.
- Si le risque d'erreur de type 2 est jugé extrêmement probable, le comportement en question devrait être légal en toutes circonstances. Les théories du préjudice liées à l'abus de position dominante peuvent souvent s'inscrire au milieu de ces deux catégories – en d'autres termes, elles ne sont pas toujours susceptibles d'aboutir à conclure à l'existence d'un préjudice ou à l'absence de préjudice. Condorelli and Padilla (2019, p. 37^[13]) recommandent une approche fondée sur les effets et plus précisément le recours à des présomptions simples, en fonction de la probabilité d'existence d'un préjudice. Cette approche fondée sur les effets est adoptée dans de nombreuses juridictions et implique de peser à la fois le préjudice et les efficacités sans recourir à des présomptions. En particulier, Padilla (2018^[14]) suggère que les pratiques de prix prédateurs, les refus de négocier, la compression des marges et les ventes liées ou groupées devraient faire l'objet d'une présomption simple de légalité, tandis que les clauses d'exclusivité pourraient faire l'objet d'une présomption simple d'illégalité.

14. Ainsi, la différence entre les approches formalistes et les approches basées sur les effets peut s'expliquer par des perceptions différentes du risque d'erreurs d'application de la loi. Ces deux approches peuvent également se distinguer par l'objectif sur lequel elles se focalisent. En particulier, l'approche formaliste pourrait être classifiée comme se focalisant sur la protection du *processus de concurrence*, et présumant indirectement que les consommateurs seront lésés (Jennings, 2006^[15]). En revanche, l'approche basée sur les effets se focalise sur les affaires dans lesquelles il est possible de démontrer qu'un préjudice direct a été causé aux consommateurs.

15. Le débat sur les mérites respectifs de l'approche formaliste et de l'approche basée sur les effets a été particulièrement intense en Europe. En réponse à ce débat, la Commission européenne a publié en 2009 ses orientations sur les priorités retenues par elle pour l'application du droit communautaire en matière d'abus de position dominante (2009^[16]), qui ont souligné l'importance des effets et ont particulièrement mis l'accent sur le bien-être des consommateurs. Ces orientations ne sont pas juridiquement contraignantes mais ont été considérées par la Cour de justice comme un « point de référence » (Cour de justice, 2010^[17]). Certains ont soutenu que, contrairement aux Orientations, la Cour a continué d'adopter une approche plus formaliste dans les affaires d'abus de position dominante (Ibáñez Colomo, 2016, p. 24^[18]). Toutefois, dans une décision de 2017 impliquant Intel, la Cour de justice de l'Union européenne a clarifié la

nécessité d'une analyse basée sur les effets, y compris l'examen des efficiences compensatoires, dans une affaire impliquant des accords d'exclusivité et des rabais.¹¹

16. Aux États-Unis, les affaires d'abus de position dominante tendent à être analysées selon la règle de raison – c'est-à-dire une approche basée sur les effets. Tel n'a pas toujours été le cas. Selon l'opinion dominante pendant les années 1940 à 1970, l'approche fondée sur la règle de raison n'était pas pratique, et c'est pourquoi les tribunaux américains ont élargi la catégorie des interdictions *per se* pendant cette période (OCDE, 2017^[19]). Cependant, les États-Unis se sont éloignés de cette approche formaliste à partir des années 1970, et ont constaté que certains comportements frappés d'une interdiction *per se* avaient en réalité des effets potentiellement ou essentiellement pro-concurrentiels. L'approche a donc été adaptée pour refléter les risques d'erreurs de type 1. Aujourd'hui, les tribunaux appliquent un mécanisme de renversement du fardeau de la preuve en appliquant la règle de raison (bien qu'aucun abus de position dominante ne fasse l'objet d'une présomption simple d'effets anticoncurrentiels). Le renversement de la charge de la preuve remplace, dans la plupart des cas, l'exercice de mise en balance des effets pro-concurrentiels et anticoncurrentiels inhérent à un exercice d'application pure et simple de la règle de raison (États-Unis, 2017, p. 8^[20]). Cet exercice de mise en balance a été critiqué au motif qu'il est compliqué et difficile à mettre en œuvre en raison du manque d'outils appropriés (Padilla, 2018^[14]).

2.2. L'impact de la différence d'approche sur le traitement des affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques

17. La différence entre l'approche adoptée par la Commission européenne et celle adoptée par les États-Unis illustre la manière dont un contexte et un cadre différents peuvent affecter les décisions rendues dans des affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques. Une première observation s'impose : les États-Unis se focalisent davantage que l'Union européenne sur la charge de rapporter la preuve des effets (Fox, 2014, p. 150^[21]). Plus fondamentalement, certains commentateurs soutiennent que l'Union européenne « se soucie également de maintenir l'égalité des chances pour les concurrents, ce qui n'est pas une préoccupation aussi importante aux États-Unis » (Calder et al., 2003, p. 383^[22]). Aux États-Unis, « l'obligation d'un monopoleur se limite à éviter un comportement visant à conserver ou à étendre sa position, si ce comportement ne peut pas être justifié par des motifs commerciaux ou d'efficience » (Calder et al., 2003, p. 384^[22]). Cette situation a conduit certains commentateurs à prétendre que l'Union européenne protège les concurrents, tandis que le droit de la concurrence des États-Unis se concentre sur la protection de la concurrence – cette caractérisation fait l'objet d'un vaste débat, y compris au titre des marchés numériques (voir, par exemple, Werden and Froeb (2019^[23]) et Coppola and Nazzini (2020^[24])). Plus généralement, les États-Unis s'efforcent de gérer le risque d'application excessive de la loi en se concentrant sur les impacts sur le prix et le résultat – en d'autres termes, les résultats produits sur le marché plutôt que le processus concurrentiel (Khan, 2017, p. 717^[25]). Enfin, le concept d'exploitation abusive d'une position dominante (lorsqu'une entreprise utilise sa position dominante pour imposer des prix ou conditions non équitables aux consommateurs – voir Section 4 ci-dessous), qui a fait l'objet de certaines affaires récentes en Europe, n'existe pas aux États-Unis.

18. Ces approches divergentes ont été illustrées dans des affaires d'abus de position dominante d'entreprises numériques. En particulier, aucune des affaires récentes de la Commission européenne pour abus de position dominante sur les marchés numériques n'a eu un équivalent aux États-Unis (bien que certaines des préoccupations inspirées par l'extraction de contenus de recherches par Google, décrites à la Section 4 ci-dessous, aient disparu après que des changements aient été apportés à la conduite en question). À titre d'exemple, en réponse à la décision prise par l'UE en 2007 à l'encontre de Microsoft

(à propos d'un comportement n'ayant fait l'objet d'aucune poursuite par les autorités des États-Unis¹²), le Procureur général adjoint du ministère de la Justice des États-Unis a souligné la différence dans un communiqué de presse, en indiquant qu'« aux États-Unis, les lois antitrust sont appliquées pour protéger les consommateurs en protégeant la concurrence, et non les concurrents » (US Department of Justice, 2007^[26]). Toutefois, à l'heure où nous écrivons, les nouvelles reçues à propos des enquêtes pour monopolisation ouvertes aux États-Unis, qui portent sur le comportement de plates-formes numériques dominantes, suggèrent qu'une certaine convergence peut se faire jour (voir, par exemple, Shepardson (2020^[27])).

19. En 2017, la Commission européenne a infligé à Google une amende de 2,42 milliards d'EUR pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix. Cette affaire a fait référence à une précédente décision de la Cour de justice de l'Union européenne, *Continental Can*, qui a jugé qu'il n'était pas nécessaire de prouver des effets directs sur les consommateurs, mais qu'il suffisait de démontrer que le comportement en question nuisait à la concurrence (Holzweber, 2018, p. 360^[28]). Par contraste, la FTC américaine a enquêté sur les pratiques de Google sur le marché des moteurs de recherche, mais a finalement clôturé son enquête sur les allégations de « biais de la recherche » sur Google (Federal Trade Commission, 2013^[29]). La FTC a jugé que les modifications apportées à la manière dont Google affiche son contenu (par des modifications d'algorithmes et de présentation) ont amélioré la qualité du produit (résultats de recherches) et qu'elles n'étaient ni anticoncurrentielles ni nuisibles pour les consommateurs.

Principales considérations relatives au contexte législatif et économique des affaires d'abus de position dominante

- Les différences d'approche des affaires d'abus de position dominante, observées parmi les juridictions, sont dues à des différences dans les domaines suivants : priorités et perspectives des autorités de la concurrence ; interprétation par les tribunaux ; et philosophies historiques, légales et constitutionnelles. Ces différences se reflètent dans les approches adoptées par les différentes autorités dans le traitement des affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques.
- Certaines juridictions adoptent une approche formaliste des affaires d'abus de position dominante, selon laquelle une certaine forme de comportement est automatiquement considérée comme une infraction s'il peut être prouvé qu'une entreprise est dominante. D'autres juridictions adoptent une approche axée sur les effets du comportement, et peuvent présumer que ce comportement est préjudiciable ou non. Certaines juridictions adoptent des approches différentes en fonction du type de comportement.
- Une méthode permettrait de définir l'approche optimale. Elle consisterait à déterminer le risque à la fois d'application excessive et d'application insuffisante de la loi pour chaque type de comportement d'une entreprise dominante, puis à déterminer si le comportement en cause devrait être automatiquement illégal en soi, sous réserve d'une présomption simple de préjudice ou d'absence de préjudice, ou s'il ne devrait jamais être considéré comme une infraction.
- On observe également des différences entre les juridictions en termes de focalisation des affaires d'abus de position dominante. En particulier, certaines juridictions considèrent le préjudice causé au processus concurrentiel, qui est réputé constituer la preuve indirecte du préjudice causé aux consommateurs, tandis que d'autres exigent une preuve directe du préjudice causé aux consommateurs.

3. Établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques

20. Les dispositions du droit de la concurrence en matière d'abus de position dominante imposent des obligations spéciales aux entreprises dominantes au titre de leurs décisions de gestion. Ces obligations spéciales trouvent généralement leurs racines dans la conception économique du pouvoir de marché, qui peut être défini comme « la capacité des entreprises à augmenter unilatéralement les prix au-dessus, ou à baisser la qualité au-dessous, du niveau concurrentiel » (OCDE, 2019, p. 21^[3]) – et à maintenir ces conditions (White, 2007^[30]). Le pouvoir de marché peut se manifester à la fois en termes statiques (par ex., les prix) et en termes dynamiques (par ex. moins d'efforts). En particulier, le pouvoir de marché naît lorsqu'une entreprise n'est pas contrainte par des décisions unilatérales en matière de prix ou de qualité, prises par des concurrents ou par des consommateurs qui optent pour d'autres sources d'approvisionnement. Le pouvoir de marché peut être le résultat d'un ensemble de facteurs, y compris l'innovation, les barrières à l'entrée, les droits de propriété intellectuelle et la réglementation.

21. Bien que la jurisprudence, la législation et les orientations varient dans une mesure significative selon les juridictions, la position dominante, aux fins de l'application du droit de la concurrence, peut généralement être considérée comme une forme particulière de pouvoir de marché qui est à la fois (1) durable (et non pas seulement transitoire) et (2) relativement non restreinte par des concurrents, à la fois réels et potentiels, et par les consommateurs.¹³ En d'autres termes, bien que la législation sur la concurrence et la jurisprudence de certains pays prennent en considération d'autres indicateurs de la position dominante, telle la part de marché, ce ne sont précisément que des indicateurs. Le fondement économique clé, sous-jacent aux théories du préjudice relatives à l'abus de position dominante, est lié au pouvoir de marché. Par exemple, les orientations publiées par le Royaume-Uni sur l'abus de position dominante assimile précisément la position dominante à un « pouvoir de marché substantiel. »¹⁴

22. Dans certaines juridictions, comme le Japon et les États-Unis, le concept de monopolisation est utilisé plutôt que celui d'abus de position dominante. Une logique similaire est sous-jacente au pouvoir de marché – il n'est pas nécessaire que les entreprises soient des monopoleurs pour être soumises aux lois sur la monopolisation, mais elles doivent détenir un « pouvoir de marché significatif et durable » (qui doit avoir été atteint ou renforcé en conséquence du comportement en question).¹⁵ C'est pourquoi l'expression « abus de position dominante » inclura la monopolisation dans ce document, sauf mention contraire.

23. Les entreprises dominantes sont soumises à des restrictions ou des responsabilités particulières, en raison de leur capacité à appliquer des stratégies qui peuvent causer un préjudice aux consommateurs. Plus précisément, une entreprise détenant un pouvoir de marché substantiel peut avoir la capacité à tirer avantage de barrières à l'entrée et de sa position sur le marché afin d'exclure des concurrents, ou peut imposer des conditions abusives aux consommateurs ou aux entreprises en aval. Si une entreprise ne détenant pas de pouvoir de marché devait suivre une stratégie similaire, celle-ci n'aurait pas un effet similaire sur la concurrence et les consommateurs. Des pressions concurrentielles empêcheront une entreprise sans pouvoir de marché de pratiquer des prix prédateurs, ou d'imposer une vente groupée de produits à des consommateurs qui préféreraient acheter ces produits séparément. En particulier, faute de pouvoir de marché, ces stratégies nuiraient au chiffre d'affaires à long terme d'une entreprise.

24. D'autres types de comportement qui peuvent constituer un abus de position dominante peuvent en réalité être pro-concurrentiels s'ils sont le fait d'entreprises ne détenant pas de pouvoir de marché. Par exemple, les accords d'exclusivité peuvent être une stratégie efficace pour permettre à de nouveaux entrants de s'établir en obtenant l'accès à un réseau de distribution ou à une base d'utilisateurs. Sur les marchés numériques, cela peut signifier la possibilité d'obtenir une base d'utilisateurs suffisamment vaste sur une face de la plateforme afin d'attirer des utilisateurs sur une autre face (lorsqu'il existe des effets de réseau croisés multiplateforme¹⁶). L'existence d'un pouvoir de marché peut donc déterminer si une stratégie commerciale donnée est pro-concurrentielle, bénigne ou anticoncurrentielle. En conséquence, il est essentiel de comprendre la date à laquelle une stratégie commerciale donnée est appliquée – la stratégie est-elle la raison pour laquelle une entreprise est devenue dominante, auquel cas cela ne constituerait pas un abus de position dominante dans certaines juridictions (telle l'UE) ? Alternativement, la stratégie a-t-elle été mise en œuvre après que l'entreprise soit devenue dominante, auquel cas elle sert à protéger sa position dominante ou à en tirer avantage ? (voir, par exemple, la discussion in Siciliani (2019^[31])).

25. Cette section explorera les facteurs qui donnent naissance à une position dominante sur les marchés numériques, et les techniques qui peuvent être utilisées pour l'identifier.

3.1. Définition du marché

26. La position dominante vise la position qu'une entreprise détient au titre d'un produit spécifique et dans un marché spécifique. Les affaires d'abus de position dominante exigent donc souvent un exercice de définition du marché, particulièrement dans les juridictions qui l'imposent dans leur législation sur la concurrence. Les concepts fondamentaux de la définition du marché dans les affaires d'abus de position dominante sont identiques à ceux qui s'appliquent dans les affaires de fusion.¹⁷ Toutefois, il faut faire preuve de prudence dans l'application de techniques analytiques, comme le test du monopoleur hypothétique, dans les marchés dont les conditions ont déjà été façonnées par un pouvoir de marché (voir, par exemple, White (2007^[30])).

27. La définition du marché dans les marchés numériques pose plusieurs défis uniques en leur genre. Les sections qui suivent, extraites du document OCDE (2019^[3]), explorent ces défis et certaines techniques qui permettent de les affronter.

3.1.1. Les dimensions hors prix de la concurrence

28. Définir le marché dans le contexte des marchés numériques pose un défi majeur, qui est d'éviter de se focaliser exclusivement sur le prix comme dimension de la concurrence. Dans les marchés numériques, le prix peut ne pas être la seule dimension, ni même la dimension la plus importante de la concurrence. Il suffit, pour s'en convaincre, de rappeler que les consommateurs peuvent accéder à des plates-formes numériques pour un prix égal à zéro. Cependant, il peut être difficile de considérer les divers autres paramètres sur lesquels des entreprises se font concurrence, notamment l'innovation ou les différentes dimensions de la qualité.

29. Le document OCDE (2018^[32]) souligne la nécessité pour les autorités de la concurrence (i) de déterminer les dimensions pertinentes de la concurrence, en se fondant sur les caractéristiques auxquelles les consommateurs accordent de la valeur, (ii) de prendre en considération les relations entre les différentes dimensions de la concurrence et les compromis y afférents (par ex., prix contre qualité) dans l'évaluation de la concurrence, et (iii) d'envisager d'incorporer la concurrence hors prix dans la définition du marché. Sur ce dernier point, bien que les outils de définition du marché basés sur le prix aient fait l'objet

de quelques adaptations quantitatives, notamment les tests SSNIP (augmentation faible mais significative et non transitoire des prix), les données requises ne seront disponibles que dans un petit nombre d'affaires. Dans ces conditions, une bonne compréhension des préférences des consommateurs, de l'élasticité et de la substitution, - par exemple en se fondant sur des enquêtes ou des documents internes de l'entreprise à propos du comportement prévisionnel des consommateurs -, peut servir à définir le marché en termes qualitatifs, sans réduire la concurrence à des considérations de prix. Le test du monopoleur hypothétique peut aider à cette compréhension – c'est-à-dire en partant d'un marché étroit auquel des produits sont ensuite ajoutés pour examiner les frontières du marché. Les autorités de la concurrence devraient veiller soigneusement à ce que les dimensions prises en considération soient des dimensions actuelles ou potentielles de la concurrence, afin d'éviter de se fonder uniquement sur les caractéristiques d'un produit pour définir les marchés, ce qui pourrait ne tenir aucun compte de la dynamique concurrentielle.

30. Les caractéristiques hors prix peuvent également jouer un rôle important dans la définition de l'étendue géographique d'un marché. Par exemple, le blocage géographique, les contraintes liées à la langue et des facteurs culturels peuvent entraîner des définitions nationales du marché, par opposition à des définitions transfrontières, en fonction des conditions spécifiques du marché (voir OCDE (2016^[33])). Simultanément, les marchés numériques peuvent couvrir des zones géographiques étendues dans de nombreux cas, étant donné qu'il est possible d'accéder à de nombreux produits en ligne ou de les acheter en ligne (contrairement à ce qui est le cas dans des magasins physiques).

3.1.2. Définir un marché unique ou des marchés multiples

31. Certains marchés numériques impliquent des plateformes et sont donc multi-faces, ce qui signifie qu'ils connectent différents groupes de consommateurs entre eux. L'une des questions principales pouvant se poser lorsqu'il s'agit de définir le marché des plateformes numériques est donc de définir un marché unique ou des marchés multiples. Autrement dit, une autorité de la concurrence devra décider si les différents acteurs ou faces d'un marché participent à des marchés différents reliés entre eux ou à un marché unique. Le modèle économique des plateformes suggère qu'une entreprise détient ou non un pouvoir de marché sur l'intégralité d'un marché multi-faces – il n'est pas possible d'être dominant sur une face du marché mais d'être exposé à des pressions concurrentielles sur l'autre face (OCDE, 2018^[34]). Toutefois, si une autorité de la concurrence opte pour définir de multiples marchés séparés, sa capacité à refléter ce fait peut être limitée.

32. La définition d'un marché unique peut être préférable, toutes choses étant égales par ailleurs. En particulier, les plateformes d'appariement des transactions (par ex., les services de réservation d'hôtels en ligne) pourraient constituer un marché unique, étant donné qu'elles fournissent un service similaire (trouver un appariement) à différents groupes de consommateurs, qui bénéficient tous d'externalités multiplateforme (voir OCDE (2018^[34])). Dans ces cas, les parts de marché peuvent ne pas être pertinentes, ou il peut être impossible de les calculer en raison de l'incorporation des deux faces de la plateforme dans le marché.

33. En revanche, la situation peut être plus complexe pour les plateformes de diffusion de spectacles (par ex., des services de streaming vidéo), étant donné que les externalités ne peuvent pas fonctionner dans les deux directions. Dans ces conditions, une définition unique pourrait toujours être envisagée – particulièrement si cela est nécessaire afin de refléter des efficiences accumulées d'un côté ou de l'autre. Toutefois, à supposer même que des définitions de marchés séparés soient établies, les relations importantes entre les différentes faces d'une plateforme devraient être prises en compte dans l'évaluation de la situation concurrentielle.

3.1.3. Preuves et outils analytiques pour la définition des marchés numériques

34. Les autorités de la concurrence doivent appliquer plusieurs stratégies pour relever les défis liés à la définition des marchés numériques, dont les caractéristiques couvrent un vaste éventail, depuis la pratique de prix égaux à zéro jusqu'à un changement rapide de la physionomie de ces marchés. Ces stratégies sont les suivantes :

- **Collecter les bonnes preuves auprès des parties** : Les documents internes peuvent être particulièrement pertinents pour déterminer les dimensions de la concurrence sur le marché en cause (par ex., présentations de la direction, courriels concernant le positionnement concurrentiel et plans stratégiques) car ils donnent une image claire de la manière dont l'entreprise ou les entreprises concernées voyaient la concurrence avant que l'autorité de la concurrence ne se saisisse du dossier. Ces documents peuvent être utiles pour comprendre, par exemple, les paramètres utilisés par une entreprise pour évaluer leur position relative. Certains documents internes sont plus utiles que d'autres ; à titre d'exemple, des documents assez anciens peuvent être moins intéressants, en raison de l'évolution rapide des marchés numériques et des stratégies commerciales.

Les entreprises peuvent également faire une analyse qui pourrait servir pour les besoins de la définition du marché. Par exemple, si une entreprise a prévu une augmentation de prix ou une baisse de la qualité, elle peut avoir évalué la demande potentielle qui pourra en résulter sur les différentes faces du marché et l'impact sur sa rentabilité.

- **Obtenir des preuves auprès de tiers et sous forme d'enquêtes auprès des consommateurs** : Sur les marchés numériques où le prix peut ne pas être un paramètre pertinent de la concurrence, au moins sur une face du marché, les autorités de la concurrence peuvent devoir se fonder sur d'autres preuves. Des enquêtes auprès des consommateurs ou des rapports d'analystes spécialistes de l'industrie ou d'analystes financiers peuvent aider à identifier des paramètres potentiels de la concurrence. Une fois ces paramètres identifiés, des enquêtes peuvent servir à essayer de mesurer l'élasticité de la demande au titre de ces paramètres. Ces informations pourraient ensuite alimenter les données qui serviront pour un test SSNIP, tel que décrit ci-dessous.

Les analystes industriels et financiers peuvent également être des sources précieuses d'informations sur l'évolution future du marché, qui peut être rapidement changeant. À titre d'exemple, les autorités de la concurrence peuvent avoir la tâche difficile d'évaluer si les différentes plateformes de réseaux sociaux et de contenus sont toutes concurrentes sur le même marché. Certains ont soutenu que ces plateformes se font concurrence pour capter l'attention des utilisateurs (voir, par exemple, Prat and Valletti (2018^[35]), Evans (2020^[36]) et Wu (2017^[37])). Déterminer l'étendue de la définition du marché exige de comprendre la substituabilité de ces plateformes dans l'esprit des consommateurs, et comment elle évolue en raison des changements rapides des fonctionnalités et des caractéristiques de ces plateformes.

- **Adapter le test SSNIP** : Comme l'a indiqué l'OCDE (2018^[32]), le test de l'augmentation faible mais significative et non transitoire du prix (test SSNIP) doit être adapté avant d'être appliqué sur les marchés de plateforme, en raison des interrelations entre les différentes faces de la plateforme. En particulier, pour appliquer correctement cette analyse, une autorité de la concurrence devrait : (i) évaluer le changement de la demande sur une face de la plateforme où cette SSNIP a eu lieu, (ii) prédire le changement de la demande intervenant en réaction sur les

autres faces, (iii) déterminer quels seraient les prix d'équilibrage du marché, sur ces autres faces, en réponse au changement de la demande. L'exercice serait ensuite répété pour chaque face du marché, et avec une augmentation simultanée des prix sur les deux faces. Si des prix égaux à zéro sont appliqués sur une face du marché, le test SSNIP sur cette face ne produirait pas des résultats probants. Il faudrait alors le réaliser sur la base des coûts totaux d'une transaction.

Compléter un test SSNIP par des méthodes quantitatives pourrait être difficile, car cela exigerait une estimation fiable des élasticités de la demande et la valeur des externalités liées aux effets de réseau multiplateforme. On pourrait imaginer à titre d'alternative, lorsque la concurrence hors prix est importante, de recourir à un test de mesure d'une baisse de qualité faible mais significative et non transitoire (test SSNDQ), mais ce test a rarement été appliqué quantitativement et son application est exigeante en termes de données.

Toutefois, les tests SSNIP et SSNDQ peuvent toujours compléter utilement l'analyse qualitative soutenant la définition d'un marché – particulièrement pour éviter une approche qui se fonderait uniquement sur les caractéristiques d'une plateforme, car il est peu probable que cette approche livre des informations pertinentes.

3.2. Indicateurs de la position dominante

35. Il n'est pas toujours simple de déterminer l'ampleur du pouvoir de marché qu'une entreprise doit détenir sur un marché pour être considérée comme dominante, et comment ce pouvoir de marché est mesuré. Il n'existe aucune règle simple afin de procéder à cette détermination, étant donné que les caractéristiques de chaque marché et les facteurs conduisant au pouvoir de marché diffèrent selon les marchés. Certains indicateurs potentiels d'une position dominante sur les marchés numériques sont décrits ci-dessous, à savoir des indicateurs directs (basés sur une évaluation de la substituabilité) et des indicateurs indirects (basés sur l'identification des barrières à l'entrée, de la rentabilité et des parts de marché).

3.2.1. Substitution

36. Une position dominante résulte d'un manque d'alternatives appropriées sur un marché – plus précisément, les consommateurs n'ont pas accès à des substituts des produits de l'entreprise concernée, et il n'existe aucun concurrent potentiel ayant la capacité d'entrer suffisamment vite sur le marché afin d'exercer une pression sur l'entreprise dominante. En d'autres termes, il existe des limites à la substitution des produits de l'entreprise concernée, à la fois du côté de la demande et du côté de l'offre.

37. Lorsque la substituabilité est limitée, une entreprise dominante peut prendre des décisions *indépendamment* de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs, comme l'indiquent les Orientations de la Commission européenne.¹⁸ À titre d'exemple, dans l'affaire Microsoft sur laquelle elle a statué en 2004, la Commission européenne a évalué chacune de ces dimensions, en notant que l'émergence de concurrents n'avait pas affecté la rentabilité, la politique de prix ou le modèle économique de Microsoft. En outre, la Commission a noté que les clients directs de Microsoft avaient peu de fournisseurs de remplacement, et que les consommateurs finaux supporteraient des coûts significatifs pour changer de fournisseur [voir, par exemple, OCDE (2006, pp. 22-23^[38])].

38. Le calcul des élasticités est une méthode directe et quantitative d'évaluation de la substituabilité (voir, par exemple, Werden (1998^[39])). En particulier, l'élasticité de la demande mesure la réactivité des consommateurs à un changement de l'offre de l'entreprise. Ce changement peut inclure le prix, mais des dimensions alternatives de la concurrence seront plus pertinentes sur de nombreux marchés numériques. Ces alternatives peuvent être plus difficiles à quantifier, mais le concept d'élasticité devrait en toute hypothèse guider toute évaluation d'une position dominante.

39. Lorsqu'une estimation économétrique complète de l'élasticité de la demande n'est pas possible, le recours à des études d'événement pourrait fournir une alternative pratique. Ces études peuvent examiner l'impact d'un changement sur le marché, par exemple des modifications d'un algorithme de recherche, de la politique de collecte des données ou d'un aspect particulier de la qualité du service (comme noté dans le document de OCDE (2018^[32])), il conviendrait de sélectionner soigneusement les dimensions qui sont prises en considération par les consommateurs, plutôt que de prendre une décision sur ce que les consommateurs *devraient* prendre en considération). Le changement de la demande en réaction à ces modifications devrait être comparé avec les prévisions qui avaient été faites pour cette période (par exemple en se fondant sur les prévisions internes de l'entreprise), afin de veiller à ce que l'étude d'événement ne mesure pas par erreur l'impact d'autres événements ou changements.

3.2.2. Barrières à l'entrée et concurrence potentielle

40. Une position dominante peut être le résultat de barrières à l'entrée sur un marché, de telle sorte qu'une analyse des barrières à l'entrée peut fournir un indice indirect de l'existence d'une position dominante. En particulier, une entreprise dominante peut être exempte de toute pression concurrentielle au motif que des barrières à l'entrée empêchent des rivaux de s'implanter sur le marché et d'amoindrir sa position. Bien que cette logique soit limpide, il peut être difficile d'identifier exactement ce qui constitue une barrière à l'entrée sur un marché. En outre, les barrières à l'entrée ne sont pas à elles seules constitutives d'une position dominante ; en effet, même sur des marchés où elles existent, un concurrent suffisamment fort, existant ou potentiel, pourrait imposer une contrainte sur l'entreprise en question.

41. La question de savoir ce qui constitue exactement une barrière à l'entrée fait l'objet d'un débat parmi les économistes. Certains se focalisent sur des facteurs qui empêchent les prix d'atteindre un niveau concurrentiel (Bain, 1956^[40]), bien qu'il y ait débat sur ce que sont ces facteurs (par ex., des économies d'échelle, des coûts fixes élevés) et sur le point de savoir s'ils ont les mêmes effets dans tous les marchés (Carlton, 2004^[41]). Par exemple, les coûts fixes peuvent ne pas nécessairement compromettre, ou même ralentir, une nouvelle entrée dans le marché en toutes circonstances. Ils peuvent affecter le nombre optimal d'entreprises opérant dans le marché, mais ne confèrent pas nécessairement un pouvoir de marché aux entreprises en place.

42. D'autres économistes se focalisent sur les coûts qui seraient encourus par de nouveaux entrants mais qui ne le sont pas par les entreprises en place (Stigler, 1968^[42]; McAfee, Mialon and Williams, 2004^[43]). On peut citer, à titre d'exemples de ces types de barrières, les nouvelles réglementations qui ont été imposées sur un marché, mais dont les entreprises en place sont exemptées (les clauses dites « du grand-père »), ou l'infrastructure et la base de clients fournies par des gouvernements à d'anciens monopoles d'État dans des secteurs qui ont ensuite été ouverts à la concurrence. Toutefois, il n'est pas clair....[NdT : phrase incomplète dans le texte anglais]

43. Enfin, certaines théories se concentrent sur les coûts irrécupérables (c'est-à-dire des coûts qui ne peuvent pas être récupérés si une entreprise sort du marché, ce qui peut décourager l'entrée sur le marché), qui peuvent entraîner la création d'un pouvoir de marché en présence d'économies d'échelle (Schmalensee, 2004^[44]).

44. Pour les besoins de l'application du droit de la concurrence, le débat sur le type de coûts devant être considérés comme une barrière à l'entrée peut ne pas livrer des informations utiles, et pourrait donner lieu à des contestations improductives dans le cadre de procédures judiciaires. Les autorités de la concurrence doivent plutôt chercher à fonder leur évaluation du pouvoir de marché sur la probabilité et le délai d'une entrée potentielle sur un marché – en incluant ainsi les barrières à l'entrée dans le contexte d'une analyse plus vaste de la substitution de l'offre. Par exemple, Carlton propose de se concentrer sur « la manière dont l'industrie se comportera au cours des quelques prochaines années » (2004, p. 6^[41]). Cette approche reflète la nécessité d'aborder le marché dans une perspective dynamique, tout en continuant de se concentrer sur une période pertinente dans l'optique du droit de la concurrence, plutôt que sur le long terme économique conceptuel (où tous les coûts sont variables).

45. Quelle que soit l'étiquette précise appliquée, il existe plusieurs facteurs particuliers sur les marchés numériques qui affectent l'entrée sur ces marchés. Les marchés numériques se caractérisent souvent par des économies d'échelle significatives, avec des coûts fixes élevés et des coûts variables faibles voire nuls. En conséquence, les entrants potentiels sur un marché encourront des coûts plus élevés que les entreprises en place, au moins jusqu'à ce qu'ils soient capables d'attirer des consommateurs. Bien que ces caractéristiques puissent ne pas être permanentes à long terme, étant donné que des coûts fixes devront de nouveau être encourus en raison de l'obsolescence, elles pourraient ralentir l'entrée. Par exemple, si les consommateurs sur un marché font preuve d'un haut degré de fidélité à la marque et si les coûts fixes sont élevés, l'entrée pourrait s'en trouver empêchée (McAfee, Mialon and Williams, 2004, p. 464^[43]).

46. Les effets de réseau sont une autre caractéristique commune des marchés numériques. La force de ces effets, et, dès lors, la mesure dans laquelle ils empêchent l'entrée, dépendront du marché en question. Si les consommateurs ne sont pas susceptibles de changer de fournisseur, par exemple en raison des coûts élevés liés à ce changement, d'une portabilité limitée des données, des habitudes, de la nécessité d'apprendre un nouveau système ou de ventes liées ou groupées, les effets de réseau peuvent être une barrière significative à l'entrée (Candeub, 2014^[45]; Bamberger and Lobel, 2017^[46]). Les limites au multi-hébergement peuvent également limiter la volonté des consommateurs d'essayer de nouveaux produits. Cette situation peut procurer un avantage significatif aux entreprises en place.

47. La collecte de données est un autre facteur connexe pouvant entraver l'entrée sur le marché. Les entreprises en place peuvent amasser de gros volumes de données, et les utiliser pour entrer sur d'autres marchés avec un avantage significatif. C'est pourquoi de récentes modifications de la loi allemande sur la concurrence ont ajouté l'accès aux données comme un facteur à prendre en compte pour évaluer la position d'une entreprise.¹⁹ Toutefois, il faudrait examiner dans chaque cas particulier si les données jouent un rôle significatif dans l'entrée. En particulier, l'acquisition des données peut avoir entraîné des coûts très importants pour l'entreprise en place, et les mêmes jeux de données ou des jeux équivalents peuvent être achetés par des nouveaux entrants (voir la Section 4 ci-dessous, qui développe la question du caractère indispensable des données).

48. L'accès au financement pour des entrants potentiels n'est généralement pas considéré comme une barrière à l'entrée, étant donné que n'importe quelle entreprise aurait besoin de financement pour entrer sur un marché. Cependant, Khan (2017, p. 779^[25]) pose la question de savoir si la dynamique des investisseurs, unique en son genre, qui a permis le développement d'Amazon et de certaines autres entreprises du numérique, pourrait constituer une barrière à l'entrée. Cette question découle de l'observation du fait que les investisseurs dans certaines entreprises ne semblent pas attendre que certaines entreprises numériques dégagent des bénéfices, même au-delà du court terme. D'autres entrants potentiels peuvent ne pas bénéficier de la même attitude de la part des investisseurs. Cela pourrait suggérer que les premières entreprises qui se lancent bénéficient de conditions d'entrée favorables, bien que d'autres facteurs, sans lien avec les barrières à l'entrée, puissent également entrer en jeu.

49. Les barrières à l'entrée peuvent fournir quelques indices sur la question de savoir si une entreprise est confrontée à une menace de concurrence sur un marché, en fonction de la force à la fois de la barrière et de l'entrant potentiel. Cela reflète l'idée qu'à supposer même qu'une entreprise détienne une grande part de marché, la menace de concurrence *potentielle* peut limiter sa capacité à exercer un pouvoir de marché au-delà du court terme, et, dès lors à abuser de sa position dominante (bien que cela puisse également accroître les incitations à se livrer à un comportement abusif avant que l'entrée n'intervienne, afin d'empêcher l'entrée ou afin d'augmenter les coûts des rivaux). Cette entrée potentielle pourrait provenir d'une petite start-up disruptive, bien que cette menace puisse avoir un effet limité afin de discipliner l'exercice du pouvoir de marché à court terme. L'existence de rivaux potentiels établis peut toutefois constituer une contrainte plus efficace lorsqu'il existe des barrières significatives à l'expansion. Si les rivaux opèrent sur des marchés similaires, ou ont les actifs nécessaires pour participer au marché en question, la position dominante d'une entreprise peut s'en trouver ébranlée. Les autorités de la concurrence peuvent consulter des rapports des analystes spécialistes de l'industrie et des analystes financiers, par exemple, pour comprendre la susceptibilité d'un marché à une concurrence nouvelle, et le champ d'action ouvert à des rivaux potentiels.

3.2.3. Mesures de la profitabilité²⁰

50. Si une entreprise enregistre des niveaux de bénéfice relativement élevés par rapport aux autres entreprises opérant dans le marché, cet élément pourrait être un indice potentiel de l'existence d'un pouvoir de marché, mais des preuves supplémentaires seront nécessaires pour contextualiser cet élément (par ex., si ces bénéfices résultent de la récupération d'investissements en R&D, non inclus dans une mesure donnée des coûts). Il pourrait être utile, pour comprendre les conditions concurrentielles, de savoir si ces bénéfices relativement élevés ont été réalisés de manière constante au cours des dernières années. En particulier, les analyses de l'évolution des bénéfices au fil du temps peuvent démontrer si un marché a été contestable par le passé (par ex., si des entreprises dominantes ont été évincées). La stabilité des bénéfices au fil du temps pourrait être un signal de l'existence d'un pouvoir de marché persistant, mais l'horizon temporel retenu pour cette évaluation devrait refléter les caractéristiques d'une industrie (par ex., sa vulnérabilité à des changements rapides).

51. Il faut disposer d'éléments supplémentaires sur le contexte afin de comprendre si, pendant cette période, une entreprise a introduit de nouvelles caractéristiques ou innovations significatives afin de maintenir sa position sur le marché compte tenu des pressions concurrentielles (bien que ces changements puissent avoir modifié les bénéfices s'ils ont exigé des investissements substantiels).

52. Il faudrait également veiller à utiliser des mesures économiques plutôt que comptables du bénéfice. L'indice Lerner adapté de celui de Tremblay (2017^[47]), qui mesure le pouvoir de marché, pourrait être une bonne alternative. En particulier, il aide à éviter les limitations liées aux données et les problèmes liés aux définitions comptables de la performance d'une entreprise. Cet indice Lerner ajusté est calculé comme suit : le bénéfice total de la plateforme plus les coûts fixes de la plateforme, le tout divisé par le chiffre d'affaires total de la plateforme.

3.2.4. Parts de marché

53. Les parts de marché ne sont pas, à elles seules, un indicateur fiable du pouvoir de marché ou de l'existence d'une position dominante, car elles ne captent pas les pressions concurrentielles dynamiques auxquelles les entreprises sont confrontées en raison de la substitution, particulièrement si les produits sont différenciés. À titre d'exemple, certaines entreprises détenant de grandes parts de marché peuvent néanmoins avoir un pouvoir de marché limité en raison de l'entrée imminente d'un concurrent. En outre, certains marchés numériques peuvent être animés par une dynamique de « concurrence pour le marché » – c'est-à-dire des entreprises qui se livreront une concurrence vigoureuse pour devenir le principal fournisseur d'un produit ou d'un service donné pendant une période limitée. Tel peut en particulier être le cas si les consommateurs ne sont pas susceptibles d'être multi-hébergement (c'est-à-dire d'utiliser simultanément de multiples marques du même type de produit), s'il existe des effets de réseau significatifs, et si la différenciation entre les produits concurrents est relativement faible (Eisenmann, Parker and Van Alstyne, 2006^[48]). Toutefois, d'autres auteurs ont posé la question de savoir si la concurrence pour le marché peut être considérée, de manière fiable, comme un rempart efficace contre un comportement anticoncurrentiel dans la plupart des cas (Digital Competition Expert Panel, 2019, p. 4^[49]; OCDE, 2019^[50]).

54. Néanmoins, les parts de marché sont souvent considérées comme un élément à prendre en compte pour évaluer l'existence d'une position dominante. À titre d'exemple, elles peuvent fournir un point de départ utile pour analyser si une entreprise détient de grandes parts de marché et si ses concurrents restants sont tous de petite taille, ce qui suggère qu'une autorité de la concurrence devrait également examiner s'il existe des contraintes en dehors du marché. Plusieurs autorités de la concurrence ont également établi des critères fondés sur la part de marché, afin de donner aux acteurs du marché des précisions sur les situations dans lesquelles des entreprises ne seront pas considérées comme dominantes, par exemple :

- Brésil : la législation dispose ce qui suit : « Une société ou un groupe de sociétés est présumé détenir une position dominante s'il peut, unilatéralement ou conjointement, changer les conditions du marché ou s'il contrôle 20 % (vingt pour cent) ou plus du marché en cause, étant précisé que ce pourcentage peut être modifié par [l'Autorité de la concurrence brésilienne, CADE] pour des secteurs spécifiques de l'économie »²¹.
- Commission européenne : La Commission a indiqué qu'une entreprise détenant une part de marché inférieure à 40 % n'est pas susceptible d'être dominante²².
- Japon : aucun seuil minimum n'est fixé pour les affaires de monopolisation, mais la Japan Fair Trade Commission a indiqué qu'elle priorisera les affaires impliquant des fournisseurs détenant une part de marché de 50 % au moins²³.

- Royaume-Uni : les Orientations indiquent qu'il est « improbable qu'une entreprise soit individuellement dominante si sa part du marché en cause est inférieure à 40 %, bien qu'une position dominante puisse être reconnue en-dessous de ce chiffre si d'autres facteurs pertinents le justifient (par exemple, la faible position des concurrents sur ce marché et des barrières élevées à l'entrée) »²⁴.
- États-Unis : les autorités de la concurrence suggèrent que les entreprises dominantes détiennent généralement une part de marché d'au moins 50 %, bien que certains tribunaux aient exigé une part de marché plus élevée²⁵.

55. Au-delà des questions qui se posent à propos de ce qu'elles révèlent sur les pressions concurrentielles qui s'exercent dans un marché, les parts de marché dans les marchés numériques peuvent également exiger un jugement en ce qui concerne la bonne mesure à utiliser. Le caractère multi-faces pourrait exiger de prendre de multiples mesures en considération. À titre d'exemple, la part de marché pour les services fournis à un prix égal à zéro peut incorporer plusieurs mesures différentes, notamment la part d'utilisateurs, la part d'interactions ou la part de transactions – dont certaines peuvent être plus pertinentes que d'autres pour comprendre les faces payantes du marché.

3.3. Sources potentielles de preuves pour établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques

56. Le Tableau 1 ci-dessous résume certaines sources potentielles de preuves pour établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques.

Tableau 1. Sources potentielles de preuves pour établir une position dominante sur les marchés numériques

Point à évaluer	Sources des preuves
Définition du marché : le marché est-il une plateforme ? Si oui, faut-il définir un marché multi-faces ou deux marchés interconnectés ?	- Informations relatives au modèle économique de la plateforme (documents internes de l'entreprise, rapports d'analystes, demandes d'informations des participants au marché) - Informations relatives aux externalités (entretiens/demandes d'informations auprès de gros clients du côté des payeurs, tels que les annonceurs, enquêtes auprès des consommateurs, informations de l'entreprise concernant les fonctionnalités) - Informations relatives aux stratégies de tarification (preuves de subventionnement croisé entre différentes unités commerciales, documents internes sur la tarification)
Définition du marché : intégrer les dimensions hors prix de la concurrence	- Informations relatives aux préférences des consommateurs (enquêtes, rapports d'analystes, entretiens) - Informations relatives au point de vue de l'entreprise et de ses concurrents sur les dimensions pertinentes de la concurrence (documents internes, entretiens) - Informations relatives à l'innovation (dépenses de R&D, anciens modèles de changements de produits ou de nouveaux produits, documents internes de l'entreprise, rapports d'analystes)
Substituabilité de la demande	- Informations relatives aux substituts pour les consommateurs et aux limites à la substitution, par exemple en raison des coûts de substitution (enquêtes, rapports d'analystes, entretiens, documents de stratégie interne de l'entreprise) - Données sur les ventes en vue de calculer l'élasticité de la demande, estimer les ratios de détournement et mener des études sur les événements
Barrières à l'entrée et concurrence potentielle	- Entretiens avec les entrants récents, potentiels ou ayant échoué (ou des commentaires de la presse) concernant les coûts, la charge réglementaire, les effets de réseau, les facteurs technologiques et les caractéristiques de la demande (par exemple, les biais comportementaux tels que l'inertie) qui avantagent les opérateurs historiques - Demandes d'informations de l'entreprise pour valider les barrières potentielles à l'entrée (notamment, l'existence d'exemptions réglementaires pour les opérateurs historiques, et documents internes tels que les études de cas des investissements, la correspondance par courrier électronique, les rapports de recherche) - Informations relatives au rôle des données et des effets de réseau sur le marché (demandes d'informations, rapports d'analystes, documents internes)
Rentabilité	- Données des entreprises, y compris les données sur les recettes et les coûts en vue de calculer l'indice de Lerner - Commentaires d'analystes en investissement, documents internes ou documents de conseillers financiers
Parts de marché	- Données provenant des entreprises et des concurrents - Données provenant de fournisseurs de données tiers - Informations concernant la concurrence hors prix (voir ci-dessus)

Principales considérations afin d'établir l'existence d'une position dominante

- Le concept de position dominante plonge généralement ses racines dans le concept de pouvoir de marché – à savoir la possibilité d'agir unilatéralement, sans subir aucune contrainte concurrentielle découlant de décisions des consommateurs ou des fournisseurs. La raison en est que les effets de certains comportements dépendront du point de savoir si l'entreprise détient un pouvoir de marché. Des stratégies qui pourraient être pro-concurrentielles en l'absence de pouvoir de marché pourraient en revanche produire des effets d'exclusion si elles étaient appliquées par des entreprises détenant un pouvoir de marché.
- Plusieurs indicateurs peuvent être utilisés afin d'identifier si une entreprise est dominante :
 - La substituabilité est un indicateur clé et direct de l'existence d'un pouvoir de marché – si les consommateurs n'ont pas d'alternatives, une entreprise dominante est soumise à moins de contraintes dans la prise de ses décisions. La substituabilité peut être estimée en calculant les élasticités, bien que des alternatives exigeant de collecter moins de données puissent livrer des informations pertinentes (par ex., des études d'événement et des ratios de diversion).
 - Bien que la question de savoir ce qui constitue des barrières à l'entrée suscite un vaste débat, les autorités de la concurrence devraient se focaliser sur ce qui affectera probablement la structure du marché d'ici quelques années. Dans les marchés numériques, les effets de réseau et les données peuvent faire échapper les entreprises dominantes à toute pression concurrentielle. Toutefois, il conviendrait de faire preuve de prudence avant de déterminer qu'une caractéristique donnée du marché constitue une barrière à l'entrée.
 - L'analyse de rentabilité peut également être un indicateur utile, particulièrement si les niveaux de bénéfice sont stables et si des éléments de comparaison peuvent être trouvés, qui suggèrent une prime au pouvoir de marché sur le marché en question.
 - Les parts de marché sont habituellement utilisées pour établir des seuils au-dessous desquels aucun problème n'est susceptible de se poser en droit de la concurrence, mais elles peuvent être moins pertinentes dans les marchés numériques. En outre, il est nécessaire de définir précisément le marché en cause afin de déterminer les parts détenues sur ce marché, afin d'éviter de produire des résultats trompeurs. Par exemple, des définitions erronées du marché (dont celles qui se fondent sur les caractéristiques du produit plutôt que sur la substituabilité) auront des conséquences significatives pour l'évaluation de la position dominante.

4. Types d'affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques

57. Cette section décrit les principaux types de comportement sur les marchés numériques qui pourraient constituer un abus de position dominante, sur la base de la jurisprudence des autorités de la concurrence et de la doctrine économique. Ces catégories peuvent aider à élaborer des théories du préjudice et à identifier les questions clés à évaluer, bien qu'elles ne soient pas exhaustives. La législation de nombreuses juridictions n'empêche pas les autorités de la concurrence de poursuivre d'autres types de comportement qui pourraient être considérés comme un abus de position dominante (voir, par exemple, Akman (2017, p. 306^[51])). Dans ses orientations sur l'abus de position dominante, l'Office of Fair Trading britannique (OFT) (2004, p. 18^[52]) a indiqué ce qui suit :

En général, l'OFT considère que l'effet probable du comportement d'une entreprise dominante sur les clients et sur le processus de concurrence est plus important pour la détermination d'un abus de position dominante que la forme spécifique du comportement en question. Le comportement en cause peut être abusif si, en raison de ses effets sur le processus de concurrence, il affecte défavorablement les consommateurs de manière directe (par exemple, en raison des prix facturés) ou de manière indirecte (par exemple, un comportement qui réduit l'intensité de la concurrence existante ou de la concurrence potentielle).

58. Il peut être particulièrement important d'être ouvert à examiner de nouveaux types de comportement fautif dans les marchés numériques, en raison de la nouveauté des modèles économiques et des stratégies qui ont été élaborés sur ces marchés. En particulier, comme observé ci-dessous, certains nouveaux types d'abus de position dominante sont actuellement identifiés, qui sont taillés sur mesure pour les marchés numériques.

59. La théorie économique et les preuves empiriques suggèrent que les effets précis d'une pratique donnée varieront selon les circonstances de chaque affaire. La théorie économique peut certes aider à déterminer les questions clés à examiner pour évaluer les effets d'une pratique, mais elle ne peut pas créer une présomption générale selon laquelle, par exemple, la pratique de ventes liées par une entreprise dominante nuira toujours à la concurrence et aux consommateurs (alors qu'elle peut en fait être commode et fonctionnelle et donc profiter aux consommateurs). Certaines caractéristiques communes des marchés numériques, notamment le caractère multi-faces, les effets de réseau et des coûts variables faibles, ajoutent encore à la complexité de la question, de telle sorte que nous ne pouvons pas nous fier à de simples prédictions des impacts de certains types de comportement.

60. Dès lors, si l'on se place dans une perspective économique, les affaires d'abus de position dominante ne devraient pas suivre une approche mécanique – par exemple, une infraction ne devrait pas être automatiquement constatée lorsqu'une entreprise détenant une part de marché supérieure à un seuil subjectif se livre à l'une des pratiques figurant sur une liste prédéfinie, par exemple la pratique de ventes liées ou groupées. En effet, ce type d'approche risque de condamner une pratique qui pourrait être bénéfique pour les consommateurs, et de passer à côté de nouvelles formes d'infractions. Il sera donc essentiel de se fonder sur une théorie claire du préjudice, étayée par une analyse économique et par les faits particuliers de l'affaire. Cette section explorera l'analyse nécessaire afin d'évaluer diverses théories du préjudice qui pourraient constituer un abus de position dominante. Toutefois, la question de savoir si une autorité de la concurrence doit démontrer les effets sur les consommateurs, par opposition avec les effets sur les concurrents et sur la concurrence plus généralement (au lieu des effets préjudiciables pour les consommateurs) dépendra de la juridiction en question, ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus.

61. Nonobstant ces observations, les théories du préjudice décrites ci-dessous peuvent fournir un modèle utile pour l'analyse des abus potentiels. Les types d'abus de position dominante explorés dans cette section, ainsi que les situations dans lesquelles ils peuvent s'appliquer, sont résumés dans le Tableau 2 ci-dessous.²⁶ Il ressort d'une récente enquête du RIC (2020^[1]), que la pratique faisant l'objet des enquêtes les plus fréquentes de la part des autorités de la concurrence sur les marchés numériques est liée au refus de négocier (12 des 30 enquêtes réalisées dans les juridictions concernées), suivi par les ventes liées (11 sur 30) et par les clauses d'exclusivité (5 sur 30).

62. La majorité des abus ici décrits peuvent être qualifiés de pratiques d'éviction – autrement dit, leur effet est d'évincer des concurrents du marché en question et d'empêcher de nouvelles entrées. Toutefois, une autre catégorie d'abus constatés dans de nombreuses juridictions se rapporte à l'exploitation d'une position dominante afin de facturer des prix excessifs (ou de dégrader la qualité dans une mesure excessive). Ces types d'affaires font l'objet d'une attention accrue sur les marchés numériques, bien qu'elles soient confrontées à plusieurs défis conceptuels, qui sont décrits ci-dessous.

Tableau 2. Établir une relation entre les théories du préjudice fondées sur l'abus de position dominante et le comportement observé sur les marchés

Comportement observé ou situation du marché	Théorie du préjudice fondée sur l'abus de position dominante
Les concurrents d'une entreprise ne peuvent pas avoir accès à un intrant important ou à la technologie nécessaire pour être compétitifs	Si : • Il peut être prouvé que l'intrant ou la technologie est essentiel pour être compétitif • Une entreprise dominante possède ou contrôle autrement l'ensemble des intrants ou de la technologie, et • Il est possible de partager l'intrant (ce qui est démontré, par exemple, par des accords passés pour fournir l'intrant) Alors : • La théorie du préjudice fondée sur un refus de négocier peut s'appliquer • Ou, si l'entreprise dominante a obtenu l'intrant par le biais d'un accord de fourniture exclusive, une théorie du préjudice fondée sur une clause d'exclusivité peut s'appliquer
Une entreprise dominante, intégrée verticalement, facture à ses concurrents en aval des prix plus élevés ou propose des clauses ou une qualité moins avantageuses	Si : • L'intrant en amont est essentiel pour être compétitif • Ce comportement se traduit par des prix plus élevés ou une qualité moindre pour les consommateurs Alors : • Une théorie du préjudice fondée sur la compression des marges et basée sur la discrimination peut s'appliquer
Les consommateurs ne veulent pas ou ne peuvent pas se détourner des produits d'une entreprise dominante	Si : • Les consommateurs signent des contrats d'achat exclusif avec une entreprise dominante, ou sont autrement empêchés de changer de fournisseur, ou • L'entreprise dominante offre des rabais de fidélité (ou des paiements) aux consommateurs en fonction de la quantité d'intrants qu'ils achètent, ou de la proportion de leurs intrants provenant d'une entreprise dominante Et si : • Ce comportement ne peut être justifié que par le désir d'exclure les concurrents du marché ou de restreindre leur expansion

Comportement observé ou situation du marché	Théorie du préjudice fondée sur l'abus de position dominante
	Alors : Une théorie de préjudice fondée sur la clause d'exclusivité ou un rabais de fidélité peut s'appliquer
Les consommateurs sont obligés d'acheter ou encouragés à acheter différents produits ensemble	Si : - Une entreprise disposant d'un pouvoir de marché pour l'approvisionnement d'un produit conditionne l'achat de ce produit à l'achat d'un autre produit (par des moyens contractuels ou techniques) Et si : - Ce comportement ne peut être justifié que par le désir d'exclure les concurrents du marché ou de restreindre leur expansion Alors : - Une théorie du préjudice fondée sur des ventes liées ou groupées peut s'appliquer
Une entreprise pratique des prix très bas	Un abus ne se produira que dans des circonstances exceptionnelles, à savoir si : - Une entreprise dominante sacrifie ses bénéfices afin de forcer ses concurrents à quitter le marché, sans autres justifications commerciales et avec la probabilité que les pertes seront compensées par des prix plus élevés après la sortie des concurrents, - Une entreprise dominante fixe des prix à un niveau qui va générer une rentabilité uniquement parce qu'elle prive ses concurrents des effets d'échelle ou de réseau, ou - Une entreprise verticalement intégrée pratique des prix bas en aval et des prix élevés en amont pour évincer ses concurrents Alors : - Une théorie du préjudice fondée sur la pratique de prix prédateurs peut s'appliquer
Une entreprise pratique des prix très élevés ou amoindrit la qualité	Un abus ne se produira que dans des circonstances exceptionnelles, à savoir si : - Une entreprise dominante pratique des prix excessifs ou impose des conditions déloyales pour la vente d'un produit Et : - La juridiction en question qualifie d'abus de position dominante la pratique de prix excessifs ou de conditions déloyales Alors : - Une théorie du préjudice fondée sur une exploitation abusive peut s'appliquer

4.1. Refus de négociier

63. Les refus de négocier suscitent de très nombreuses préoccupations potentielles en termes de concurrence sur les marchés numériques. En substance, ces préoccupations ont trait à l'accès à un intrant important, une technologie ou un réseau de distribution (l'ensemble étant collectivement désigné sous le terme d'« intrants », pour des raisons de commodité), sans lequel il ne serait pas possible de faire concurrence sur un marché. Ils sont parfois visés sous le terme de « facilités essentielles » (Orbach and Campbell Rebling, 2012_[53]). Une entreprise dominante qui est propriétaire de cet intrant (ou qui a autrement un accès exclusif à celui-ci)

peut donc, selon ces théories du préjudice, verrouiller la concurrence en refusant à des rivaux d'accéder à cette ressource.

64. Prenons l'exemple fictif d'un minerai qui n'est disponible que dans une seule mine, et un marché de puces de processeur qui n'ont aucun substitut et pour lesquelles le minerai est un intrant nécessaire. Si l'une des entreprises produisant des processeurs achète la mine et refuse d'approvisionner ses rivaux, cela pourrait constituer un **verrouillage de l'intrant**. Les cas dans lesquels des entreprises sont empêchées de vendre à des clients, par exemple car elles se voient refuser l'accès à un réseau de distribution essentiel, sont dénommés **verrouillage des clients** (qui peut également résulter des contrats d'exclusivité, décrits dans une section ultérieure).

65. Le refus de négocier peut être classifié dans une ou l'autre des catégories suivantes (OCDE, 2007, p. 26^[54]) :

- **un refus inconditionnel**, en d'autres termes, un refus catégorique de vente en toutes circonstances ;
- **un refus conditionnel**, c'est-à-dire un refus de vente à moins que l'acheteur n'accepte certaines conditions, telle l'exclusivité ; ou
- **un refus implicite**, auquel cas le fournisseur accepte de négocier, mais uniquement à des conditions telles qu'il est difficile pour l'acheteur de concourir. Par exemple, cela pourrait inclure, sur les marchés numériques, la dégradation des conditions d'accès à l'intrant ou le défaut de fourniture d'informations suffisantes pour permettre l'utilisation de l'intrant numérique en question (Colomo, 2019, p. 8^[55]). Cette théorie sera traitée dans la section consacrée à la compression des marges ci-dessous.

66. Bien que la logique de l'exemple théorique décrit ci-dessus puisse sembler parfaitement limpide, les théories du préjudice liées au refus de négocier font l'objet de controverses. Une critique traditionnelle évoque la théorie du profit de monopole unique. Ce théorème suggère que dans le cas où une entreprise est déjà un monopoleur en amont, il ne sera pas profitable pour elle d'évincer les entreprises en aval avec lesquelles elle est en concurrence. En d'autres termes, si l'entreprise refuse de négocier avec ses concurrents en aval, c'est pour des raisons d'efficacité ou commerciales qui n'ont aucun rapport avec une exclusion (OCDE, 2007, p. 35^[54]). Dans ces conditions, des mesures prises en application du droit de la concurrence qui obligent le monopoleur à fournir l'intrant ne sont pas susceptibles de faire baisser les prix ou de procurer un avantage quelconque aux consommateurs (cette question est développée, par exemple, dans Orbach et Rebling (2012^[53])). Toutefois, ce théorème peut ne pas s'appliquer sur certains marchés numériques en raison de leurs caractéristiques sous-jacentes (notamment si l'entreprise n'est pas un monopoleur en amont mais n'est dominante qu'en aval, ou si les entreprises en aval font concurrence au monopoleur sur de multiples marchés – voir OCDE (2007, p. 35^[54])).

67. Même dans le cas où il pourrait être démontré qu'un refus de négocier verrouille la concurrence, certains ont pointé les risques d'une activité de répression excessive pour remédier à la situation (voir les développements consacrés à cette question dans le document OCDE (2007^[54])). En particulier, l'obligation de partager un intrant important avec leurs rivaux peut saper l'incitation des entreprises à développer ces intrants. En d'autres termes, les entreprises peuvent être découragées de développer des innovations, ou de faire d'autres investissements qui pourraient impliquer des risques et qui sont bénéfiques pour les consommateurs (et l'économie dans son ensemble) si elles sont dans l'incapacité d'avoir un droit exclusif sur leurs résultats (Geradin, 2010^[56]).

68. En outre, des mesures correctives qui exigent des entreprises qu'elles partagent ces intrants peuvent saper les incitations de rivaux potentiels cherchant à développer des substituts à ces intrants, étant donné qu'ils pourraient également être soumis à des conditions désavantageuses, ce qui nuirait encore plus au bien-être des consommateurs (OCDE, 2007, p. 27^[54]). Cela complique beaucoup l'analyse des refus de négocier, car l'effet d'une action de répression donnée peut s'étendre largement au-delà de la simple obtention par une entreprise donnée de l'accès à un intrant, par exemple. Reconnaisant ces risques, plusieurs tribunaux des États-Unis se sont, par exemple, montrés circonspects à propos de l'opportunité d'imposer l'accès d'un concurrent à des facilités essentielles, bien qu'une obligation d'accès ait été confirmée dans plusieurs affaires jugées dans l'UE (Fox, 2014^[7]).

69. Cette analyse peut être compliquée par un ensemble de problèmes méthodologiques, qui vont de quelles marges utiliser jusqu'à comment prendre en compte les efficacités d'intégration (voir, par exemple, Aburn (2012^[57])). Ces problèmes sont aggravés sur les marchés numériques, où les coûts marginaux sont faibles ou égaux à zéro, auquel cas il peut ne pas être approprié de se focaliser seulement sur des concurrents « efficaces » (ce point sera développé à la section consacrée à la pratique de prix prédateurs ci-dessous). Une approche alternative consiste à se demander si le comportement en question a du sens sur le plan économique, pour des raisons sans lien avec l'exclusion de concurrents en aval. Ce test reconnaît que même les concurrents moins efficaces peuvent fournir une discipline concurrentielle pour des entreprises, bien que le mécanisme précis d'application de cette approche n'ait pas encore été élaboré (OCDE, 2018, pp. 106-107^[34]).

70. Les refus de négocier associés à la technologie impliquent un ensemble unique de problèmes, par exemple si une entreprise refuse de concéder une licence de brevet à ses concurrents. Un grand nombre de marchés numériques se fondent sur certaines normes technologiques pour encourager l'innovation et l'interopérabilité. Ainsi, lorsqu'une entreprise détient un brevet qui est nécessaire pour l'application de cette norme, c'est-à-dire un brevet dit brevet essentiel standard (ces brevets sont généralement délivrés à la condition d'être concédés sous licence sur une base équitable, raisonnable et non discriminatoire), elle pourrait être en mesure de verrouiller la concurrence. Dans les secteurs numériques, ce verrouillage pourrait prendre la forme d'injonctions émises par des entreprises ordonnant à des rivaux de cesser d'utiliser un élément de technologie donné. Il est rare que ce type de problèmes soit traité dans le contexte d'une procédure pour abus de position dominante, plutôt que par des organismes de normalisation ou dans le cadre de procédures sur le fondement du droit des contrats, à l'exception d'un petit nombre de cas dans l'UE (OCDE, 2014^[58]) et en Corée²⁷.

4.1.1. Caractère indispensable

71. Les affaires de refus de négocier posent un autre défi conceptuel, à savoir la nécessité de déterminer l'importance de l'intrant en question. Dans l'UE, par exemple, les affaires de refus de négocier sont généralement évaluées en fonction du point de savoir si un intrant est « objectivement nécessaire pour pouvoir faire concurrence²⁸ », ou *indispensable*, une condition qui vise à exclure les refus de fourniture qui ne sont pas susceptibles d'affecter la concurrence (Geradin, 2010, pp. 8-9^[56]). S'il existe des substituts effectifs pour l'intrant, ou s'il peut être dupliqué dans des conditions faisables, il n'est alors pas possible de verrouiller la concurrence en refusant de négocier avec des concurrents.

72. Sur les marchés numériques, il peut ne pas être simple de déterminer quels intrants sont réellement indispensables, et s'ils pourraient être répliqués par des concurrents en réaction à des refus de négocier. Les données sont généralement identifiées comme un intrant important sur les marchés numériques – elles peuvent être utilisées pour exploiter des effets de réseau, cibler des consommateurs (y compris pour la publicité numérique), développer des

politiques de prix personnalisés, améliorer la qualité des produits, lancer de nouveaux produits et mettre en œuvre une série de stratégies commerciales. Certains sont même allés jusqu'à dire que les ensembles de données de certains acteurs dominants sont des prérequis pour pouvoir faire concurrence sur certains marchés (OCDE, 2016^[59]). D'autres études ont suggéré que certaines plateformes numériques pourraient « se positionner comme un goulot d'étranglement obligatoire entre partenaires et clients », évoquant ainsi l'idée qu'un service numérique pourrait constituer en lui-même un intrant indispensable (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019, p. 30^[4]). L'Encadré 2 ci-dessous donne un exemple d'affaire de refus de fourniture impliquant une base de données clé.

73. Toutefois, il n'est pas certain qu'un refus de fournir des données à ses concurrents constituerait un refus de négocier dans le contexte du droit de la concurrence (OCDE, 2020^[60]). Les ensembles de données sont une collection de points de données individuels, de telle sorte qu'il est difficile de savoir à quel point un ensemble de données deviendrait indispensable, et si les informations ou la valeur pouvant en être obtenues peuvent l'être auprès d'autres sources (Katz, 2019^[61]). Dans certains cas, des données peuvent être achetées auprès d'agrégateurs de données tiers, et différents ensembles de données peuvent être utilisés pour générer les mêmes informations. Par exemple, les données montrant des modèles de moteur de recherche dans un certain échantillon démographique génèrent-elles des informations similaires à celles des données obtenues sur une plateforme de vente en ligne ou un réseau social ? Il s'y ajoute qu'une grande partie de la valeur des données provient de la manière dont elles sont traitées, en termes d'organisation et d'analyse, qui peut être coûteuse (Katz, 2019^[61]). C'est pourquoi il n'existe aucune certitude sur la question de savoir si l'accès aux données brutes serait utile aux concurrents, ou si les mesures correctives imposant cet accès auraient les effets dissuasifs sur l'investissement décrits ci-dessus.

74. En outre, les données peuvent être utilisées pour améliorer la qualité, ou pour fournir des caractéristiques supplémentaires, sans constituer un intrant indispensable pour que les entreprises puissent faire concurrence. Comme Sivinski et al (2017, p. 214^[62]) l'ont souligné, il est important de distinguer entre la catégorie des données qu'il est « bon d'avoir » et la catégorie des données qu'il « faut avoir ». Ils suggèrent que la présence d'au moins quelques concurrents sur le marché démontre qu'il est plus probable que la première de ces catégories prévale sur ce marché plutôt que la seconde.

Encadré 2. L'affaire Autorité de la concurrence française contre Cegedim

L'Autorité de la concurrence française a jugé que Cegedim SA avait abusé de sa position dominante sur le marché des bases de données d'informations médicales.²⁹ Les bases de données médicales étaient utilisées par les laboratoires pharmaceutiques pour la gestion des rendez-vous des visiteurs médicaux. Cegedim fournissait à la fois les bases de données « OneKey » et son propre logiciel de gestion de la relation client (CRM). Cegedim a refusé de concéder sa base de données sous licence à tout laboratoire utilisant un logiciel CRM concurrent spécifique dénommé « NetReps », produit par Euris. Cegedim a toutefois vendu sa base de données à des laboratoires utilisant d'autres logiciels CRM concurrents. En d'autres termes, le comportement incriminé concernait uniquement les laboratoires utilisant le logiciel NetReps de Euris. Cegedim a soutenu que son comportement envers Euris était justifié, en raison de l'action judiciaire séparée qu'elle poursuivait à l'encontre de Euris.

L'Autorité a examiné la question de savoir si « OneKey » constituait une facilité essentielle. Elle a conclu que l'accès à la base de données n'était pas indispensable pour Euris et d'autres producteurs de logiciels CRM. Plus précisément, l'Autorité a reconnu que les concurrents pourraient reproduire la base de données sur le plan technique (et que des fabricants de logiciels rivaux et des laboratoires avaient leurs propres bases de données). À supposer même qu'il n'ait pas été possible de reproduire intégralement une base de données équivalente en raison de la valeur de référence reconnue à celle de Cegedim et à son utilisation parmi les laboratoires, l'Autorité a jugé que l'existence d'alternatives suffisait à prouver que « OneKey » n'était pas une facilité essentielle.

Toutefois, l'Autorité a jugé que Cegedim avait enfreint un aspect particulier de la loi française (et de l'UE, dans certaines circonstances spécifiques) en matière d'abus de position dominante relatif à la discrimination. En particulier, elle a conclu que les effets du comportement de Cegedim sur Euris, en limitant son accès et en l'évinçant finalement du marché, constituait un abus de position dominante. L'Autorité de la concurrence a imposé à Cegedim une sanction pécuniaire d'un montant de 5 767 000 euros et enjoint à Cegedim de ne plus opérer cette discrimination à l'avenir. Cegedim a interjeté appel de la décision auprès de la Cour d'appel de Paris, puis formé un pourvoi auprès de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Ces deux juridictions ont confirmé la décision de l'Autorité.

Source : Décision n° 14-D-06 du 8 juillet 2014 :

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/14d06.pdf>

75. Certains modèles économiques de plateforme impliquent une intégration verticale et pourraient donc donner lieu à des plaintes pour refus de négocier. Les plateformes de transactions peuvent en particulier susciter des préoccupations en termes de droit de la concurrence. Si l'opérateur de la plateforme introduit ses propres produits pour les vendre sur la plateforme, il pourrait probablement mettre en œuvre des stratégies de refus de négocier inconditionnel ou implicite afin de verrouiller l'accès à la plateforme par des concurrents. L'Encadré 3 ci-dessous donne un exemple de refus de négocier concernant l'accès à une importante plateforme de vente sur le marché de l'immobilier.

Encadré 3. L'affaire du Bureau canadien de la concurrence concernant le Toronto Real Estate Board (chambre immobilière de Toronto)

En mai 2011, le Bureau canadien de la concurrence a engagé une procédure pour abus de position dominante contre le Toronto Real Estate Board (« TREB »). Le Bureau a allégué que le TREB avait abusé de sa position dominante sur le marché des services de courtage immobilier résidentiel dans la région du Grand Toronto, en vertu de l'article 79 de la Loi sur la concurrence. L'abus concernait les restrictions d'accès, d'utilisation et de divulgation en ligne des données de la base de données du Multiple Listing Service Database (« MLS »), qui était contrôlée par le TREB et accessible uniquement à ses membres. Il s'agissait d'une base de données contenant des listes de propriétés actuelles et des informations historiques sur l'achat et la vente de biens immobiliers résidentiels. Selon le Bureau, la plupart des transactions immobilières locales utilisent la base de données MLS et c'est un « outil essentiel pour les agents et utile pour assister les clients dans l'achat et la vente de biens immobiliers ». ³⁰ Une grande partie de ces informations n'étaient pas disponibles dans d'autres sources publiques. En 2016, le Tribunal a noté qu'il n'existait aucun « substitut facilement disponible pour toute la gamme d'informations et de services » [paragraphe 144] et que toute autre source similaire était considérée comme un « complément » et non comme un « substitut ». ³¹

Le TREB avait publié un ensemble de règles interdisant à ses membres d'effectuer une large divulgation en ligne de données historiques sur les ventes immobilières. Les membres du TREB divulguaient les données en ligne et hors ligne de manière différente. Le Bureau a soutenu que cette approche empêchait la mise en place de services en ligne innovants. Selon le Bureau, ces restrictions constituaient un acte anticoncurrentiel qui avait pour effet de réduire ou d'empêcher la concurrence de manière substantielle.

En avril 2016, le Tribunal canadien de la concurrence (« le Tribunal ») a reconnu que les restrictions imposées par le TREB empêchaient un meilleur accès à des services immobiliers nouveaux et innovants, à des informations plus approfondies sur les annonces et à des outils d'analyse en ligne novateurs. Le Tribunal a noté qu'il ne s'agissait pas d'une affaire portant sur l'accès aux facilités essentielles mais plutôt de la manière dont le TREB rendait le MLS accessible à ses membres. Le Tribunal a ordonné au TREB de supprimer ses restrictions.

L'appel du TREB devant la Cour d'appel fédérale a été rejeté. Le TREB a ensuite déposé une demande d'autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada, qui a été rejetée le 23 août 2018.

Source : Adapté de Consumer Data Rights and Competition – note du Canada, 12 juin 2020, page 3, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)31/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)31/en/pdf)

Bureau de la concurrence du Canada, fiche d'information : Abus de position dominante par le Toronto Real Estate Board,

<https://www.canada.ca/en/competition-bureau/news/2018/08/backgrounder-abuse-of-dominance-by-the-toronto-real-estate-board.html>

Tribunal de la concurrence, résumé de la décision, [https://www.ct-tc.gc.ca/en/cases/decision-summaries/documents/CT-2011-](https://www.ct-tc.gc.ca/en/cases/decision-summaries/documents/CT-2011-003%20Summary.pdf?zoom_highlight=toronto+real+estate+board#search=%22toronto%20real%20estate+board%22)

[003%20Summary.pdf?zoom_highlight=toronto+real+estate+board#search=%22toronto real estate board%22](https://www.ct-tc.gc.ca/en/cases/decision-summaries/documents/CT-2011-003%20Summary.pdf?zoom_highlight=toronto+real+estate+board#search=%22toronto%20real%20estate+board%22)

Décision du Tribunal : [https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-](https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/462979/index.do?q=toronto+real+estate+board+reasons)

[tc/cdo/en/item/462979/index.do?q=toronto+real+estate+board+reasons](https://decisions.ct-tc.gc.ca/ct-tc/cdo/en/item/462979/index.do?q=toronto+real+estate+board+reasons)

76. Toutefois, plusieurs des affaires impliquant à ce jour des plateformes et leurs activités en aval, y compris les questions liées à la « préférence pour ses propres produits », peuvent ne pas entrer dans le cadre d'un refus de négocier, et peuvent être mieux traitées selon les théories relatives à la compression des marges ou aux ventes liées et groupées, qui sont plus amplement décrites ci-dessous (Iacobucci and Ducci, 2019^[5]; Bostoen, 2018^[63]). Par exemple, dans son commentaire de l'affaire *Google Shopping* jugée par la Commission européenne, décrite ci-dessous, Akman (2017, pp. 308-309^[51]) examine si une théorie du préjudice liée au refus de négocier pourrait s'appliquer, et estime que plusieurs éléments clés requis en vertu de la jurisprudence de l'UE sont manquants. En particulier, il n'est pas clairement établi que le moteur de recherche de Google était indispensable pour que des services de comparaison de prix puissent atteindre les consommateurs. Elle ajoute qu'il faudrait, pour prouver le refus de négocier, démontrer des effets plus clairs sur les consommateurs, c'est-à-dire que le comportement en cause a limité les options des consommateurs et les a empêchés d'offrir des services meilleurs (plutôt qu'identiques) (Akman, 2017, p. 309^[51]).

4.1.2. Faisabilité

77. Les affaires de refus de négocier peuvent également être filtrées en fonction du point de savoir si la « négociation » en question serait faisable. En d'autres termes, il doit être techniquement et opérationnellement possible pour l'entreprise de donner accès à l'intrant en question. Le refus de négocier ne peut pas être établi si l'actif ou l'accès à celui-ci ne peut pas être partagé, de telle sorte qu'il peut être difficile d'imposer des mesures correctives en matière d'accès, concernant par exemple le placement visuel de produits numériques lorsqu'ils sont offerts aux consommateurs (par ex., un référencement par défaut ou une première place dans le classement des résultats de recherche ; cette question est développée in Lao (2013^[64])).

78. Le moyen le plus simple d'établir cette faisabilité est de déterminer si l'entreprise fournit déjà les intrants à certains clients (Colomo, 2019, p. 7^[55]). Dans l'affirmative, cela suggérerait qu'il est possible de vendre l'accès à l'intrant, mais que l'entreprise prend la décision spécifique de ne pas vendre à des entreprises qui, par exemple, sont ses rivaux sur un marché en aval. Toutefois, il peut exister d'autres raisons, tenant à la faisabilité, justifiant que l'intrant soit fourni à certains clients et non à d'autres. À titre d'exemple, la fourniture de l'intrant peut exiger certains investissements, ou peut exposer certains secrets d'affaires, de telle sorte qu'il existe, dans les deux cas, des justifications objectives du refus de négocier.

79. Une seconde situation a conduit à conclure à la faisabilité : celle dans laquelle une entreprise négociait avec un client, mais cesse ensuite de le faire (voir, par exemple, les lignes directrices de la FTC américaine sur les refus de négocier³²). Tel pourrait être le cas, par exemple, si l'entreprise décide de s'implanter sur un marché en aval et fait ainsi directement concurrence à son ancien client. Les raisons tenant à la faisabilité qui justifient de mettre fin à un contrat de fourniture peuvent être moins nombreuses mais devraient néanmoins être prises en considération. Par exemple, il peut y avoir des cas dans lesquels une entreprise a développé un nouveau produit en aval et a fait des investissements dans ses opérations en amont, afin de faciliter l'interopérabilité et l'intégration entre l'amont et l'aval. Dans cette situation, continuer à fournir l'intrant à d'autres clients en aval pourrait entraîner des coûts substantiels ou créer des inefficiences significatives.

80. En conséquence, même s'il a été déterminé que la fourniture de l'accès à l'intrant est faisable, il faut faire preuve de prudence avant d'exprimer un jugement sur le caractère proportionné d'une intervention ordonnant l'accès, et sur le point de savoir si elle serait bénéfique pour les consommateurs.

4.1.3. Sources potentielles de preuves dans les affaires de refus de négocier

81. Le Tableau 3 ci-dessous résume les principales sources potentielles de preuves pour évaluer les théories du préjudice dans les affaires de refus de négocier.

Tableau 3. Sources potentielles de preuves dans les affaires de refus de négocier

Point à évaluer	Sources des preuves
Caractère indispensable de l'actif	- Informations relatives au processus de production ou de développement du produit ou du service (entretiens, demandes d'informations auprès de l'entreprise dominante et des concurrents) - Informations concernant les alternatives potentielles (entretiens et demandes d'informations auprès de l'entreprise dominante, des concurrents, et des concurrents potentiels sur les marchés connexes)
Faisabilité du partage de l'actif	- Informations concernant les anciens accords de fourniture pour cet actif ou des actifs similaires - Documents internes, demande d'informations sur les évaluations techniques disponibles concernant la faisabilité du partage
Effets sur les consommateurs	- Informations relatives aux modèles économiques et à la qualité des produits ou services des concurrents potentiels - Identification des gains d'efficacité résultant de l'intégration verticale (études d'événements concernant les coûts et les prix avant/après l'intégration, documents internes contemporains)

4.1.4. Mesures correctives

82. Même lorsqu'un cas de verrouillage de la concurrence dû à un refus de négocier peut être clairement établi, les autorités de la concurrence se trouvent ensuite confrontées au défi de concevoir une mesure corrective appropriée. Les solutions potentielles vont de mesures lourdement interventionnistes, telle la séparation structurelle (c'est-à-dire exigeant la vente des opérations en amont ou en aval) à des mesures plus modérées, telle la séparation opérationnelle des opérations en amont et en aval, et l'application de conditions d'accès aux intrants. Si le refus de négocier est conditionnel, la mesure corrective peut simplement consister à supprimer les conditions. Toutefois, si le refus est inconditionnel, certains auteurs ont appelé à la prudence (ou même à éviter ces affaires – voir Shapiro (2005^[65])). En effet, des mesures correctives mal conçues en matière d'accès peuvent bénéficier aux concurrents sans bénéficier aux consommateurs, ou même imposer des conditions qui nuisent à long terme au bien-être des consommateurs et à une concurrence dynamique sur le marché.

83. La prudence s'impose avant de s'attaquer à des affaires de refus inconditionnels de négocier, en raison de la nature de la mesure corrective correspondante. Une mesure corrective fixant les termes dans lesquels une entreprise devra commencer à fournir l'intrant à ses rivaux imposera aux autorités de la concurrence de traiter de nombreuses questions complexes : à quel prix l'accès devrait-il être accordé ? Dans quelles conditions ? Dans quels volumes ? Pour quelle durée ? Comment régler les différends ? Afin d'éviter certaines des charges liées à ces types de mesures correctives, la Commission européenne a exigé la nomination de trustees indépendants pour contrôler le respect de ces mesures dans son affaire *Microsoft* en 2004.³³ À titre d'alternative, des mécanismes d'enchères peuvent être utiles pour garantir un accès égal à un intrant ou un réseau de distribution détenu par une entreprise dominante. Il n'en demeura pas moins, toutefois, que les mesures correctives relatives à l'accès sont particulièrement difficiles à élaborer et contrôler, mobilisent beaucoup de ressources et impliquent un risque élevé d'erreur. Elles peuvent

risquer de faire jouer le rôle d'un régulateur sectoriel à l'autorité de la concurrence ou de créer de nouvelles réglementations sectorielles. En particulier, un exercice délicat de mise en balance sera nécessaire pour veiller à ce que la mesure corrective n'entraîne pas les conséquences qui ont été décrites ci-dessus, c'est-à-dire n'ait pas pour effet de décourager les investissements,

84. Les mesures correctives imposées afin de traiter les refus de concéder une licence de technologie exigeront également de mettre soigneusement en balance l'objectif de stimuler la concurrence (particulièrement à court terme) et la nécessité de protéger les incitations à investir à long terme. En particulier, les mesures correctives imposant la concession de cette licence pourraient saper les objectifs politiques des législations protégeant la propriété intellectuelle (y compris en dissuadant d'enregistrer des brevets), et ne sont donc envisagées que dans des situations exceptionnelles (OCDE, 2019^[66]).

85. Les autorités de la concurrence devront donc se livrer à une appréciation stratégique, afin de déterminer si une procédure pour abus de position dominante, et l'adoption corrélative d'une mesure corrective en matière d'accès, représentent l'approche optimale des problèmes de concurrence qui se posent en présence d'une entreprise détenant un monopole sur un intrant important. Il peut ne pas être facile de définir clairement ce que doivent être des conditions raisonnables d'accès, par exemple lorsqu'il n'existe aucun autre contrat de fourniture comparable sur le marché, ou si le monopoleur n'a pas traité avec ses concurrents en aval par le passé. Dans ces cas, les autorités de la concurrence peuvent s'interroger sur la question de savoir s'il est préférable de plaider pour une réglementation sectorielle plutôt que d'engager une procédure contre l'entreprise (que ce soit en conférant des pouvoirs supplémentaires aux régulateurs existants ou en plaidant pour la création de nouveaux régulateurs). Les principes du droit de la concurrence pourraient jouer un rôle important pour définir la mission et l'approche de cette réglementation, et constituerait effectivement une discipline précieuse pour garantir que des mesures correctives en matière d'accès soient limitées aux cas justifiés par des préjudices économiques (par ex., des monopoles non contestables) et destinées à promouvoir la concurrence.

Principales considérations relatives au refus de négocier

- Le refus de négocier peut, dans certains cas, porter préjudice aux consommateurs, notamment lorsque l'actif concerné est indispensable à la concurrence et que l'entreprise en question travaille à évincer la concurrence (par exemple, lorsque le comportement affecte un concurrent que l'entreprise rencontre sur de multiples marchés).
- Les autorités de la concurrence appliquent généralement plusieurs filtres à un refus de négocier avant de le considérer comme une infraction potentielle, notamment des preuves claires qu'il n'existe aucun substitut à l'actif concerné, et un schéma de négociation établi suggérant qu'il serait faisable de partager l'actif en question.
- Même avec ces filtres, les cas de refus de négocier ne constituent pas nécessairement l'approche optimale. Dans la pratique, les mesures correctives destinées à appliquer les règles du droit de la concurrence afin de remédier à un refus de négocier peuvent être complexes, difficiles à définir et risquées en termes de menaces potentielles pour les incitations à l'innovation. Dans certains cas, une réglementation sectorielle fondée sur les principes de la concurrence peut être plus facile à administrer qu'une mesure corrective complexe en matière d'accès imposée dans une affaire d'abus de position dominante.

4.2. Pratique de prix prédateurs

86. La pratique de prix prédateurs désigne une stratégie d'éviction appliquée par une entreprise dominante, en vertu de laquelle elle sacrifie des profits à court terme afin d'exclure ses concurrents du marché, et cherchera, au moment où elle y sera parvenue, à récupérer ses pertes en augmentant ses prix (OCDE, 2004^[67]). Bien que ces théories soient intuitivement séduisantes, il existe généralement plusieurs obstacles analytiques qui doivent être surmontés avant d'établir qu'une stratégie de prix donnée est prédatrice (par opposition avec une concurrence simplement agressive). L'une des formes de cette pratique, appelée « pratique de prix prédateurs inférieurs au coût de revient » consiste à pratiquer des prix inférieurs à une certaine mesure du coût de revient (souvent le coût variable moyen), ce qui signifie que des rivaux aussi efficaces que l'entreprise dominante se trouveraient dans l'incapacité de faire concurrence à celle-ci (OCDE, 2004^[67]). Toutefois, en cas de pratique de prix prédateurs supérieurs au coût de revient, il pourra être nécessaire d'adopter une perspective plus large afin de déterminer si cette pratique a une justification commerciale au-delà de l'objectif d'inciter les rivaux à sortir du marché. Des justifications potentielles devront être prises en considération, telle la nécessité d'écouler un stock arrivant à la date de péremption. Dans certaines juridictions, dont les États-Unis, des prix faibles mais compétitifs sont distingués des prix prédateurs en déterminant si la stratégie permettra à l'entreprise de récupérer ses pertes en augmentant ses prix à l'avenir, c'est-à-dire après la sortie du marché de concurrents (OCDE, 2018, p. 17^[34]).

87. Sur les marchés numériques, les affaires de pratique de prix prédateurs posent plusieurs défis conceptuels. Par exemple, il ne sera pas simple de déterminer la bonne mesure du coût de revient étant donné que les coûts marginaux sont souvent très faibles sur de nombreux marchés numériques. Certains autres coûts, ou un ajustement tenant compte de la dimension de différentes entreprises, peuvent devoir être pris en considération bien que les orientations précises sur ce sujet soient limitées. En outre, même lorsque les prix sont bas, l'effacement des frontières entre différents marchés peut rendre cette analyse difficile. Par exemple, de nombreuses entreprises numériques peuvent offrir des produits à un prix égal à zéro, auquel cas l'application mécanique des tests prix-coût de revient

générerait des faux positifs en termes de pratique de prix prédateurs. Un prix égal à zéro pourrait refléter toute une gamme de stratégies commerciales, telle la stratégie « freemium » dans laquelle une entreprise offre à la fois une version à prix zéro d'un produit et une version payante. Dans ces cas, la pratique de prix inférieurs au coût de revient peut ne pas avoir d'effet prédateur.

88. Un plus grand nombre de défis se posent lorsqu'il s'agit des plateformes numériques multi-faces. Ainsi qu'il a été décrit ci-dessus, ces plateformes impliquent souvent une subvention croisée entre différentes faces du marché. Des prix faibles ou égaux à zéro sur une face d'une plateforme peuvent correspondre à une stratégie de maximisation des efforts de réseau, par exemple en attirant une base d'utilisateurs afin d'accroître la valeur de la plateforme pour les consommateurs sur une autre face du marché (si les pertes peuvent être récupérées). Ainsi, la pratique de prix inférieurs au coût de revient sur une face du marché correspondra souvent à une stratégie pro-concurrentielle (OCDE, 2018, p. 23^[34]). L'analyse devra donc examiner les niveaux globaux de coûts et de prix sur toutes les faces d'un marché. Certains auteurs ont préconisé en particulier de comparer le niveau global de prix de toute la plateforme avec la moyenne globale des coûts variables (Behringer and Filistrucchi, 2015^[68]). Encadré 4 donne un exemple d'affaire dans laquelle ces effets ont été reconnus dans le contexte d'une pratique de prix prédateurs sur un marché multi-faces.

89. Réciproquement, les caractéristiques des marchés multi-faces peuvent également entraîner des pratiques de prix prédateurs lorsque ces pratiques cherchent à dénier à des rivaux l'échelle suffisante pour opérer. Dès lors, l'analyse des seuls coûts et prix n'est pas susceptible d'aider à établir une pratique de prix prédateurs sur un marché multi-faces (OCDE, 2018, pp. 108-112^[34]). Cette analyse peut en outre être entravée par l'importance de l'échelle et des effets de réseau sur un marché – une pression concurrentielle efficace peut être générée par de nouveaux rivaux qui n'ont pas encore atteint une masse critique, et sont donc moins efficaces que les entreprises dominantes (comme le reconnaît, par exemple, la Commission européenne dans ses orientations sur la pratique de prix prédateurs³⁴). En d'autres termes, la pratique de prix prédateurs pourrait générer un préjudice sur les marchés numériques, même si elle porte préjudice à des entreprises qui sont moins efficaces que l'entreprise dominante, de telle sorte qu'il est difficile de déterminer quel niveau d'efficacité il conviendrait d'utiliser pour procéder à tout test prix-coût de revient (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019, p. 96^[4]).

90. À titre d'alternative, l'analyse d'une pratique de prix prédateurs pourrait poser la question de savoir si la stratégie de fixation de prix inférieurs au coût de revient est profitable au motif qu'elle développe une base d'utilisateurs ou parce qu'elle affaiblit des rivaux (en adoptant l'approche décrite dans le document OCDE (2018, p. 23^[34])). Les cas où seule la dernière hypothèse est exacte suggèrent que la pratique de prix prédateurs semble n'avoir aucune justification tenant à la compensation de l'efficacité. Khan a identifié un exemple potentiel, à propos d'une plateforme de transactions en ligne. La plateforme utilisait un algorithme de fixation des prix destiné à affaiblir un rival opérant sur le marché du produit en aval, puis à acquérir ce rival affaibli, une stratégie dont Khan Khan (2017^[25]) a suggéré qu'elle était prédatrice par nature. Toutefois, la méthodologie pratique permettant de procéder à ces évaluations dans les affaires de pratique de prix prédateurs est toujours en cours d'élaboration.

Encadré 4. L'affaire *Bottin Cartographes/Google France*

En juillet 2009, Bottin Cartographes a déposé une plainte contre Google France, en alléguant que cette dernière abusait de sa position dominante sur le marché des API (interfaces de programmation d'application) de services cartographiques sur Internet en pratiquant des prix prédateurs.

La société demanderesse a soutenu la théorie que Google France offrait ces services gratuitement aux utilisateurs afin d'éliminer ses concurrents du marché, après quoi elle pourrait augmenter ses prix.

En 2012, le Tribunal de commerce de Paris a jugé que Google France avait verrouillé le marché et l'a condamnée à payer des dommages-intérêts de 500 000 EUR. Ce jugement a été informé en novembre 2015 par la Cour d'appel de Paris, après avoir sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence française. Dans cet avis, l'Autorité a noté que Google France était confrontée à une concurrence potentielle sur le marché, et a considéré, sur la base de tests de prix-coûts, qu'il n'existait aucune preuve de prédation (Autorité de la concurrence, 2014^[69]). L'Autorité a en outre noté la complexité de l'application de ces tests sur les marchés numériques, reconnaissant que le prix égal à zéro offert à certains consommateurs était complété par un service payant pour d'autres (ce modèle économique étant parfois dénommé sous le terme de « freemium »).

La décision du Tribunal de commerce a été critiquée pour avoir appliqué, en l'espèce, un cadre analytique élaboré pour des marchés traditionnels (voir, pour des exemples, Concurrences (2013^[70]). En particulier, les services de cartographie numérique API fournis par Google faisaient partie d'un modèle économique plus large basé sur les ventes publicitaires, et constituaient donc un marché multi-faces. En conséquence, les recettes et les coûts sur une seule face du marché (services API) pourraient conduire à conclure par erreur à une pratique de prix prédateurs, quand bien même un prix égal à zéro sur une face du marché serait-elle compensée par des prix positifs sur une autre face (publicité).

Source : Encadré extrait de OCDE (2019^[31]).

91. Les marchés numériques posent également des défis pour les juridictions qui exigent la preuve que l'entreprise dominante est susceptible de récupérer les pertes subies du fait de la pratique de prix prédateurs. Au-delà de la complexité liée au caractère multi-faces du marché, il peut être difficile d'évaluer si la récupération peut avoir lieu ou a déjà eu lieu sur des marchés en ligne où les prix fluctuent rapidement et fréquemment (Khan, 2017, p. 763^[25]). Plus fondamentalement, les marchés numériques se caractérisent par l'existence d'entreprises qui ont acquis de grandes parts de marché sans réaliser des bénéfices pendant très longtemps. Dans ces cas, les investisseurs semblent avoir déterminé que les perspectives de bénéfices à long terme d'une entreprise sont telles que des pertes à court et moyen terme sont justifiées. Par exemple, une entreprise peut chercher à se constituer une base d'utilisateurs qui pourra ensuite être monétisée, par exemple grâce à la vente de produits en aval, ou à l'introduction de versions payantes. C'est pourquoi certains auteurs ont appelé à examiner le potentiel de récupération dans un horizon plus long et plus large (multi-marchés), étant donné les stratégies commerciales et les dynamiques d'investissement de nombreuses entreprises numériques (Khan, 2017, p. 763^[25]).

Principales considérations relatives à la pratique de prix prédateurs

- La pratique de prix prédateurs peut être la stratégie d'une entreprise dominante visant à exclure ses concurrents en fixant des prix inférieurs aux coûts pendant assez longtemps pour forcer les concurrents à quitter le marché, après quoi l'entreprise peut utiliser son pouvoir de marché accru pour augmenter les prix.
- L'analyse traditionnelle de la pratique de prix prédateurs consiste à comparer le prix prétendument prédateur avec une certaine mesure des coûts qui seraient supportés par un concurrent aussi efficace que l'entreprise dominante. Sur les marchés numériques, toutefois, cette analyse ne sera pas valable en raison des faibles coûts marginaux et des modèles économiques des plateformes multi-faces. En outre, étant donné l'importance des effets d'échelle et de réseau, certains se sont interrogés sur le point de savoir si les coûts de l'entreprise dominante sont réellement la meilleure référence à utiliser pour déterminer les coûts.
- À titre d'alternative, la pratique de prix prédateurs présumée sur des marchés multi-faces pourrait être évaluée en fonction de sa rentabilité. Cette pratique est-elle rentable parce qu'elle permet d'accroître une base d'utilisateurs ou parce qu'elle entrave l'expansion des concurrents ? Dans les cas où il faut évaluer la question de la récupération des investissements, certains ont proposé un délai plus long et une meilleure intégration de la perspective à long terme adoptée par les investisseurs dans les entreprises technologiques. Toutefois, les orientations pratiques sur la manière de suivre ces approches sont limitées et des recherches empiriques supplémentaires pourraient s'avérer nécessaires.

4.3. Compression des marges

92. Les théories du préjudice liées à la compression des marges s'appliquent également aux entreprises verticalement intégrées qui détiennent un pouvoir de marché en amont ou en aval. En particulier, elles impliquent qu'une entreprise réduise les marges de ses rivaux au moyen de deux mécanismes décrits ci-dessous. Ces théories se sont essentiellement focalisées jusqu'à présent sur les industries de réseau, y compris l'énergie, la télédiffusion et les télécommunications. À titre d'exemple, des problèmes de compression de marges peuvent surgir lorsqu'un fournisseur de télécommunications intégré, qui était auparavant détenu par l'État peut, en raison de la libéralisation, affronter la concurrence de détaillants en aval mais contrôle toujours l'accès à un intrant important (c'est-à-dire le réseau) (OCDE, 2009^[71]). Toutefois, certains commentateurs ont proposé d'appliquer ces théories aux marchés numériques, particulièrement aux marchés de plateformes numériques. (Bostoen, 2018^[63]).

4.3.1. Mécanismes de compression des marges

Subventions croisées

93. Un mécanisme de compression des marges peut se produire lorsqu'un fournisseur dominant en amont facture des prix élevés, tandis que ses opérations en aval facturent un prix bas, ce qui signifie que ses rivaux vont devoir supporter des coûts plus élevés pour accéder à l'intrant tout en facturant des prix plus bas pour leurs produits. Dans ce cas, les pertes encourues en raison des coûts faibles sur le marché en aval peuvent être récupérées par des coûts élevés sur le marché en amont. Ce type de pratique peut être considéré comme un type de **stratégie d'application de prix prédateurs** (OCDE, 2020, p. 9^[72]).

94. En particulier, le test du concurrent « aussi efficient » peut être appliqué à ce type de compression des marges (OCDE, 2009, p. 89^[71]). Le test cherche à déterminer si le prix qu'une entreprise facture pour un intrant essentiel est trop élevé pour que ses rivaux en aval puissent opérer. On pourrait répondre à cette question en s'interrogeant sur le point de savoir si les opérations de l'entreprise en aval, si elles étaient indépendantes, seraient rentables si elles devaient payer le même prix que des entreprises concurrentes. L'application de ces tests à des marchés où même l'acteur dominant n'est pas rentable pose toutefois à un défi conceptuel majeur (Bostoen, 2018, p. 15^[63]).

Discrimination

95. Une entreprise verticalement intégrée peut également employer une stratégie de discrimination. Cela implique qu'un fournisseur dominant facture à ses concurrents en aval un prix supérieur à celui de ses propres opérations en aval (ou, alternativement, qu'un distributeur dominant en aval offre à ses concurrents en amont des prix inférieurs [NdT : n'est-ce pas plutôt supérieurs ?] à ceux de ses propres opérations en amont). Ce type de comportement peut donc **augmenter les coûts des rivaux**, en les forçant à augmenter les prix. Il atténue la pression concurrentielle qui s'exerce sur l'entreprise dominante et augmente ses marges, tout en augmentant les prix (ou en dégradant la qualité et en réduisant l'innovation) pour les consommateurs. En outre, la discrimination peut également s'exercer autrement qu'au moyen du prix, par exemple en réduisant l'accès préférentiel ou la qualité de l'intrant. Ce type de compression des marges est pris en considération dans l'UE, par exemple, mais ne l'est pas aux États-Unis, bien qu'une analyse similaire des préjudices ait été considérée dans le contexte de fusions verticales (voir, par exemple, Shapiro (2019^[73])).

96. Les autorités de la concurrence qui prennent ces théories du préjudice en considération soulignent qu'en général, il devrait être permis aux entreprises de choisir leurs partenaires commerciaux,³⁵ et qu'il existe des motifs légitimes justifiant que des entreprises facturent des prix discriminatoires, par exemple pour financer ou récupérer des investissements.³⁶ Dès lors, les autorités de la concurrence pourraient se concentrer sur les cas présentant les indices les plus clairs de préjudice potentiel, à savoir :

- Les cas dans lesquels l'intrant en question est **indispensable**, auquel cas la compression des marges pourrait être considérée comme un refus implicite de négocier (OCDE, 2009, p. 8^[71]) ;
- Les cas dans lesquels le comportement en cause entraîne la **sortie de concurrents (ou les dissuade d'entrer sur le marché)**, et ne se limite pas simplement à réduire leurs marges ; et
- Les cas qui entraîneraient des marges négatives pour des concurrents qui sont aussi efficaces que l'entreprise dominante.

97. Toutefois, les autorités de la concurrence qui disposent de ressources suffisantes et qui souhaitent prioriser des théories du préjudice liées à la compression des marges pourraient enquêter sur des cas sortant de ces limites. En particulier, le préjudice pour les consommateurs (en raison de prix plus élevés ou d'une qualité inférieure) peut résulter, dans certaines conditions, des comportements suivants : comportement qui implique l'accès à un intrant important mais non indispensable ; comportement qui ne conduit pas immédiatement à la sortie de concurrents, et comportement qui nuit à des concurrents moins efficaces (voir, par exemple, Bostoen (2018^[63])). En raison des incertitudes potentielles qui s'attachent à ces situations, certaines autorités de la concurrence ont préféré imposer des mesures correctives plus légères, par exemple en ordonnant de cesser d'appliquer les conditions discriminatoires en cause (OCDE, 2020, p. 10^[72]). Des règles d'accès non discriminatoires, par exemple l'imposition de la séparation opérationnelle des opérations de l'entreprise en amont et en aval, avec des mécanismes d'enchères pour l'intrant en question, ont également été évoquées. Toutefois, la question de savoir si ces mesures correctives sont efficaces pour remédier au préjudice concurrentiel demeure ouverte.

98. Bien qu'aucune affaire citant explicitement des théories du préjudice lié à la compression des marges n'ait été identifiée dans le contexte des marchés numériques au cours des travaux de préparation de cette note de référence, la théorie de l'exploitation discriminatoire d'une position dominante, citée par la Commission européenne dans l'affaire *Google Shopping*, pourrait être considérée dans ce contexte. Cette affaire est décrite dans l'Encadré 5 ci-dessous.

Encadré 5. L'affaire *Google Shopping* jugée par la Commission européenne

En juin 2017, la Commission européenne a infligé 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 vertical de comparaison de prix dans sa page de résultats de recherche. La théorie du préjudice considérée dans cette affaire était innovante.

La Commission a jugé que Google avait fourni un « avantage illégal » à son propre service de comparaison de prix, en rétrogradant les services concurrents et en présentant son propre service de manière plus favorable dans ses résultats de recherche. En particulier, la Commission a conclu que Google avait exploité sa position sur le marché de la recherche générale sur l'internet au bénéfice de son offre de services de comparaison de prix (qui a été considérée par la Commission comme un marché séparé du marché de la recherche générale). La Commission a identifié des preuves spécifiques de chutes du trafic des services concurrents de comparaison de prix en raison des pratiques de Google. La Commission a jugé que la pratique d'auto-préférence de Google avait évincé les sites concurrents de comparaison de prix du marché, réduisant ainsi le choix des consommateurs.

Il est intéressant de noter que la FTC américaine a réalisé une enquête sur les pratiques de Google en matière de recherche en ligne, mais a finalement clôturé son enquête sur des allégations de « biais de la recherche » sur Google.³⁷ La FTC a estimé que les changements apportés à la manière dont Google affiche désormais son contenu (par des changements dans l'algorithme et la présentation des résultats) peuvent être considérés comme des améliorations de la qualité du produit (résultats de recherche) et n'a pas considéré que les pratiques étaient anticoncurrentielles. L'autorité de la concurrence turque a également clos une enquête similaire.

Source : European Commission Decision in Case AT.39740. 27 June 2017, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

Principales considérations relatives à la compression des marges

- La compression des marges survient lorsqu'une entreprise dominante réduit les marges de ses concurrents. Elle peut prendre la forme de :
 - Subventions croisées. Dans ce cas, une entreprise disposant d'un pouvoir de marché en amont peut facturer des prix élevés à toutes les entreprises en aval, et facturer des prix bas pour son produit en aval. En conséquence, les coûts des concurrents seront plus élevés et les prix seront plus bas (ou non compétitifs). Ainsi, les bénéfices plus élevés de l'entreprise peuvent subventionner les prix plus bas en aval. Cette stratégie peut être considérée comme une pratique de prix prédateurs.
 - Discrimination. Dans ce cas, une entreprise offre des prix bas ou de meilleures conditions hors prix à son offre en aval par rapport à d'autres concurrents en aval. Ce comportement peut être qualifié de stratégie anticoncurrentielle visant à augmenter les coûts des concurrents dans certaines juridictions.
- Les affaires de compression des marges imposent d'examiner attentivement les effets potentiels sur les incitations à l'investissement, et pourraient se limiter aux cas où il est possible de démontrer un préjudice manifeste pour le consommateur.
- Les autorités peuvent souhaiter mettre l'accent sur les affaires impliquant des intrants essentiels (par opposition à des intrants importants) et le retrait de concurrents aussi efficaces, bien qu'il puisse exister des cas où la compression des marges qui ne satisfait pas à ces critères peut néanmoins causer un préjudice aux consommateurs.

4.4. Accords d'exclusivité et remises de fidélité

99. Certaines affaires d'abus de position dominante sur un marché numérique se sont concentrées sur les efforts déployés par une entreprise dominante afin d'obtenir l'exclusivité (ou au moins une part élevée des achats de clients) sur un marché. L'entreprise dominante peut viser soit un fournisseur (en s'assurant que le fournisseur vende uniquement à l'entreprise dominante) soit un client (en s'assurant que le client achète uniquement à l'entreprise dominante). Elle peut recourir pour ce faire à des clauses d'exclusivité explicites dans des contrats, ainsi qu'à des remises calculées sur la base du volume total d'achats du client ou de son propre volume d'achats auprès du fournisseur en question.

100. L'effet des accords d'exclusivité et des remises de fidélité sur la concurrence dépendra des circonstances spécifiques de chaque cas. Par exemple, ces mesures peuvent accroître l'efficacité, en empêchant de parasiter des investissements réalisés par des fournisseurs dans des procédés de distribution, ou en permettant une politique de prix plus efficace (voir, par exemple, OCDE (2016, pp. 6-7^[74])). Ces stratégies peuvent en effet intensifier la concurrence sur certains marchés traditionnels, par exemple en renforçant la concurrence entre différentes marques qui ont chacune des détaillants dédiés. Toutefois, les accords d'exclusivité et les remises de fidélité peuvent ne pas être le seul moyen d'atteindre ces objectifs, et certaines formes sont plus préjudiciables que d'autres (par ex., des remises basées sur le volume peuvent être plus justifiables que celles qui visent à conquérir une part des achats d'un client) (OCDE, 2016, p. 5^[74]).

101. Ces stratégies commerciales peuvent soulever des problèmes de concurrence étant donné que leur effet pratique peut être anticoncurrentiel, et qu'elles peuvent n'avoir aucune justification commerciale objective autre que l'exclusion de rivaux. Étant donné que leurs effets pratiques peuvent être identiques, les accords d'exclusivité et certains types de remises de fidélité seront traités ensemble dans les développements qui suivent. En particulier :

- **Une entreprise dominante peut établir des contrats de *fourniture exclusive* afin d'augmenter les coûts des rivaux.** Ces contrats d'exclusivité peuvent augmenter les coûts des rivaux de l'entreprise dominante et les empêcher de faire concurrence sur le marché. Par exemple, un contrat d'exclusivité peut refuser aux rivaux l'accès à un intrant clé (le même type d'intrant que celui qui donnerait lieu à des problèmes de refus de négocier décrits ci-dessus), ou à une part d'approvisionnement suffisante pour faire monter le coût de l'approvisionnement restant (Krattenmaker and Salop, 1986^[75]).

Dans l'affaire *Qualcomm* jugée par la Commission européenne en 2018, décrite dans l'Encadré 6 ci-dessous, ces problèmes ont été traités en fonction du point de savoir si le comportement en cause empêcherait une entreprise aussi efficiente que l'entreprise dominante de faire concurrence sur le marché, en raison de l'impact des conditions d'approvisionnement sur les marges. Dans cette affaire, le débat a porté en particulier sur la marge sur coût appropriée à utiliser : la Commission européenne a jugé que les coûts significatifs de recherche et développement requis dans ce marché devraient être incorporés dans tous tests prix-coût, tel le test du concurrent aussi efficient. Bien que cette affaire ait impliqué un ensemble relativement traditionnel de questions concernant un intrant physique, la Commission européenne a également condamné à une amende au titre de l'application par Google d'accords d'exclusivité avec des sites web tiers qui hébergeaient des annonces publicitaires.³⁸

- **Une entreprise dominante peut établir des contrats exclusifs ou des systèmes de remises avec des *clients* afin de priver des rivaux d'effets d'échelle ou de réseau.** Les stratégies d'exclusivité peuvent également avoir pour effet d'augmenter les coûts des rivaux, mais il est cependant difficile de différencier, sur le plan conceptuel, les cas dans lesquels une entreprise se livre simplement à une concurrence agressive des cas dans lesquels elle abuse de sa position dominante. Certains accords d'exclusivité ou certaines remises peuvent plutôt être traités comme une pratique de prix prédateurs – une stratégie de baisse de prix temporaire afin d'inciter des rivaux à sortir du marché, après quoi l'entreprise peut utiliser son pouvoir de marché accru pour facturer des prix plus élevés (la question sera plus amplement développée ci-dessous).

Toutefois, il existe d'autres cas dans lesquels des clauses d'exclusivité ou des remises n'impliquent pas que l'entreprise en question sacrifie ses profits à court terme (OCDE, 2016, pp. 8-9^[74]). Tel peut être le cas sur des marchés numériques multi-faces, par exemple lorsqu'une entreprise utilise des remises d'exclusivité sur une face du marché afin d'augmenter les coûts de ses rivaux, mais compense ses pertes sur un autre marché. Par exemple, Etro and Caffarra (2017^[76]) ont développé un modèle théorique pour analyser ces conditions dans les affaires *Google Android* (dans le cadre des procédures engagées par la Commission européenne et la Commission de la concurrence de l'Inde, décrites ci-dessous). Ce modèle montre comment une entreprise dominante peut utiliser des paiements d'exclusivité afin d'exclure des rivaux, et appliquer ensuite la stratégie du « diviser pour régner » afin de minimiser ces paiements d'exclusivité (ce qui suggère que tout sacrifice en termes de profit serait minime).

Plus généralement, les stratégies d'exclusivité posent un problème particulier sur les marchés numériques. Elles peuvent prendre des formes diverses, y compris des escomptes sous forme de services supplémentaires gratuits, et d'efforts pour limiter la portabilité des données ou la facilité avec laquelle des consommateurs peuvent utiliser de multiples services simultanément (le « multi-hébergement »). Étant donné qu'ils peuvent être utilisés afin d'empêcher des rivaux d'obtenir une base d'utilisateurs suffisante pour générer des effets de réseau, les accords d'exclusivité peuvent avoir pour effet d'augmenter les coûts encourus par les rivaux et de réduire la contestabilité du marché (OCDE, 2018, p. 22^[34]). D'autres auteurs ont suggéré qu'en empêchant les consommateurs d'avoir accès au multi-hébergement, les stratégies d'exclusivité peuvent accentuer la tendance des marchés à « basculer » dans un monopole (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019, pp. 72-73^[4]). Il peut donc être nécessaire de porter une attention particulière à l'effet de ce comportement sur les marchés numériques, et d'examiner s'il existe une justification économique de ce comportement au-delà de l'exclusion des rivaux (OCDE, 2018, p. 23^[34]).

- **Une entreprise dominante utilise des remises de fidélité pour imposer une « taxe » sur les ventes de ses rivaux.** Une entreprise dominante peut également offrir des remises aux consommateurs afin d'imposer une taxe sur les achats d'un client auprès de ses rivaux. Prenons le cas dans lequel une entreprise A offre à son client une remise sur tous ses achats d'un produit, aussi longtemps que ce client achète au moins 90 % de ce produit auprès de l'entreprise A. En conséquence, le client obtiendra cette remise s'il achète 100 unités du produit, dont 90 auprès de l'entreprise A. En revanche, si le client envisage d'acheter son 101^{ème} produit auprès de rivaux de l'entreprise A, le coût de ce produit sera substantiel : il inclura non seulement le prix du produit, mais également la remise perdue sur les 90 unités achetées auprès de l'entreprise A. Cette logique a inspiré la décision prise dans deux affaires de monopolisation aux États-Unis, dont l'une dans le secteur numérique impliquant Intel (voir, par exemple, OCDE (2016, p. 10^[74])). Ces remises peuvent être particulièrement préjudiciables si elles font explicitement référence à certains rivaux.

Encadré 6. L'affaire Commission européenne contre Qualcomm en 2018

En 2018, la Commission européenne a infligé une amende de 997 millions d'euros à l'entreprise Qualcomm après avoir constaté qu'elle avait abusé de sa position dominante en effectuant des paiements d'exclusivité à Apple, un client clé. La Commission a d'abord établi la position dominante de Qualcomm en ce qui concerne les jeux de puce à bande de base LTE, qui sont un composant des téléphones mobiles. La position dominante de Qualcomm était illustrée par ses parts de marché et ses importantes barrières à l'entrée, notamment : la possession de brevets essentiels aux normes et l'accès à d'autres licences de technologie, et l'importance de vendre un portefeuille de produits (ainsi, les nouveaux venus offrant un seul produit auraient du mal à être compétitifs). En outre, la Commission a estimé que la puissance d'achat n'était pas suffisante pour limiter la position dominante de Qualcomm.

L'affaire portait sur les paiements d'exclusivité effectués par Qualcomm à Apple, qui prendraient fin si Apple introduisait un téléphone avec un jeu de puces concurrent. La Commission a examiné des éléments de preuve qui suggéraient qu'Apple envisageait de changer de fournisseur, mais en a été dissuadée en raison des rabais consentis par Qualcomm. Compte tenu de la grande importance d'Apple en tant que client, qui représente en moyenne un tiers du marché, la Commission a constaté que les paiements d'exclusivité de Qualcomm avaient une incidence sur l'ensemble du marché. En effet, les paiements empêchaient les concurrents d'être compétitifs sur le marché.

La Commission a déterminé que ce comportement portait préjudice aussi bien aux concurrents qu'aux consommateurs sur le marché. Qualcomm a fourni une analyse de marge afin de soutenir que son comportement n'aurait pas empêché un concurrent aussi efficace d'être en lice pour les activités d'Apple. Toutefois, la Commission a estimé que ce test n'était pas fiable, étant donné qu'il ne tenait pas compte des coûts de R&D et qu'il surestimait la contestabilité de certaines parties du marché. De manière plus générale, la Commission a constaté que Qualcomm n'avait pas démontré que les paiements d'exclusivité présentaient des avantages pour les consommateurs qui l'emporteraient sur le potentiel de préjudice.

Source : Décision de la Commission européenne dans l'affaire AT.40220, 24 janvier 2018, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40220/40220_2702_4.pdf.

102. Ainsi qu'il a été observé ci-dessus, les stratégies d'exclusivité et de fidélité peuvent avoir pour effet de renforcer la concurrence dans certains cas. Sur les marchés numériques, elles peuvent conduire à une concurrence vigoureuse pour conquérir chaque consommateur (plutôt qu'une part des dépenses de chaque consommateur) et à une concurrence pour le marché – en d'autres termes, une tendance des entreprises à se livrer une concurrence agressive pour devenir un acteur dominant sur un marché (autrement dit, la « concurrence pour l'exclusivité » (OCDE, 2018, p. 117^[34])). La position dominante en résultant devrait toutefois être temporaire s'il existe une concurrence pour le marché. Si des stratégies d'exclusivité sont utilisées pour dénier à des rivaux potentiels la capacité à contester la position d'une entreprise dominante en les empêchant de générer une base donnée d'effets de réseau, ce type de concurrence pourrait être sapé. Ainsi, pour pouvoir évaluer les impacts sur les consommateurs (cette évaluation n'étant pas requise dans toutes les juridictions), il faudra examiner soigneusement si une entreprise utilisant ces stratégies est soumise à une pression concurrentielle de la part d'entrants potentiels (et si la stratégie d'exclusivité empêche l'entrée sur le marché). En l'absence de cette pression, certaines stratégies d'exclusivité peuvent empêcher la concurrence *dans* le marché, auquel cas elles sont

susceptibles de léser les consommateurs et d'exiger des mesures correctives. Ces mesures correctives pourraient, par exemple, imposer l'obligation de cesser d'effectuer des paiements d'exclusivité ou d'imposer ces accords aux clients (Etro and Caffarra, 2017^[76]).

4.4.1. Sources potentielles de preuves dans les affaires d'exclusivité et de remises de fidélité

103. Le **Error! Reference source not found.** 4 ci-dessous résume certaines sources potentielles de preuves afin d'évaluer les théories du préjudice lié à des accords d'exclusivité et des remises de fidélité.

Tableau 4. Sources potentielles de preuves pour les cas d'exclusivité et de remises de fidélité

Point à évaluer	Sources des preuves
Relations commerciales et habitudes d'achat	- Informations relatives aux habitudes d'achat des consommateurs (demandes d'informations, données sur les ventes avant et après le comportement concerné, entretiens) ou aux accords d'approvisionnement actuels et antérieurs (contrats de vente et données sur les ventes) - Informations concernant l'impact du comportement sur les prix (prix courant, moyenne payée par les consommateurs) et autres facteurs non tarifaires (y compris les conditions du contrat de vente) - Informations relatives à la stratégie commerciale associée au comportement (documents internes, commentaires publics) - Informations sur l'étendue de la remise ou de la clause d'exclusivité (quelle est la part du marché offerte ? Quelle part concerne les clauses d'exclusivité ou les remises de fidélité ? Quel est le montant des remises de fidélité éventuelles ?)
Effets de réseau et économies d'échelle	- Informations relatives à l'importance des effets de réseau pour la qualité des produits et la génération de revenus (documents internes et demandes d'informations, enquêtes auprès des consommateurs) - Informations fournies par des entrants récents, des entrants potentiels ou ceux ayant échoué concernant le rôle des effets de réseau et des économies d'échelle dans la possibilité d'entrer dans un marché (business plans, données financières, analyses de l'impact du comportement sur le volume des entrants)
Effets sur les consommateurs	- Informations concernant le modèle d'entreprise et la qualité des produits des concurrents potentiels ou des concurrents dont la sortie a eu lieu après le comportement concerné - Identification des gains d'efficience résultant des accords d'exclusivité ou de fidélité et de leur effet sur les consommateurs (demandes d'informations concernant les investissements réalisés qui justifient l'exclusivité, impact sur les prix moyens et les conditions moyennes)

Principales considérations relatives aux clauses d'exclusivité et aux remises de fidélité

- Les accords d'exclusivité et les remises de fidélité peuvent viser soit les achats d'un client auprès d'entreprises concurrentes, soit les ventes d'un fournisseur à des entreprises concurrentes. Ils peuvent générer des gains d'efficacité et, dans certains cas, renforcer la concurrence. À titre d'exemple, les accords d'exclusivité peuvent conduire à une concurrence vigoureuse *pour le consommateur*, plutôt qu'à une concurrence pour une part des achats du consommateur.
- Sur les marchés numériques, toutefois, plusieurs types de préjudices concurrentiels peuvent émerger.
 - Une entreprise dominante peut utiliser des contrats d'exclusivité avec des fournisseurs afin d'augmenter les coûts des intrants pour ses concurrents.
 - Dans d'autres cas, une entreprise dominante peut utiliser des clauses d'exclusivité ou des remises de fidélité pour priver ses concurrents d'effets d'échelle ou de réseau suffisants pour leur faire concurrence. Sur les marchés numériques, cela peut prendre la forme de stratégies d'exclusivité de facto qui limitent le multi-hébergement des consommateurs et, dès lors, entraîner le basculement d'un marché dans le monopole.
 - Les rabais et remises de fidélité peuvent également servir à imposer effectivement une taxe sur les prix des concurrents : une théorie qui a été appliquée dans le secteur numérique.

4.5. Ventes liées et groupées

104. Les produits numériques présentent souvent une modularité ou des liens avec d'autres produits, que ce soit sous la forme de matériel informatique, de logiciel ou de services basés sur l'internet. Ces liens proviennent du côté de la demande, par exemple lorsqu'un produit en complète un autre en fournissant des fonctionnalités supplémentaires. Les liens peuvent également émerger du côté de l'offre, étant donné que les produits peuvent utiliser des intrants similaires (par ex., des technologies brevetées, des composants, des programmes ou l'accès aux utilisateurs).

105. En général, si les consommateurs actuels ou potentiels de différents produits numériques se recoupent, les entreprises peuvent être incitées à lier³⁹ ou grouper⁴⁰ ces produits en les vendant ensemble. Si l'entreprise dispose d'un pouvoir de marché sur l'un des produits au moins, il est possible que la vente liée ou groupée puisse nuire aux consommateurs et à la concurrence. Plus précisément, une entreprise pourrait *exploiter* son pouvoir de marché sur un marché pour verrouiller la concurrence sur un autre marché. Ce préjudice ne surviendra que dans certaines situations particulières (plus amplement décrites dans l'Encadré 7 ci-dessous), de telle sorte que les problèmes d'abus de position dominante impliquant des ventes liées et groupées sont évalués sur la base de leurs effets probables – en d'autres termes, l'utilisation de ces stratégies par une entreprise dominante ne peut pas toujours être présumée préjudiciable pour la concurrence.

Encadré 7. Scénarios d'éviction par la pratique des ventes liées ou groupées

Les économistes ont amplement étudié les effets anticoncurrentiels potentiels des ventes liées et groupées. Les personnes formées à l'école de Chicago ont laissé entendre qu'une entreprise n'aurait jamais intérêt à évincer ses concurrents en liant ou en groupant un produit monopolistique avec un autre produit. Par exemple, si les produits sont complémentaires et que le marché du produit non monopolistique de l'entreprise est concurrentiel, alors l'entreprise n'aura pas besoin de grouper ou de lier les produits pour obtenir le bénéfice monopolistique pour le « système » des deux produits. Si les produits sont de faibles substituts ou sont sans lien entre eux, une logique similaire devrait s'appliquer : les ventes liées ou groupées pourraient en fait réduire les bénéfices de l'entreprise – voir, par exemple, Neven (2005, pp. 22-23^[77]). Ainsi, toute vente liée ou groupée par une entreprise serait justifiée par des gains d'efficacité, tels que des économies d'échelle, la protection du fonds de commerce (par exemple, la protection de la réputation d'un produit en empêchant la vente de compléments de mauvaise qualité) ou une discrimination par les prix visant à améliorer l'efficacité, plutôt que l'exclusion de concurrents (Holzweber, 2018, p. 349^[28]).

Des recherches ultérieures ont cherché à identifier des scénarios dans lesquels cette logique ne s'applique pas, et donc où les ventes liées et groupées peuvent servir à éliminer la concurrence. Ces scénarios, courants sur les marchés numériques, comprennent :

- **En cas de concurrence imparfaite sur le marché non monopolistique**, suggérant que des bénéfices supplémentaires peuvent être tirés des ventes liées ou groupées (Martin, 1999^[78]). Par exemple, d'importantes barrières à l'entrée sur le marché non monopolistique pourraient rendre les ventes liées ou groupées rentables dans certaines conditions – voir OCDE (2020, p. 16^[79]).
- **Lorsque le produit lié au produit monopolistique est un complément à des usages extérieurs**. Prenons l'exemple d'un produit complémentaire qui peut être utilisé soit comme produit autonome, soit comme complément au produit monopolistique. Les ventes liées ou groupées pourraient priver les concurrents de toute vente du complément lorsque les consommateurs ont l'intention de l'utiliser avec le produit monopolistique. Dans certains cas, cela pourrait signifier que les concurrents n'ont pas une taille suffisante pour opérer de manière rentable sur le marché, et qu'ils vont donc se retirer. Un tel résultat peut constituer un risque particulier lorsque les produits forment un système, par exemple lorsque le logiciel est lié à un produit matériel et n'est pas compatible avec d'autres systèmes matériels. Cette situation pourrait empêcher les producteurs de matériel concurrents d'opérer (Church, 2008^[80]).
- **Lorsqu'il y a des achats répétés du produit non monopolistique**, par exemple lorsque les consommateurs ont tendance à acheter de nouvelles versions ou des mises à jour (Carlton and Waldman, 2005^[81]).
- **Lorsqu'il existe de forts effets de réseau**, qui pourraient rendre les ventes liées ou groupées rentables afin de priver les concurrents d'effets de réseau suffisants (Bourreau and de Streel, 2019^[82]).

- **Lorsque l'entreprise a un pouvoir de marché, mais n'a pas le monopole sur le marché d'origine.** Les ventes liées et groupées peuvent être une stratégie rentable, notamment si les deux produits sont complémentaires (Neven, 2005, p. 38^[77]).

Bien que ces facteurs suggèrent que les entreprises peuvent théoriquement être incitées à lier ou à grouper des produits pour des raisons purement anticoncurrentielles, en réalité, il existe souvent des justifications commerciales à ce comportement. Il n'est donc pas toujours simple de déterminer quel effet est relativement plus important, et l'impact global correspondant sur les consommateurs.

106. Les ventes liées et groupées ont longtemps été au centre des affaires d'abus de position dominante dans le secteur numérique. Par exemple, le ministère américain de la justice a engagé une procédure contre Microsoft, concernant le lien entre Internet Explorer et le système d'exploitation Windows (décrite dans l'Encadré 8 ci-dessous), et ce dès 1998.⁴¹ Les récentes affaires impliquant les nouveaux géants du numérique laissent penser que ces préoccupations continueront d'être au centre de l'application de la législation sur les abus de position dominante.

Encadré 8. L'affaire US Department of Justice contre *Microsoft*

En octobre 1998, le ministère de la Justice des États-Unis a poursuivi Microsoft Corp. pour sa pratique consistant à lier le système d'exploitation Windows avec le navigateur Internet Explorer. La théorie du préjudice était axée sur la manière dont une entreprise pourrait utiliser une stratégie de vente liée dans le but de protéger sa position dominante sur le marché des produits liants. Microsoft a été accusée de limiter l'expansion de Netscape Navigator (un navigateur Internet concurrent) parce que le middleware sous-jacent (Java) utilisait un langage de programmation qui permettait aux applications de s'exécuter sur plusieurs systèmes d'exploitation. En d'autres termes, Microsoft se sentait menacée parce qu'un éventuel succès de Netscape aurait encouragé les développeurs (et les utilisateurs) à utiliser Java, créant la base nécessaire à l'expansion de nouveaux systèmes d'exploitation.

Au cours du procès en première instance, le District Court (tribunal de district) (DC) a estimé que Microsoft détenait un pouvoir monopolistique sur le marché des systèmes d'exploitation et a déclaré la vente liée illégale en soi. La mesure corrective imposée consistait en une scission de Microsoft en deux unités différentes : l'une proposant des systèmes d'exploitation et l'autre des logiciels. La Cour d'appel a rejeté la décision du DC, et imposé une évaluation selon la règle de raison. La Cour a contesté le jugement de première instance au motif qu'il ne tenait pas compte des gains d'efficacité potentiels découlant de la vente liée (y compris les avantages pour les consommateurs), qui pouvaient avoir compensé d'éventuels effets anticoncurrentiels. En novembre 2001, Microsoft a réglé l'affaire en transigeant avec le ministère de la Justice, qui a en partie obligé la société à partager ses interfaces de programmation d'applications (API) avec d'autres sociétés.

Source : Extrait de OCDE (2018, p. 56^[83]), sur la base de *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34.

107. Les marchés numériques présentent certaines caractéristiques qui pourraient rendre les stratégies de ventes liées et groupées plus attrayantes. En particulier, la présence d'économies d'échelle et d'envergure, de faibles coûts marginaux, les effets de réseau et les boucles de rétroaction sont autant de facteurs qui accroissent les incitations d'une entreprise à regrouper des produits. En outre, la nature des produits numériques pourrait faciliter la mise en œuvre technique de ventes liées et groupées – la conception même du produit peut être utilisée pour limiter l'interopérabilité, et créer un écosystème ou une interface fluide entre différents produits.

108. À titre d'exemple, les ventes groupées et liées peuvent augmenter la base d'utilisateurs du produit lié (c'est-à-dire le produit sur le marché concurrentiel) et générer des effets de réseau. Cette stratégie pourrait être particulièrement puissante si le marché numérique en question présente une boucle de rétroaction, grâce à laquelle les gains d'utilisateurs ou de rendement en viennent à s'auto-renforcer. Par exemple, gagner des utilisateurs sur une plateforme de contenu donnée augmenterait la valeur de cette plateforme pour les annonceurs, et les ressources accrues générées grâce aux annonceurs pourraient servir à améliorer la qualité du contenu, ce qui accroîtrait encore la base d'utilisateurs et d'annonceurs, ce qui ferait redémarrer le cycle de renforcement.

109. Les ventes groupées et liées qui génèrent des économies d'envergure pourraient également être une stratégie de renforcement ou de protection du pouvoir de marché d'une entreprise sur son marché d'origine (Condorelli and Padilla, 2019, pp. 28-29^[13]). La concurrence dynamique et l'innovation pourraient s'en trouver limitées sur les marchés affectés – voir, par exemple, OCDE (2020, pp. 19-20^[79])

4.5.1. Identifier les ventes liées et groupées sur les marchés numériques

110. Les liens entre les produits sont si courants sur les marchés numériques qu'il peut être difficile de distinguer ce qui constitue une vente liée ou groupée et ce qui ne l'est pas. En particulier, les théories du préjudice lié aux ventes liées et groupées exigent qu'il existe deux produits distincts. Toutefois, si une nouvelle caractéristique ou fonction est ajoutée à un produit numérique, doit-on la considérer comme un produit séparé qui est groupé avec le produit d'origine ? Pour répondre à cette question, il faut déterminer si cette nouvelle caractéristique ou fonction est offerte à titre autonome par d'autres entreprises opérant dans le marché (Akman, 2017, p. 346^[51]). Il est en outre possible d'interroger les consommateurs ou de faire des enquêtes de marché pour déterminer s'il existe une demande pour le produit, et s'il est offert à titre autonome et non pas groupé avec un autre produit (Holzweber, 2018, p. 356^[28]). Cette approche présente l'avantage de ne pas exiger de se livrer à un exercice de définition du marché pour chaque produit.

111. La Commission européenne a dû examiner cette question délicate (existe-t-il deux produits distincts ou non ?) dans l'affaire *Google Shopping*, décrite dans l'Encadré 5 ci-dessus. Dans cette affaire, le débat portait sur le point de savoir si les produits de recherche générale et les produits spécialisés de comparaison de prix étaient des produits distincts. Pour trancher la question, il faut comprendre clairement l'usage que les consommateurs font de chacun des produits, leur fonctionnalité, leur complémentarité potentielle (par opposition avec leur substituabilité), comment ils sont vendus aux clients et si les clients les achèteraient séparément (Akman, 2017, pp. 346-349^[51]).

112. En outre, il peut être difficile de déterminer quel type de pratique constitue une vente liée et groupée. Des clauses contractuelles qui obligent les consommateurs à acheter une certaine quantité d'un produit A pour pouvoir acheter son produit complémentaire B sont des exemples flagrants de vente liée. Toutefois, les pratiques de ventes liées et groupées peuvent être plus subtiles sur les marchés numériques. Par exemple, si un produit présente une compatibilité limitée ou ne présente aucune compatibilité avec les produits complémentaires

produits par un concurrent, quand y-a-t-il vente liée ou groupée constitutive d'un abus de position dominante (ou, plutôt, compression des marges) ? Poser cette question est crucial pour éviter une mauvaise interprétation des réalités d'un marché numérique (par exemple, en confondant vente liée et groupée avec la combinaison d'intrants afin de créer un produit final, par opposition avec un écosystème de produits), ce qui peut conduire à des enquêtes erronées et à un gaspillage de ressources, et nuire potentiellement au climat de certitude nécessaire aux milieux d'affaires et aux incitations à investir.

113. Pour répondre à cette question, les autorités de la concurrence peuvent examiner plusieurs indicateurs.

- En premier lieu, y-a-t-il jamais eu compatibilité avec des produits complémentaires d'autres entreprises ? Si tel est le cas, la faisabilité de la compatibilité serait établie et on pourrait alors se poser la question de savoir si l'entreprise a pris la décision explicite de mettre un terme à la compatibilité. Cela suggérerait qu'une subordination technique a été mise en place.
- En second lieu, s'il existe une preuve que le complément est viable, par exemple en raison de sa compatibilité avec d'autres produits rivaux, cela pourrait également indiquer une décision de procéder à une vente liée.
- En troisième lieu, les documents internes d'une entreprise peuvent servir à éclairer le contexte. Par exemple, y-a-t-il jamais eu une intention de permettre la compatibilité avec des compléments extérieurs ? Dans l'affirmative, le manque de compatibilité actuelle est-il le résultat d'une décision explicite de mettre un terme à cette compatibilité pour procéder à des ventes liées ou groupées, ou est-il dû à d'autres facteurs comme le manque de faisabilité technique ?

114. Ces questions peuvent aider à déterminer s'il y a réellement eu vente liée ou groupée, mais une analyse plus poussée est nécessaire pour comprendre l'effet de ces stratégies sur un marché.

115. Les ventes liées et groupées peuvent également prendre de nouvelles formes sur les marchés numériques, comme l'ont soutenu certains auteurs. Cette idée a été inspirée par les données sur certains biais influençant les consommateurs, qui peuvent être particulièrement prononcés lorsqu'ils utilisent des services numériques. En particulier, les consommateurs peuvent être « poussés » à acheter certains produits ensemble, plutôt que d'être soumis à des liens créés par des méthodes contractuelles ou technologiques (par ex., une compatibilité limitée) (Holzweber, 2018, p. 353^[28]). La tendance des consommateurs à retenir l'option par défaut, ce qui affectera leurs décisions futures du fait de ce défaut, est bien documentée – voir, par exemple, Steffel et al (2016^[84]). Dès lors, des stratégies comme la pré-installation d'un produit complémentaire sur un système pourraient avoir les mêmes effets pratiques sur un marché qu'une vente liée (tel était le problème soulevé, par exemple, dans la plainte du ministère de la Justice américain contre *Microsoft*).

116. D'autres questions relatives aux biais influençant les décisions des consommateurs se sont posées dans l'affaire *Google Shopping*, où la Commission européenne a retenu dans sa décision que très peu de consommateurs consultent des résultats de recherche au-delà de la première page. Ce constat suggérerait que le placement en tête des résultats de recherche avait un impact fondamental sur les choix des consommateurs. Le fait de réserver à ses propres produits un placement en tête des résultats de recherche, pratique souvent désignée sous le terme d'« auto-préférence », a été caractérisé par certains comme une stratégie de vente liée (et a été considéré comme ayant des « effets similaires » dans la décision de la Commission⁴²).

117. Toutefois, certains auteurs ont posé la question de savoir si ces stratégies peuvent réellement être assimilées à une vente groupée ou liée en l'absence de toute contrainte – en d'autres termes, si un « encouragement » est réellement équivalent à des formes plus traditionnelles de vente liée, comme des clauses figurant dans des contrats formels (Akman, 2017, p. 310^[51]). Le fait de rétrograder la position de rivaux dans le classement des résultats de recherche constitue-t-il une vente liée ? Il se peut que la contrainte puisse être établie dans certains systèmes juridiques étant donné que les consommateurs n'ont pas le choix en ce qui concerne l'obtention du produit ou service groupé (par ex., lorsqu'ils consultent les résultats de recherche sur le service de comparaison de prix de Google) (Iacobucci and Ducci, 2019, p. 29^[5]). Toutefois, cette question dépendra en grande partie des conditions de chaque cas particulier.

118. L'effet d'un encouragement (telle la pré-installation ou l'affichage proéminent de certaines options) peut être conceptualisé comme une forme classique de vente groupée – une vente groupée mixte. Cette stratégie implique d'offrir des produits séparément, ou avec un rabais. Ainsi, les consommateurs ne sont pas obligés d'acheter tous les produits groupés, mais sont incités à ce faire. Lorsque les consommateurs sont encouragés à acheter des produits groupés numériques, ils sont incités à le faire pour des raisons de commodité (par ex., en économisant des frais de recherche pour trouver un produit et l'installer). Ces encouragements sont particulièrement importants dans les marchés des produits numériques qui sont offerts aux consommateurs à un prix égal à zéro, étant donné que le rabais au titre de l'achat groupé ne peut pas prendre la forme d'une réduction du prix, mais doit plutôt se présenter sous la forme de caractéristiques hors prix (Iacobucci and Ducci, 2019, p. 23^[5]). Ces stratégies peuvent conduire aux pires résultats pour les consommateurs dans certaines conditions, comme les décrivent les développements ci-dessous.

4.5.2. Théories du préjudice lié aux ventes liées et groupées sur les marchés numériques

119. Dans de nombreux cas, les ventes liées et groupées n'auront pas d'effets anticoncurrentiels, ou au moins généreront des efficacités significatives. Toutefois, la pratique de ventes liées et groupées par une entreprise peut, sous certaines formes, avoir pour effet de verrouiller la concurrence. Chacune de ces formes s'applique à certaines caractéristiques des marchés numériques qui, ainsi qu'il a été décrit ci-dessus, les fait s'éloigner de l'idéal économique d'un marché parfaitement concurrentiel.

120. Les effets de réseau constituent un point focal des théories du préjudice lié aux ventes liées et groupées sur les marchés numériques. Si les effets de réseau sont importants, la valeur d'un produit dépendra du nombre de consommateurs qui l'utilisent. Cela peut conduire à des marchés plus concentrés, voire même à une dynamique de concurrence pour le marché, dans des conditions normales. Toutefois, les effets de réseau peuvent également inciter les entreprises à essayer de verrouiller la concurrence au moyen de ventes liées et groupées. En particulier, les entreprises peuvent pratiquer des ventes liées pour priver leurs rivaux de la base d'utilisateurs et des effets de réseau suffisants afin de leur permettre de se livrer à une concurrence efficace. Si ces ventes liées sont plus profitables en raison de la sortie de concurrents qu'en raison des effets de réseau supplémentaires qu'elles génèrent, elles sont anticoncurrentielles. L'identification de ces situations exigera une bonne compréhension de la stratégie de l'entreprise et de la valeur que l'entreprise accorde à l'acquisition d'une base d'utilisateurs supplémentaires pour le produit groupé.

121. Sur les marchés numériques où il existe des barrières à l'entrée, les ventes liées peuvent également être une stratégie empêchant l'entrée des concurrents sur le marché. Tel peut être le cas si deux produits complémentaires ne peuvent pas être utilisés séparément. Si une entreprise détenant un pouvoir de marché sur un produit (le produit A) le lie à son complément (le produit B), les entrants potentiels sur le marché pour le produit B seront dissuadés d'entrer sur ce marché (Nalebuff, 2004^[85]). En effet, il n'y aura aucune demande pour le produit B sans le produit A. Dès lors, tout entrant potentiel devra produire à la fois le produit A et le produit B, ce qui peut représenter un défi insurmontable s'il existe des barrières substantielles à l'entrée. Plus généralement, la capacité des concurrents à égaler la composition d'un groupe de produits déterminera si la pratique de vente liée ou groupée d'une entreprise a des effets anticoncurrentiels.

122. Une stratégie similaire peut être utilisée par une entreprise afin d'exploiter sa position de monopole (ou au moins un fort pouvoir de marché) sur un marché afin d'entrer sur un autre marché et d'en évincer ensuite ses concurrents. Cette stratégie, baptisée « enveloppement de plateforme » (Eisenmann, Parker and Van Alstyne, 2011^[86]), est souvent centrée sur la volonté de priver les concurrents de l'accès aux utilisateurs en pratiquant des ventes liées ou groupées. Cette stratégie peut être profitable particulièrement si les différentes catégories d'utilisateurs se recoupent dans une très grande mesure, ou si des économies d'envergure substantielles permettent à des entreprises d'accorder des rabais sur le prix des produits groupés. Comme dans le cas de la stratégie visant à dissuader d'entrer sur le marché, qui a été décrite ci-dessus, les concurrents ne peuvent généralement réagir à cette stratégie qu'à condition de pouvoir trouver des moyens de développer un produit rival sur le marché où l'entreprise pratiquant des ventes liées détient un pouvoir de marché.

123. En raison de leur caractère multi-faces, les marchés numériques peuvent rendre l'évaluation des théories du préjudice particulièrement complexe lorsqu'il s'agit des ventes liées et groupées. Sur certaines plateformes, par exemple, une augmentation du nombre d'utilisateurs sur une face générera des bénéfices pour l'autre face, mais l'inverse n'est pas vrai (en d'autres termes, les externalités de la demande multiplateforme ne circulent que dans une direction). Dans ces cas, la face qui bénéficie des externalités subventionnera généralement l'autre face. Les ventes groupées pourraient en fait être une stratégie visant à augmenter la consommation lorsque des subventions ne sont pas possibles, par exemple si le prix est déjà égal à zéro et s'il n'est donc pas possible d'effectuer des paiements à des consommateurs (Choi and Jeon, 2018^[87]).

124. Dans d'autres cas, la pratique de ventes groupées peut servir à exploiter un pouvoir de marché sur une face du marché afin d'avoir accès à un nouveau groupe de consommateurs sur l'autre face (par ex., en groupant des résultats de recherche spécialisée avec des résultats de recherche générale afin de réaliser des ventes à un nouveau groupe d'annonceurs spécialisés, c'est-à-dire l'interprétation de l'affaire *Google Shopping* proposée par Iacobucci and Ducci (2019, pp. 35-37^[5])). Ces situations ne cadrent pas avec les théories de l'école de Chicago décrites ci-dessus, étant donné que les ventes groupées peuvent générer des gains supplémentaires, même si l'entreprise est déjà un monopoleur sur un marché. Une étude, qui cherchait à explorer les conditions du marché dans le cadre des affaires *Google Android* en Europe (impliquant le groupage du système d'exploitation Android avec une suite d'applications et un moteur de recherche Google – voir l'Encadré 9 ci-dessous) est parvenue à la conclusion que les ventes liées ou groupées peuvent être une stratégie profitable qui réduit le bien-être des consommateurs. En particulier, les auteurs ont constaté que dans certaines circonstances, ces ventes peuvent provoquer une hausse des prix, réduire les incitations à l'innovation, et empêcher les consommateurs de choisir des produits de remplacement non groupés qui offrent une qualité supérieure (Etro and Caffarra, 2017^[76]).

125. Certaines caractéristiques supplémentaires des marchés en cause peuvent aider à déterminer la probabilité d'un préjudice pour la concurrence. Par exemple, l'efficacité du groupage pourrait être évaluée en fonction du point de savoir si les consommateurs sont empêchés de bénéficier du multi-hébergement, en raison de ce groupage, ou s'ils peuvent aisément trouver des substituts. En outre, il faudra pouvoir définir clairement la force des effets de réseau pour comprendre l'effet produit sur les consommateurs. Akman (2017^[51]) compare les décisions de la Commission européenne concernant Google avec sa procédure relative au groupage par Microsoft du système d'exploitation Windows avec Windows Media Player. Dans cette dernière procédure, la Commission européenne a considéré que le préjudice était plus clairement établi, étant donné que des alternatives installées par un utilisateur n'auraient pas la même fonctionnalité que Windows Media Player préinstallé, et que le groupage privait des lecteurs multimédia concurrents de l'envergure suffisante (et donc des effets de réseau) (Akman, 2017, pp. 352-353^[51]). L'Encadré 10 ci-dessous donne un résumé de cette affaire.

Encadré 9. L'affaire *Google Android* – Commission européenne et Commission de la concurrence de l'Inde

Commission européenne

La Commission européenne a infligé une amende de 4,34 milliards d'euros à Google pour abus de position dominante, après avoir constaté que Google imposait des restrictions contractuelles illégales aux fabricants d'appareils Android et aux opérateurs de réseau. La Commission a constaté que trois types de restrictions qui visaient à « garantir que le trafic sur les appareils Android » soit dirigé vers le moteur de recherche Google, renforçant ainsi sa position dominante sur le marché de la recherche générale sur l'Internet.

1. Vente liée contractuelle illégale : Google a conditionné l'accès à sa boutique d'applications en ligne (Play Store) à la pré-installation de son application Google Search et du navigateur Google Chrome sur les appareils Android. Il existe donc deux cas de vente liée illégale (de l'application Google Search et du navigateur Google Chrome). La pré-installation des applications n'encourage pas les fabricants et les utilisateurs à télécharger des applications concurrentes, ce qui porte préjudice à la concurrence.
2. Paiements illégaux : Google a effectué des paiements illégaux aux fabricants d'appareils et aux opérateurs de réseaux mobiles pour assurer l'installation exclusive de son application Google Search. Cette stratégie a contribué à évincer les concurrents du marché.
3. Empêcher les fabricants d'installer des versions non approuvées d'Android, un système d'exploitation open-source. Cette restriction a entravé le développement et la distribution de solutions alternatives, car les fabricants étaient contraints d'utiliser le système d'exploitation Android de Google.

Le marché de produits en cause ne comprenait pas les systèmes d'exploitation « sans licence » tels que le système d'exploitation d'Apple (iOS). Ces systèmes n'étaient considérés que comme des contraintes concurrentielles indirectes pour Google, étant donné que les fabricants d'appareils ne passent pas d'un système à l'autre.

Source : Communiqué de presse de la Commission européenne : *Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 4.34 milliards d'euros pour pratiques illégales concernant les appareils mobiles Android en vue de renforcer la position dominante de son moteur de recherche*, 18 juillet 2018, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4581 , Décision de la Commission européenne dans l'affaire AT.40099, 18 juillet 2018, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf.

Commission de la concurrence de l'Inde (en cours)

Le 26 avril 2019, la Commission de la concurrence de l'Inde (CCI) a ordonné une enquête approfondie sur les allégations d'abus de position dominante de Google sur le marché des systèmes d'exploitation mobiles. La CCI avait mené une enquête préliminaire sur le comportement de Google par rapport à son système d'exploitation mobile Android. La CCI avait conclu que Google a abusé de sa position dominante en exigeant des fabricants d'appareils Android qu'ils préinstallent les services mobiles de Google (GMS). Selon la CCI, ce comportement a empêché le développement d'applications ou de services mobiles concurrents et l'accès à ceux-ci, en violation de l'article 4 de la loi sur la concurrence de 2002.

Source : Commission de la concurrence de l'Inde, Ordonnance en vertu de la Section 26(1) de la loi sur la concurrence de 2002 dans l'affaire no. 39 de 2018, 16 Avril 2019, <https://www.cci.gov.in/sites/default/files/39-of-2018.pdf?download=1>

Encadré 10. L'affaire *Microsoft/Windows Media Player* – Commission européenne

La Commission européenne a engagé des poursuites contre Microsoft cinq ans après la procédure engagée par le ministère américain de la justice pour accords d'exclusion. Dans l'UE, l'accent a été mis sur le refus de fournir des informations relatives à l'interopérabilité et sur la subordination technique.

La Commission a relevé que Microsoft détenait une part de marché de 90 % sur le marché des systèmes d'exploitation. Elle a soutenu que Microsoft a utilisé cette position pour abuser de sa position dominante de deux manières, en évinçant des concurrents.

1. La Commission a estimé que Microsoft avait abusé de sa position sur le marché des systèmes d'exploitation en liant son lecteur multimédia Windows Media Player à son système d'exploitation de bureau (deux produits distincts [voir paragraphes 873-882]). Les concurrents produisaient des lecteurs de médias distincts des systèmes d'exploitation. Les utilisateurs ne pouvaient pas acheter le système d'exploitation sans le lecteur multimédia. Selon la Commission, les utilisateurs étaient donc contraints d'utiliser le lecteur multimédia de Windows plutôt que celui d'un concurrent. Le Tribunal de première instance a expliqué que l'article 102 entendait « interdire à une entreprise dominante de renforcer sa position en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites » [paragraphe 1070].
2. La Commission a également considéré que Microsoft avait abusé de sa position dominante en refusant de fournir des informations sur l'interopérabilité et d'autoriser l'utilisation de ces informations par ses concurrents sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupes de travail. Ce refus a empêché les concurrents de développer et de distribuer des produits potentiellement en concurrence avec les produits de Microsoft sur ce marché. La Commission s'est ainsi écartée de l'approche qu'elle avait adoptée dans de précédentes affaires de refus de fourniture.

Le Tribunal de première instance a imposé des mesures correctives et infligé une amende de 497 millions d'euros. Il a ordonné à Microsoft de fournir des informations sur l'interopérabilité et de proposer une version de son système d'exploitation sans le lecteur multimédia de Windows. Microsoft a fait appel de la décision de la Commission, mais cette décision a été confirmée par le Tribunal de première instance. Microsoft n'a pas fait appel auprès de la CJUE.

Source : Arrêt du Tribunal de première instance dans l'affaire T-201/04, 17 septembre 2007, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004TJ0201&from=en>

4.5.3. Évaluation des effets des ventes liées et groupées sur les marchés numériques

126. L'analyse basée sur les effets dans les affaires de ventes liées et groupées peut signifier que tous effets potentiels sur la concurrence doivent être mis en balance avec les justifications commerciales et les efficacités générées. Les ventes groupées et liées peuvent procurer un ensemble d'avantages aux consommateurs, y compris la possibilité de faire leurs achats auprès d'un seul et même fournisseur et la facilité d'utilisation d'interfaces communes (OCDE, 2020^[79]). Des économies d'échelle et d'envergure peuvent être transférées aux consommateurs, et des stratégies d'enveloppement peuvent être utilisées par de nouveaux entrants pour contester la position des entreprises en place dans un marché

et tirer les prix vers le bas (Condorelli and Padilla, 2019, p. 35^[13]). En présence d'effets de réseau significatifs, les ventes groupées et liées peuvent également accroître la valeur du produit pour les consommateurs et, dès lors, le bien-être des consommateurs au moins dans certains cas (Iacobucci and Ducci, 2019, p. 41^[5]). Chacun de ces bénéfices, s'ils peuvent uniquement être obtenus du fait du comportement en question, devrait être reconnu lorsqu'il s'agit d'évaluer une éviction potentielle due à une vente groupée et liée.

127. En outre, les ventes groupées et liées pourraient être une bonne stratégie pour toute une série de raisons commerciales, au-delà de tous effets d'éviction. Par exemple, bien que les ventes groupées puissent être utilisées dans certains cas sur des marchés multi-faces afin d'augmenter les prix et de priver des concurrents de l'échelle nécessaire, elles peuvent être au cœur d'un modèle économique selon lequel certains produits au moins sont fournis à des prix faibles ou égaux à zéro. En d'autres termes, il y a des cas où, sans vente groupée, un produit ne pourrait pas être offert à des consommateurs ou serait offert à un prix plus élevé.

128. À titre d'exemple, la décision dans l'affaire *Google Android* a été critiquée au motif que la création du système d'exploitation Android qui a suscité une nouvelle concurrence sur ce marché, a été motivée par la volonté de protéger l'activité de recherche de Google - en d'autres termes, son investissement a été motivé par une opportunité de subvention croisée (Siciliani, 2019^[31]). Ainsi, interdire des ventes groupées exigerait une restructuration de tout le modèle économique de la plateforme Android, et il n'est pas certain que cela générerait des bénéfices pour les consommateurs. Il peut être difficile pour les autorités de la concurrence de faire face à ces critiques, car cela exigerait de trouver des indices sur la manière dont le marché se serait développé sans le comportement en question (par ex., des systèmes d'exploitation alternatifs auraient-ils été introduits et auraient-ils conquis une part de marché sans le comportement de Google ?).

4.5.4. Mesures correctives

129. Les mesures correctives impliquant des ventes liées ou groupées peuvent revêtir une forme relativement simple. Elles peuvent inclure une injonction de cesser de grouper des produits (c'est-à-dire d'offrir les produits liés ou groupés individuellement sur une base autonome), ou d'éliminer les accords contractuels de vente liée. Elles peuvent devenir plus controversées si le lien entre les produits est technique, étant donné qu'un investissement supplémentaire peut être exigé pour défaire le lien (il convient de noter que les investissements consacrés à la subordination technique peuvent en fait accroître le préjudice concurrentiel en crédibilisant la stratégie dans l'esprit des consommateurs – voir OCDE (2020, pp. 12-13^[79]). À titre d'exemple, une mesure corrective peut consister à ordonner l'interopérabilité entre un produit et ses compléments produits par des concurrents. En fait, des mesures correctives ordonnant cette interopérabilité ont déjà été imposées dans plusieurs cas de fusions sur des marchés numériques impliquant des problèmes potentiels de ventes groupées ou liées – voir Encadré 11 et OCDE (2020, pp. 43-46^[79]). Toutefois, ainsi qu'il a été noté ci-dessus, il convient de faire preuve de prudence lorsqu'une mesure corrective peut ruiner un modèle économique multi-faces qui s'appuie sur des subventions croisées afin de générer des effets de réseau. En particulier, la conception d'une mesure corrective peut impliquer des jugements complexes sur des modèles économiques alternatifs, et, dès lors être particulièrement intrusive (Colomo, 2020, pp. 29-30^[88]).

Encadré 11. Les mesures correctives ordonnées dans le cadre de l'examen par la Commission européenne de la fusion *Microsoft/LinkedIn*

Le 6 décembre 2016,⁴³ la Commission a approuvé l'acquisition de *LinkedIn*, une plateforme de réseau social professionnel (PRS) par *Microsoft*. L'opération a été approuvée lors de la phase I, sous réserve de mesures correctives en matière d'interopérabilité, afin de remédier au problème d'éviction du marché soulevé par la Commission.

Au cours de l'évaluation de la fusion, la Commission a examiné les questions relatives aux mégadonnées et a soulevé plusieurs théories du préjudice concernant le conglomerat. Elle a évalué les éventuels effets de conglomerat sur cinq marchés technologiques, mais a noté qu'une éventuelle éviction et marginalisation des concurrents ne pouvait être exclue sur un seul de ces marchés, le marché des PRS.

Deux séries de mesures correctives répondaient au problème de la subordination technique, qui, selon la Commission, pouvait être facilitée par deux types de pratiques d'exclusion : l'éventuelle pré-installation de LinkedIn et les restrictions d'interopérabilité. La Commission craignait que Microsoft n'exploite sa position sur les marchés des logiciels de productivité et des systèmes d'exploitation pour ordinateurs (marchés liants) au profit du marché des PRS où LinkedIn est présent (marché lié), se traduisant par l'éviction des concurrents de LinkedIn et un préjudice à la concurrence. La Commission a estimé que l'éviction potentielle serait encore amplifiée par les effets de réseau, se traduisant par un basculement du marché en faveur de LinkedIn.

La première préoccupation de la Commission était que Microsoft assure l'installation de LinkedIn sur tous les ordinateurs utilisant le système d'exploitation Windows. Ainsi, la base d'utilisateurs de LinkedIn s'agrandirait et les fabricants d'équipements d'origine (OEM) ou les utilisateurs seraient moins enclins à installer des PRS concurrents. La première série d'engagements visait donc à permettre le choix d'une telle installation à la fois par l'OEM et l'utilisateur de Windows. Elle autorisait les OEM à choisir de ne pas préinstaller LinkedIn et les utilisateurs à supprimer l'application préinstallée par l'OEM, le cas échéant. Elle empêchait de « forcer l'installation par les utilisateurs » après l'achat, par exemple, par des mises à jour du système d'exploitation Windows. Cette mesure corrective a empêché l'initiation d'accords exclusifs et la pratique de représailles contre les OEM, afin de garantir que ces derniers puissent coopérer librement avec les PRS concurrentes.

La deuxième préoccupation de la Commission était que Microsoft intégrerait les fonctionnalités de LinkedIn dans ses logiciels et retiendrait les informations techniques nécessaires pour assurer l'interopérabilité des PRS concurrents avec les produits de Microsoft. La seconde série d'engagements a imposé deux obligations d'interopérabilité : permettre aux PRS concurrents de créer des modules d'extension pour les logiciels de Microsoft et accéder aux modules d'extension de Microsoft. Les engagements permettraient également aux utilisateurs de désactiver facilement les fonctionnalités de LinkedIn intégrées dans ses produits.

Source : Effets congloméraux des fusions – Note de l'Union européenne, 10 juin 2020, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)8/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)8/en/pdf), Commission européenne, Competition merger brief, Numéro 1/mai 2017, <https://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2017/kdall7001enn.pdf>, Commission européenne, décision dans l'affaire M.8124 Microsoft/ LinkedIn, 6 décembre 2016.

130. Les mesures correctives peuvent donc être différenciées selon qu'elles imposent une obligation de ne pas faire (par ex., cesser de grouper plusieurs produits) ou une obligation de faire (par ex., réaliser des investissements pour permettre l'interopérabilité). Dans ce dernier cas, la mesure corrective pourrait effectivement impliquer que l'un des produits est un intrant essentiel, de telle sorte que les producteurs de compléments ont besoin d'accéder aux informations nécessaires pour garantir la compatibilité afin de pouvoir faire concurrence sur le marché (Colomo, 2019, pp. 14-15^[55]). Cette distinction est illustrée dans la procédure engagée par la Commission européenne au titre de la vente liée de Windows et de Windows Media Player – une obligation de ne pas faire initiale (offrir une version de Windows sans Windows Media Player) n'a entraîné aucun changement significatif sur le marché. C'est pourquoi une autre mesure corrective a ensuite été imposée, à savoir une obligation de faire, c'est-à-dire l'obligation de permettre à des lecteurs multimédia concurrents d'avoir accès à Windows (voir, par exemple, Colomo (2019, p. 15^[55])).

4.5.5. Sources potentielles de preuves dans les affaires de ventes liées et groupées

131. Les sources potentielles de preuves afin d'évaluer les théories du préjudice en matière de ventes liées et groupées sont principalement celles résumées dans le Tableau 5. Sources potentielles de preuves pour établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques⁵ ci-dessous.

Tableau 5. Sources potentielles de preuves pour établir l'existence d'une position dominante sur les marchés numériques

Point à évaluer	Sources des preuves
Relation avec le produit et nature de la vente liée ou groupée	- Informations relatives à la relation entre les produits et les habitudes d'achat des consommateurs - c'est-à-dire le degré de complémentarité, de substituable et de chevauchement de la base de consommateurs (enquêtes auprès des consommateurs, documents de stratégie des entreprises, données sur les achats, telles que la fréquence des achats complémentaires, études de marché sur le chevauchement des consommateurs réalisées par des analystes de marché) - Informations relatives à la nature de la vente liée ou groupée (conditions de remise, limitations d'interopérabilité, conditions d'achat, ancienne interopérabilité ou vente séparée) - Informations relatives à la stratégie commerciale associée au comportement (documents internes, commentaires publics)
Effets de réseau et économies d'échelle	- Informations relatives à l'importance des effets de réseau pour la qualité des produits et la génération de revenus (documents internes et demandes d'informations, enquêtes auprès des consommateurs) - Informations fournies par des entrants récents, potentiels ou ceux ayant échoué concernant le rôle des effets de réseau et des économies d'échelle dans la possibilité d'entrer dans un marché (business plans, données financières, analyses de l'impact du comportement sur le volume des entrants)
Effets sur les consommateurs	- Informations concernant le modèle économique et la qualité des produits ou des services des concurrents potentiels ou des concurrents dont la sortie a eu lieu après le comportement concerné - Identification des gains d'efficacité résultant de la vente liée et groupée et de leur effet sur les consommateurs (demandes d'informations concernant les investissements réalisés qui justifient la vente liée ou groupée, impact sur les prix et conditions moyens)

Principales considérations relatives aux ventes groupées et liées

- Les stratégies des ventes groupées et liées peuvent être particulièrement courantes sur les marchés numériques étant donné les liens entre les produits en termes de demande et d'offre.
- Ces stratégies peuvent profiter aux consommateurs lorsqu'elles génèrent d'importantes économies de gamme ou d'échelle, renforcent les effets de réseau ou augmentent autrement la qualité et la commodité. Toutefois, les ventes groupées et liées peuvent être préjudiciables à la concurrence lorsqu'elles servent de stratégie pour évincer la concurrence. À titre d'exemple, lorsque la vente groupée tend à nier les effets de réseau des concurrents ou à empêcher l'entrée de produits autonomes.
- Sur les marchés numériques multi-faces, il faut comprendre le modèle d'entreprise et la structure de prix sous-jacents (par exemple, en termes de subventions croisées) dans les procédures pour ventes groupées et liées.
- Le débat se poursuit sur ce qui constitue une vente liée sur les marchés numériques. Par exemple, un « encouragement » qui tire parti de biais influençant le comportement des consommateurs serait-il qualifiable de vente liée et, dans l'affirmative, dans quelles circonstances ?
- Les mesures correctives peuvent consister simplement à rendre les produits disponibles sur une base autonome, ou à permettre l'interopérabilité d'un produit avec ses compléments. Toutefois, il faut prendre en compte les effets sur les subventions croisées dans les modèles d'entreprise multi-faces et les incitations à l'investissement.

4.6. Exploitations abusives

132. Plusieurs juridictions appliquent leurs lois sur l'abus de position dominante dans des situations où une entreprise utilise son pouvoir de marché pour imposer des prix non équitables ou d'autres conditions déloyales aux consommateurs, une pratique également désignée sous le nom d'exploitation abusive d'une position dominante. Cette approche reflète une décision politique et une philosophie particulière en matière d'application du droit de la concurrence (cette question a été étudiée, par exemple, par Gal (2013^[89])). En particulier, elle cherche à poursuivre les entreprises pour abus de position dominante non seulement pour veiller à ce que les entreprises ne nuisent pas à la concurrence en se livrant à un comportement anticoncurrentiel (comportement d'exclusion), mais également pour garantir que les entreprises dominantes ne nuisent pas directement aux consommateurs en pratiquant des conditions déloyales, qu'elles peuvent leur imposer uniquement en raison de leur pouvoir de marché (comportement d'exploitation). Ainsi, les entreprises dominantes sont réputées avoir une « responsabilité spéciale » en vertu de leur position sur le marché (pour reprendre la terminologie souvent appliquée dans le contexte de l'UE, voir Sauter (2019^[90])).

133. Les autorités de la concurrence préoccupées par le comportement de certaines entreprises sur les marchés numériques ont commencé à utiliser, ou à envisager d'utiliser les théories du préjudice lié à l'exploitation abusive d'une position dominante. Ces théories doivent être adaptées aux circonstances spécifiques des marchés numériques. En particulier, les exploitations abusives sur les marchés traditionnels peuvent prendre la forme de la facturation de prix excessifs aux consommateurs. Sur les marchés numériques, d'autres formes d'exploitation peuvent naître, par exemple en dégradant les conditions consenties aux consommateurs en termes de respect de la vie privée et de collecte de données (Stucke, 2018^[91]; OCDE, 2020^[60]), ou en limitant la capacité des consommateurs à transférer leurs données sur d'autres plateformes – ce qui implique dans les deux cas une dégradation de la qualité plutôt que la pratique de prix excessivement élevés. Alternativement, un abus pourrait être conceptualisé comme l'application de prix non monétaires excessivement élevés, par exemple en matière de collecte de données ou d'exposition à la publicité (Gebicka and Heinemann, 2014^[92]; OCDE, 2018^[93]). Les marchés numériques peuvent également se caractériser par la pratique de prix personnalisés ou d'autres conditions de service sur mesure, qui pourraient dans certains cas constituer une exploitation abusive d'une position dominante au moyen d'une discrimination par le prix (question étudiée en détail dans OCDE (2018^[94])).

134. Le défi majeur dans les affaires d'exploitation abusive a trait à la manière de déterminer si le comportement en question est « déloyal ». Dans une perspective économique, des effets hors prix peuvent avoir autant d'impact sur le bien-être des consommateurs que les effets produits par les prix. Toutefois, le fait d'intégrer des facteurs hors prix dans l'analyse des affaires d'exploitation abusive sur les marchés numériques peut engendrer une grande incertitude et être une source d'ambiguïté pour les acteurs du marché (Gal, 2013^[89]). En particulier, il faut faire preuve de prudence afin de s'assurer que les dimensions hors prix de la concurrence qui ont été sélectionnées sont bien celles qui sont effectivement importantes pour les consommateurs, plutôt que celles qui reflètent un jugement de valeur sur ce dont les consommateurs « devraient » se soucier (OCDE, 2018^[32]).

135. Pour illustrer cette complexité, Bostoen analyse la collecte de données sur Facebook, dans le contexte de la conclusion de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle un prix est « excessif parce qu'il n'a aucune relation raisonnable avec la valeur économique du produit fourni » (Bostoen, 2019, pp. 278-279^[95]). En particulier, son analyse compare le revenu publicitaire de Facebook par utilisateur avec une enquête lors de laquelle les consommateurs ont estimé la valeur de Facebook pour eux (plus précisément, quelle somme devrait leur être payée pour cesser d'utiliser Facebook). L'analyse a révélé que les consommateurs évaluent Facebook à une somme supérieure au revenu par utilisateur de Facebook. Ces conclusions ne sont pas décisives en soi, étant donné que l'on peut se demander combien d'utilisateurs de Facebook savent comment leurs données sont collectées et utilisées, et que le revenu actuel peut ne pas être un indicateur fiable de la valeur future des données. En outre, elles ne réfutent pas le fait que les conditions actuelles de prix et hors prix peuvent refléter un pouvoir de monopoleur. Toutefois, elles illustrent la nécessité de disposer de meilleurs outils analytiques et d'une jurisprudence pour évaluer si une entreprise dominante offre des prix excessifs ou d'autres conditions déloyales. Dans l'affaire Facebook, le Bundeskartellamt allemand a cherché à éviter les défis liés à ce type d'analyse en abordant les problèmes posés par la collecte de données de Facebook en termes de conditions déloyales plutôt qu'en termes de prix excessifs (Botta and Wiedemann, 2019, p. 8^[96]), comme l'illustre l'Encadré 12 ci-dessous.

Encadré 12. L'affaire Bundeskartellamt contre Facebook

En mars 2016, l'autorité de la concurrence allemande, le Bundeskartellamt, a ouvert une enquête pour abus de position dominante à l'encontre de Facebook, ciblant ses pratiques de gestion des données. En février 2019, elle a déterminé que Facebook avait abusé de sa position dominante sur le marché des réseaux sociaux en recueillant des données « en dehors de Facebook » (Bundeskartellamt, 2019^[97]). C'est-à-dire des données provenant d'acteurs tiers sans lien avec la plateforme. En particulier, pour utiliser les services de Facebook, les utilisateurs devaient accepter que l'entreprise recueille leurs données à la fois sur Facebook et sur un vaste ensemble d'applications et de sites internet tiers. Ces données ont été utilisées pour soutenir des services de publicité en ligne de Facebook, qui ont contribué pour 98 % au chiffre d'affaires de Facebook en 2018 (Bundeskartellamt, 2019^[97]).

Le Bundeskartellamt a établi que Facebook disposait d'une position dominante sur le marché des réseaux sociaux en Allemagne, et que la plateforme n'avait pas obtenu un consentement éclairé des utilisateurs relativement à ses pratiques de pistage des données et à la fusion de ces données avec les profils Facebook des utilisateurs. Dans le cadre de l'évaluation des pratiques de Facebook en matière de données, le Bundeskartellamt a appliqué les normes du Règlement général sur la protection des données européen (RGPD) et conclu à l'insuffisance de ces pratiques de Facebook et donc à un abus de position dominante. L'autorité de la concurrence a justifié sa décision en indiquant que la position dominante de Facebook sur le marché plaçait les consommateurs dans une situation de type « à prendre ou à laisser » et que les pratiques de Facebook en matière de données contribuaient à renforcer sa position dominante sur le marché national des réseaux sociaux (Bundeskartellamt, 2019^[98]; Bundeskartellamt, 2019^[97]).

Facebook a fait appel de la décision du Bundeskartellamt auprès du Tribunal de grande instance de Düsseldorf, qui a suspendu cette décision en août 2019 (CPI, 2019^[99]; (n.a.), 2019^[100]), et donc son exécution par Facebook. En particulier, le Tribunal n'a pas accepté qu'une éventuelle violation des règles de la protection de la vie privée puisse automatiquement entraîner une infraction au droit de la concurrence dans le cas d'une entreprise dominante. Le Tribunal a considéré par ailleurs que les utilisateurs décident d'eux-mêmes s'ils acceptent ou non les conditions d'utilisation de Facebook lorsqu'ils s'inscrivent sur la plateforme. Il a également déterminé que la collecte des données par Facebook n'avait pas de caractère d'exploitation, dans la mesure où les consommateurs pouvaient continuer de partager les mêmes données avec d'autres entreprises. Il a en outre considéré que le Bundeskartellamt n'était pas parvenu à prouver que les pratiques de Facebook en matière de données pouvaient nuire à la concurrence.

Le Bundeskartellamt a fait à son tour appel de la suspension auprès de la Cour fédérale de justice. Dans son arrêt du 23 juin 2020 rendu dans le cadre de la procédure préliminaire sur le caractère exécutoire de l'ordonnance du Bundeskartellamt, la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof, BGH) a statué en faveur du Bundeskartellamt et a rétabli l'ordonnance d'interdiction (Bundesgerichtshof, 2020^[101]). Le BGH a jugé que la position dominante de Facebook sur le marché allemand des réseaux sociaux ne faisait aucun doute, non plus que l'abus de cette position dominante par Facebook en appliquant les conditions d'utilisation de ses services, interdites par le Bundeskartellamt. Pour statuer dans cette affaire, le BGH a jugé que les conditions d'utilisation des services privaient les utilisateurs de Facebook de tout choix, et que cela pourrait entraver la concurrence, à la fois sur les marchés des réseaux sociaux et, potentiellement, sur les marchés de la publicité en ligne, qui reposent également sur des données des consommateurs. Toutefois, le BGH n'a pas suivi le Bundeskartellamt dans sa décision d'utiliser le RGPD comme la norme pertinente pour évaluer l'abus de position dominante. L'affaire est toujours en cours et en attente d'une décision de la Haute cour régionale de Düsseldorf sur le fond (Podszun, 2020^[102]).

Source : Extrait de (OCDE, 2020^[103]).

136. Les mesures correctives représentent un autre défi majeur pour le traitement des affaires d'abus de position dominante sur les marchés numériques. Pour conclure que les prix ou la collecte de données d'une entreprise sont excessifs, par exemple, il faudrait également déterminer le niveau qui ne serait pas excessif. Certains ont exprimé l'avis que les autorités de la concurrence seraient alors souvent placées dans la situation difficile d'agir comme un régulateur sectoriel (ou un contrôleur de la protection des données), fixant les prix et d'autres conditions pour des entreprises dominantes (Botta and Wiedemann, 2019^[96]). Bien qu'il existe relativement peu d'exemples illustrant l'approche pratique à adopter pour relever ces défis, les mesures correctives afin de régler des problèmes d'exploitation excessive de données pourraient inclure : l'application de certaines normes (par exemple, le Règlement général sur la protection des données de l'UE) ; des obligations de portabilité des données ; et la fourniture de véritables opportunités de choix aux consommateurs (par ex., en imposant des procédures d'option positive en matière de collecte de données) (Botta and Wiedemann, 2019, p. 13^[96]).

Principales considérations relatives aux exploitations abusives

- Certaines juridictions considèrent que le fait par des entreprises dominantes d'imposer des prix excessifs ou des conditions déloyales aux consommateurs constitue un abus de position dominante. D'autres juridictions utilisent des outils alternatifs, notamment les études de marché ou la réglementation.
- Sur les marchés numériques, il peut y avoir des préoccupations particulières liées à des clauses autres que le prix monétaire d'un produit, notamment la collecte de données, l'exposition publicitaire ou une autre dimension de la qualité. Les préoccupations relatives à ces paramètres pourraient être évaluées comme des prix excessifs ou des conditions déloyales, selon le cas et la législation en vigueur dans la juridiction.
- Déterminer quels prix sont excessifs ou quelles conditions sont déloyales a longtemps été un défi dans les affaires d'exploitation, y compris lors de l'élaboration de mesures correctives. Ces défis peuvent être exacerbés sur les marchés numériques, car l'accent est parfois mis sur des paramètres sans rapport avec les prix monétaires. Sans un critère clair pour évaluer les clauses, les acteurs du marché numérique peuvent être confrontés à une incertitude à propos de l'application de la loi en matière d'exploitation abusive de position dominante.

4.7. Nouvelles formes d'abus de position dominante sur les marchés numériques

137. La typologie des cas d'abus de position dominante décrits ci-dessus peut aider les autorités de la concurrence à déterminer si les faits en cause peuvent être comparés avec d'autres théories du préjudice bien établies. La législation en matière d'abus de position dominante de nombreuses juridictions a également été appliquée en dehors de ces situations spécifiques. Les conditions de marché et les formes de comportement uniques en leur genre qui se sont fait jour sur les marchés numériques ont conduit à des propositions d'élaboration de nouvelles théories du préjudice. Ces théories du préjudice ont suscité la controverse dans certains cas, étant donné qu'elles ne cadrent pas avec les théories et les cadres analytiques établis. En particulier, certains commentateurs ont suggéré que les nouvelles théories s'écartent trop des fondements historiques (école de Chicago) et sont une source d'incertitude pour les entreprises en place opérant dans un marché (Akman, 2017^[51]; Colomo, 2019^[55]; Colomo, 2020^[88]; Manne and Wright, 2011^[6]). Toutefois, comme le

démontrent les développements qui suivent, des liens peuvent être établis, dans certains cas, entre de nouvelles théories du préjudice et des théories plus établies, qui peuvent être utilisées pour aider à structurer et évaluer les premières.

4.7.1. *Parasitisme forcé*

138. Cette théorie du préjudice se focalise sur le rôle unique joué par les plateformes numériques, particulièrement sur les plateformes de transactions ou de contenus qui sont utilisées par des consommateurs pour vendre des produits, ou pour fournir des contenus à leurs clients. Le parasitisme forcé survient « lorsqu'une plateforme s'approprie l'innovation d'autres entreprises qui dépendent de la plateforme pour accéder aux consommateurs » (Shelanski, 2013, p. 1699^[104]). Ainsi, une plateforme dominante peut tirer avantage de son rôle en tant qu'intermédiaire, y compris son accès à des données à la fois sur les vendeurs et les consommateurs, afin d'essayer de verrouiller la concurrence sur les marchés associés à la plateforme. Ce type de stratégie peut être une alternative au verrouillage de l'accès à une plateforme, car il pourrait permettre à la plateforme de recueillir les bénéfices de l'innovation de ses concurrents en aval (Shelanski, 2013, p. 1700^[104]).

139. La pratique du « scraping de contenu » est un exemple de cette stratégie. Par exemple, la FTC américaine a examiné en 2013 la question de savoir si le prétendu scraping de contenu par Google constituait une « méthode déloyale de concurrence. »⁴⁴ En particulier, la pratique en cause impliquait la présentation par Google de contenus émanant de certains concurrents en aval (par ex. des plateformes de référencement de restaurants) dans une boîte de résultats de recherche spécialisée, privant ces concurrents du trafic internet du moteur de recherche, et menaçant prétendument ces concurrents de les supprimer de l'affichage des résultats sur Google pour avoir contesté ce comportement (Shelanski, 2013, p. 1699^[104]). Google s'est obligé à cesser cette pratique et la FTC n'a donc donné aucune suite à l'affaire, de telle sorte que l'analyse précise de cette pratique et l'application à celle-ci des théories du préjudice relatives à l'abus de position dominante n'ont pas encore été totalement élaborées dans une décision formelle.

140. Une autre forme potentielle de parasitisme forcé concerne les plateformes de transactions. Les entreprises dominantes qui facilitent des transactions sur des plateformes numériques pourraient utiliser des données se rapportant à la fois aux acheteurs et aux vendeurs afin d'introduire leurs propres produits pour les vendre sur la plateforme (Khan, 2017, p. 782^[25]). L'abus potentiel surviendrait si la position de la plateforme en tant que facilitateur de transactions et de détenteur d'un volume significatif de données sur le produit peut être utilisée pour évincer des concurrents. À titre d'exemple, la Commission européenne a annoncé l'ouverture d'une enquête sur Amazon qui pourrait inclure ce type de théorie du préjudice.⁴⁵

141. La théorie économique sous-jacente et, en particulier, les conditions nécessaires pour qu'un préjudice émerge dans ce type de cas, sont encore à l'étude. Toutefois, il y a quelques similitudes avec les cas de refus de négocier – à savoir l'existence d'un actif important (en l'occurrence, une plateforme) sans lequel les entreprises en aval auront peu d'accès aux consommateurs. En dépit du fait que la forme précise de comportement et, dès lors, ses effets globaux, seront différents (particulièrement étant donné qu'ils peuvent affecter les incitations à l'innovation des entreprises en aval), certains critères identiques à ceux du refus de négocier pourraient être appliqués, notamment ceux qui concernent le caractère indispensable de la plateforme. À titre d'alternative, les théories de la compression des marges peuvent être plus appropriées dans certains cas – si une plateforme en ligne fournit des listings de produits, elle peut agir en tant que fournisseur en amont, et son « prix » pour les entreprises en aval pourra inclure des données et des informations sur les produits. Ainsi, l'analyse de la compression de marges pourrait déterminer si ce « prix » exclurait les concurrents ou au moins augmenterait les prix (ou dégraderait la qualité) pour les consommateurs.

4.7.2. Effet de levier abusif ou auto-préférence

142. Une nouvelle théorie du préjudice similaire concerne le cas dans lequel une entreprise dominante est active sur de multiples marchés liés (qu'ils soient liés verticalement, tels un intrant et un produit fini, ou horizontalement, par exemple en tant que compléments). Toutefois, plutôt que l'appropriation d'innovations d'un concurrent, l'effet de levier abusif (ou l'effet de levier discriminatoire), les théories du préjudice dans ce domaine se concentrent sur les manières dont une entreprise peut utiliser (ou maximiser) sa position dominante sur un marché pour favoriser ses produits sur un marché lié (voir, par exemple, Colomo (2020, p. 5^[88])). Ce type de comportement, qui peut prendre la forme de l'auto-préférence (par exemple en accordant les avantages de l'accès à une plateforme à son propre produit) a été identifié par certaines autorités de la concurrence comme un comportement d'exclusion potentiel caractéristique d'un abus de position dominante.

143. Jusqu'à présent, il y a eu relativement peu d'affaires concernant les marchés numériques où cette théorie du préjudice a été appliquée. Toutefois, étant donné qu'un grand nombre de plateformes numériques opèrent sur de multiples marchés liés, et que leurs modèles économiques peuvent reposer sur la récupération d'investissements réalisés sur un marché grâce à un autre marché, ces affaires pourront devenir plus fréquentes. L'affaire *Google Shopping* jugée par la Commission européenne, décrite dans l'Encadré 5 ci-dessus, en est un exemple. En revanche, la Federal Trade Commission américaine et l'autorité de la concurrence turque n'ont pas jugé que ce comportement constituait une infraction au droit de la concurrence (OCDE, 2018, p. 38^[105]). En outre, l'Office polonais de la protection de la concurrence et des consommateurs (UOKiK) a ouvert une enquête sur une plateforme de vente en ligne appelée *Allegro*. L'UOKiK craint en particulier qu'*Allegro* ait pu obtenir des avantages grâce à une meilleure information sur l'algorithme de la plateforme, et un traitement préférentiel en termes de ventes, de promotions et de campagnes publicitaires.⁴⁶

144. Ces théories du préjudice présentent quelques similitudes avec celles du refus de négocier (car elles ont trait à un intrant important). En particulier, une entreprise peut utiliser l'effet de levier de facto pour évincer des concurrents, plutôt que de le faire explicitement et de déclencher une affaire de refus de négocier. Par exemple, une entreprise peut tirer avantage de biais influençant le comportement des consommateurs, tels des biais par défaut, ou d'une tendance des consommateurs à choisir les options les plus visibles, afin d'évincer des concurrents. Toutefois, les conditions liées à ces cas, au titre du caractère indispensable, n'ont pas été prises en considération par la Commission européenne dans l'affaire *Google Shopping*. En particulier, la Commission européenne a considéré qu'étant donné que la mesure corrective était fondée sur des principes primordiaux, plutôt que sur la volonté d'imposer à Google de partager un actif ou de conclure un accord avec d'autres entreprises, les exigences qui se seraient appliquées dans un cas de refus de négocier ne s'appliquaient pas dans cette affaire (voir la discussion sur cette question in Colomo (2019, pp. 23-24^[55]). D'autres auteurs ont posé la question de savoir si l'usage d'un effet de levier abusif peut être distingué d'autres abus de position dominante en raison de la nature des relations entre les entreprises : il n'est pas clairement établi que les entreprises apparaissant dans les résultats de recherche de Google soient des fournisseurs de Google ou aient des relations commerciales avec Google (Akman, 2017, pp. 330-331^[51]).

145. Les théories du préjudice au titre de l'utilisation d'un effet de levier abusif pourraient également présenter certaines similitudes avec les théories du préjudice lié aux ventes liées et groupées. Dans les deux cas, il s'agit de maximiser le pouvoir de marché sur un marché afin de verrouiller la concurrence sur un marché connexe. La pratique de ventes liées et groupées pourrait certainement constituer une « auto-préférence ». En outre, l'utilisation d'un effet de levier abusif pourrait être conceptualisée comme une forme de

vente liée ou groupée dans certains cas, par exemple la subordination technique au moyen de la conception de la plateforme, voire même des remises de type vente groupée et d'autres incitations. En outre, le théorème du profit de monopole unique devrait être soumis aux mêmes exceptions, dans les cas d'utilisation de l'effet de levier, que celles qui ont été évoquées ci-dessus au titre des ventes liées et groupées.

146. Enfin, l'utilisation d'un effet de levier abusif pourrait être similaire à un dernier type d'abus de position dominante, à savoir la compression des marges au moyen de la discrimination. En effet, une entreprise qui fait jouer l'effet de levier de manière excessive discrimine en réalité ses concurrents lorsqu'elle fournit l'accès à l'intrant ou permet la compatibilité avec le complément en question. Bien que ces théories aient été traditionnellement appliquées à des secteurs réglementaires (Colomo, 2020, pp. 8-9^[88]), elles suscitent désormais une attention accrue sur les marchés numériques (Bostoen, 2018^[63]; OCDE, 2020^[72]).

147. Comme les autres théories du préjudice associées à l'effet de levier et aux refus de négocier, l'intuition économique suggère la nécessité d'une approche au cas par cas de l'utilisation d'un effet de levier abusif. En particulier, l'effet de levier peut être une partie fondamentale d'un modèle d'entreprise basé sur la subvention croisée entre produits, où la frontière entre les différents marchés de produits peut ne pas être évidente. Comme l'intégration verticale, l'effet de levier peut générer des efficacités pour les consommateurs et récompenser légitimement l'innovation ou la différenciation concurrentielle.

148. La conception des mesures correctives peut devoir refléter la nature évolutive des théories du préjudice liées à l'effet de levier abusif. Par exemple, Colomo soutient que des mesures correctives plus interventionnistes imposant des obligations de faire pourraient être réservées aux cas où des conditions plus rigoureuses sont remplies (c'est-à-dire lorsque le caractère indispensable est manifeste) (Colomo, 2019, pp. 42-43^[55]). En revanche, si de nouvelles théories du recours à un effet de levier excessif ne peuvent pas cadrer aisément avec des théories du préjudice établies, la priorité devrait être donnée à des mesures correctives négatives – par ex., des injonctions de cesser un type donné de comportement. De la même manière, il faut faire preuve de prudence avant d'imposer des mesures correctives qui impliquent un changement de modèle économique qui pourrait affecter d'autres faces d'un marché multi-faces.

149. Une perspective alternative pointerait le risque d'imposer des mesures correctives trop légères qui ne pourraient pas remédier à un comportement anticoncurrentiel, sachant qu'une infraction a déjà été constatée si des mesures correctives sont envisagées. La mesure corrective initiale qui a été imposée par la Commission européenne dans l'affaire *Microsoft Windows Media Player* pourrait illustrer ce risque. En outre, si les problèmes de concurrence ont trait à des théories du préjudice relatives à l'utilisation d'un effet de levier discriminatoire, une obligation de ne pas faire peut finalement exiger la définition des conditions d'accès à un intrant, ce qui rend la distinction entre les obligations de faire et de ne pas faire moins claire.

4.7.3. Vente liée impliquant la collecte de données privées

150. Condorelli and Padilla (2019^[13]) ont identifié un type particulier de stratégie d'enveloppement qui peut être appliquée sur les marchés numériques. Plus précisément, une vente liée impliquant la collecte de données privées désigne la situation dans laquelle une entreprise dominante impose à ses consommateurs des conditions de collecte de données qui lui permettent d'utiliser des données de ces consommateurs dans un vaste ensemble de circonstances. Elle peut alors utiliser les données collectées sur le marché où elle est dominante pour s'implanter sur un nouveau marché où la base d'utilisateurs se chevauche (même si les produits ne sont pas liés en termes d'usage). Elle peut ensuite se

livrer à une concurrence agressive sur le marché cible, par exemple en fixant un prix égal à zéro, effectivement subventionné par sa position sur le marché d'origine. Elle peut ensuite utiliser les données qu'elle collecte sur le nouveau marché pour renforcer sa position sur son marché d'origine. Cette stratégie peut être particulièrement efficace pour isoler l'entreprise de la concurrence si ses concurrents potentiels sur son marché d'origine ont pu préalablement développer leur capacité sur le marché nouveau (ce que cette stratégie les empêcherait de faire).

151. Les auteurs suggèrent que ce comportement pourrait être traité soit comme un abus de position dominante constitué par un comportement d'exclusion, soit comme une combinaison de pratiques d'exclusion et d'exploitation abusive (en considérant que des conditions d'utilisation de données très vastes sont imposées aux consommateurs). En outre, ils notent que des mesures correctives ordonnant la compatibilité des données pourraient constituer une mesure corrective appropriée, mais seraient plus efficaces pour empêcher des comportements anticoncurrentiels ex ante plutôt que pour essayer de restaurer la concurrence après l'application d'une stratégie de vente liée impliquant la collecte de données privées (Condorelli and Padilla, 2019, pp. 39-40^[13]).

Principales considérations relatives aux nouvelles théories du préjudice sur les marchés numériques

- Plusieurs nouvelles théories du préjudice ont été identifiées sur les marchés numériques :
 - Le parasitisme forcé désigne une situation dans laquelle des entreprises dépendent d'une entreprise dominante pour accéder aux consommateurs (par exemple, l'entreprise dominante est une plateforme), et où cette dernière s'approprie leurs innovations.
 - L'effet de levier abusif désigne une situation dans laquelle une entreprise dominante utilise sa position sur un marché pour acquérir ou accroître son pouvoir de marché sur un marché connexe.
 - La vente liée impliquant la collecte de données privées désigne une situation dans laquelle une entreprise dominante impose aux consommateurs des conditions de collecte de données qui lui permettent de pénétrer de nouveaux marchés où les consommateurs se chevauchent et, ce faisant, d'asseoir sa position sur son marché d'origine.
- Ces nouvelles théories peuvent être similaires aux théories traditionnelles d'abus de position dominante dans certains cas (le parasitisme forcé pourrait faire l'objet d'une analyse similaire à celle des refus de négocier ; le recours à l'exploitation abusive pourrait être considéré comme un refus de négocier ou une vente liée).
- Les théories traditionnelles décrites dans les sections ci-dessus ne sont pas nécessairement exhaustives, il peut y avoir de nouvelles formes de comportement d'exclusion. Toutefois, lorsque de nouvelles théories s'écartent des théories établies, il faut faire preuve de prudence étant donné l'impact sur la certitude des acteurs du marché et la nécessité d'ancrer les problèmes d'exclusion dans l'analyse économique.

5. Les limites de l'abus de position dominante pour traiter les problèmes de concurrence sur les marchés numériques et les changements proposés pour y remédier

152. Ainsi qu'il a été décrit ci-dessus, les affaires de position dominante posent toute une série de défis analytiques lorsqu'elles concernent les marchés numériques. En outre, le traitement de ces affaires par les autorités de la concurrence peut être long et mobiliser des ressources importantes. Tel est particulièrement le cas lorsqu'il faut procéder à une analyse basée sur les effets, étant donné que la compréhension économique du comportement abusif n'autorise pas à présumer automatiquement l'existence d'un préjudice (par ex., si une entreprise dominante se livre à des ventes liées et groupées, celles-ci ne peuvent pas être présumées préjudiciables à la concurrence). En conséquence, un vif débat s'est engagé au sein de la communauté des responsables de la politique de la concurrence sur les questions suivantes : (1) comment faudrait-il modifier l'application de la loi en matière d'abus de position dominante pour tenir compte des caractéristiques uniques des marchés numériques, et (2) dans quels cas l'abus de position dominante est-il le bon outil pour s'attaquer à un problème de concurrence donné. Certaines propositions formulées à propos de chacune de ces questions sont décrites ci-après.

5.1. Modifier les approches actuelles de l'abus de position dominante

153. Plusieurs changements des procédures et des législations actuelles en matière d'abus de position dominante ont été proposés afin de traiter les problèmes spécifiques aux marchés numériques. Un grand nombre de ces propositions font actuellement l'objet d'un vaste débat, notamment :

- **Disposer d'orientations supplémentaires** : Une recommandation particulière pointe la nécessité de plus de clarté, de transparence et de prévisibilité dans les affaires d'abus de position dominante. Cette nécessité peut être particulièrement prononcée lorsqu'il n'existe aucune jurisprudence consacrée dans une juridiction à propos d'une théorie du préjudice donnée (par ex., si les problèmes de concurrence ont été réglés par la négociation de mesures correctives). Les orientations nécessaires pourraient prendre la forme de lignes directrices publiées, voire même d'un changement législatif, afin de clarifier comment les concepts clés doivent s'appliquer sur les marchés numériques. Les acteurs du marché seraient ainsi éclairés sur les comportements pouvant donner lieu à des problèmes de concurrence, et sur les cadres analytiques à utiliser. Par exemple, la Commission « droit de la concurrence 4.0 » en Allemagne a souligné la nécessité de clarifier ce qui constitue un pouvoir de marché sur les marchés numériques et de publier des orientations sur cette question (Competition Law 4.0 Commission, 2019, p. 31^[106]). En particulier, la Commission a proposé de clarifier les situations dans lesquelles l'accès à des données pourrait conférer une position dominante à une entreprise (Competition Law 4.0 Commission, 2019, pp. 36-37^[106]).
- **Appliquer de nouveaux outils économiques et modifier les outils existants** : D'autres propositions se concentrent sur les outils économiques utilisés par les autorités de la concurrence pour évaluer les effets d'un comportement donné. À titre d'exemple, un rapport appelle les autorités de la concurrence à tenir un plus grand compte des dimensions hors prix de la concurrence dans leurs évaluations, par exemple en analysant l'ajustement des prix sur la qualité, et ce même rapport les incite à s'appuyer davantage sur les enseignements de l'économie comportementale lorsqu'elles évaluent à la fois le pouvoir de marché et les effets du comportement en cause (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019, pp. 95-96^[4]).

- **Rééquilibrer les risques de répression excessive et de répression insuffisante:** Ainsi qu'il a été décrit à la Section 0, la législation et la jurisprudence en matière d'abus de position dominante reflètent un jugement sur le bon équilibre entre les faux positifs et les faux négatifs. Certains commentateurs ont suggéré que l'approche actuelle, à tout le moins dans certaines juridictions, est biaisée par la volonté d'éviter des faux positifs – en d'autres termes, qu'il existe un risque de répression insuffisante. Par exemple, un groupe d'experts mandaté par la Commission européenne a avancé l'idée que cette approche « privilégie l'interdiction de comportements potentiellement anticoncurrentiels » (Crémer, de Montjoye and Schweitzer, 2019, p. 4_[107]). De la même manière, un rapport des États-Unis observe que les tribunaux ont généralement été réticents à contester les décisions relatives à la conception des produits dans les affaires d'abus de position dominante, mais suggère que tel ne devrait pas être le cas sur les marchés numériques, en raison de l'impact significatif de ces décisions sur la concurrence (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019, p. 98_[4]).
- **Faire une plus grande utilisation des mesures d'urgence pour protéger la concurrence :** Reconnaissant le rythme rapide d'évolution des marchés numériques, et la longueur de certaines procédures pour abus de position dominante (particulièrement si des recours sont formés devant les tribunaux), certains ont identifié la nécessité pour les autorités de la concurrence d'agir rapidement afin d'empêcher un préjudice sur un marché. Il est particulièrement important d'agir vite, étant donné qu'il peut être difficile de réparer le préjudice déjà subi lorsque des concurrents ont été exclus du marché. Le groupe d'experts créé au Royaume-Uni pour étudier les questions de concurrence sur les marchés numériques a recommandé, par exemple, l'utilisation accrue de mesures d'urgence afin de remédier à un comportement potentiellement abusif, qui peut éviter un préjudice potentiel à court terme, le temps que l'affaire soit jugée (Digital Competition Expert Panel, 2019, pp. 104-105_[49]). L'Encadré 13 ci-dessous illustre un exemple d'utilisation de mesures d'urgence par l'autorité de la concurrence française dans une affaire impliquant une entreprise du numérique.
- **Changer la loi :** Certains des changements proposés au titre des affaires d'abus de position dominante exigeraient de modifier la législation, notamment sur les points suivants :
 - Supprimer l'exigence de définir les marchés, et permettre plutôt d'inférer l'existence d'un pouvoir de marché de la présence d'un comportement anticoncurrentiel qui n'est pas discipliné par des pressions concurrentielles (Schweitzer et al., 2018, p. 1_[108])
 - Renverser la charge de la preuve, de telle sorte qu'un certain comportement soit présumé anticoncurrentiel, à moins qu'une entreprise en place ne puisse prouver le contraire. Ce renversement de la charge de la preuve pourrait notamment être introduit dans les cas suivants : problèmes d'interopérabilité sur des marchés caractérisés par de puissants effets de réseau (Crémer, de Montjoye and Schweitzer, 2019, p. 51_[107]), auto-préférence lorsqu'une plateforme sert « d'infrastructure d'intermédiation particulièrement importante » (Crémer, de Montjoye and Schweitzer, 2019, p. 66_[107]), ou pratique de prix inférieurs au coût (Khan, 2017, p. 791_[25]).
 - Appliquer les interdictions d'abus de position dominante à des entreprises qui ne sont pas encore dominantes, mais qui pourraient le devenir en raison de la tendance d'un marché à basculer (Schweitzer et al., 2018, p. 2_[108]).

Encadré 13. Les mesures d'urgence imposées par l'Autorité de la concurrence française dans l'affaire Amadeus contre Google

En 2019, l'Autorité de la concurrence française a imposé des mesures d'urgence à Google en réponse à une plainte qu'elle avait reçue du service d'annuaire Amadeus. En effet, Amadeus utilisait Google AdWords pour la publicité de ses services, mais ses comptes AdWords ont été suspendus après que Google ait estimé qu'Amadeus avait enfreint ses règles de publicité. Amadeus a alors déposé une plainte auprès de l'Autorité de la concurrence, arguant que cette résiliation constituait un comportement discriminatoire de la part d'une entreprise dominante (considéré comme une infraction au droit français de la concurrence).

L'Autorité a ouvert une enquête pour déterminer si la rupture d'une relation commerciale établie entre Google et Amadeus constituait un abus de position dominante discriminatoire. L'Autorité a observé en particulier que la suspension par Google avait été soudaine, sans avertissement et ne semblait pas justifiée par des facteurs objectifs ou transparents. L'Autorité a rappelé que « Google est libre de déterminer sa politique de contenus, mais que celle-ci doit être suffisamment intelligible pour les acteurs économiques et s'appliquer dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires, afin que tous les annonceurs d'un même secteur soient traités sur un pied d'égalité ».

Reconnaissant l'impact de la suspension sur le chiffre d'affaires d'Amadeus, l'Autorité a ordonné plusieurs mesures d'urgence, à savoir : clarifier les règles Google Ads ; permettre aux annonceurs, en cas de suspension de leur compte, de justifier le manquement reproché, d'y remédier ou de demander des explications ; revoir la décision de suspendre Amadeus ; et organiser une formation du personnel commercial de Google Ads afin que celui-ci puisse alerter les annonceurs sur les cas de non-conformité.

Source : Communiqué de presse de l'Autorité de la concurrence : L'Autorité de la concurrence ordonne des mesures d'urgence à l'encontre de Google, 31 janvier 2019, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/31-january-2019-online-advertising-directory-enquiry-services-0>.

5.2. Alternatives aux procédures pour abus de position dominante

154. L'application des dispositions légales sur l'abus de position dominante ne peut pas traiter chacun des problèmes de concurrence potentiels qui peuvent se poser sur les marchés numériques. En outre, il peut y avoir des cas dans lesquels une théorie du préjudice au titre de l'abus de position dominante peut s'appliquer, mais d'autres outils de la politique de la concurrence pourraient traiter le problème plus efficacement. Par exemple, le contrôle des fusions peut empêcher l'émergence d'un pouvoir de marché dont il pourrait ensuite être abusé, et certains risques particuliers liés aux fusions dans le secteur numérique ont effectivement été identifiés. En particulier, en raison du potentiel de disruption et de la capacité de nouveaux entrants à transformer rapidement le marché, les acquisitions de concurrents émergents par des entreprises dominantes peuvent exiger une attention particulière (voir, par exemple, OCDE (2020_[109])).

155. Dans d'autres cas, les autorités de la concurrence pourront souhaiter faire usage de leurs pouvoirs de plaidoyer, en réalisant des études de marché afin de s'attaquer aux problèmes de concurrence sur les marchés numériques. Les études de marché adoptent une perspective plus holistique pour l'identification des problèmes de concurrence, y compris les questions relatives aux problèmes du côté de la demande (par ex., des informations limitées sur les consommateurs et des biais influençant le comportement des consommateurs), à la réglementation et au comportement d'un acteur du marché qui peut ne pas être qualifié d'abus de position dominante. Cela pourrait être un moyen efficace pour que les autorités de la concurrence adoptent une analyse plus structurelle de la concurrence sur les marchés, plutôt qu'une analyse axée sur le comportement (comme le préconise, par exemple, Khan (2017^[25])). En outre, les études de marché peuvent être un outil efficace pour traiter des problèmes de concurrence émergents, c'est-à-dire, en d'autres termes, pour chercher des moyens de promouvoir la concurrence avant qu'un problème d'abus de position dominante ne surgisse (OCDE, 2020^[110]). Peu de juridictions possèdent également le pouvoir d'imposer des mesures correctives dans le contexte de ces exercices. Par exemple, la Commission européenne a lancé un projet de Nouvel outil de concurrence qui permet de réaliser des enquêtes de marché pour traiter les problèmes structurels de concurrence se posant sur les marchés.⁴⁷

156. Plusieurs rapports récents de groupes d'experts sont allés plus loin, et ont suggéré la création de nouvelles autorités de régulation afin de promouvoir la concurrence sur les marchés numériques. Bien que cette nouvelle autorité de régulation puisse avoir pour mission principale de promouvoir la concurrence, et qu'elle puisse même être située au sein même d'une autorité de la concurrence, les outils et les approches seraient différents. Par exemple, alors que les autorités de la concurrence peuvent trouver difficile de contrôler et de faire appliquer des mesures correctives comportementales complexes, un régulateur sectoriel pourrait être mieux équipé pour s'acquitter de cette tâche avec des règles ex ante. Qui plus est, un régulateur pourrait être mieux équipé pour incorporer des objectifs politiques alternatifs qui peuvent être associés au comportement d'entreprises dominantes, mais qui n'entrent pas dans le cadre de l'abus de position dominante. Les autorités de la concurrence peuvent jouer un rôle utile dans la conception de ces cadres afin de garantir qu'ils ne restreignent pas inutilement la concurrence ou n'aient pas d'effets défavorables sur la dynamique concurrentielle. Une autorité de régulation du secteur numérique pourrait traiter les questions suivantes :

- Des règles spécifiques pour les plateformes dominantes (ou celles qui sont des « goulots d'étranglement » ou des « garde-barrières »), par exemple des règles concernant les conditions équitables, l'auto-préférence, la discrimination d'acteurs du marché et l'interopérabilité (Stigler Committee on Digital Platforms, 2019, p. 90^[4]). Le groupe d'experts mandaté par la Commission européenne propose d'appliquer ces règles aux plateformes sur la base de critères comme le chiffre d'affaires ou le nombre d'utilisateurs (Crémer, de Montjoye and Schweitzer, 2019, pp. 49-54^[107]). Le groupe d'experts constitué au Royaume-Uni se concentre sur les entreprises qui ont un « statut stratégique sur le marché » (Digital Competition Expert Panel, 2019, p. 58^[49]).
- Des mesures afin de s'attaquer aux problèmes de concurrence du côté de la demande, qui peuvent pérenniser un pouvoir de marché, par exemple en établissant des règles en matière de portabilité des données, ou de mise en place d'administrateurs des données afin de faire des préconisations aux utilisateurs en termes de préférences d'utilisation des données (Competition Law 4.0 Commission, 2019, p. 37^[106]).

6. Conclusion

157. Les marchés numériques posent un défi fondamental pour l'application des concepts d'abus de position dominante. Si les autorités de la concurrence sont dans l'incapacité d'appliquer ces concepts aux modèles économiques des entreprises du numérique, des doutes pourront s'élever quant à l'efficacité de l'abus de position dominante en tant qu'outil d'application du droit de la concurrence. C'est pourquoi d'aucuns ont appelé à une répression plus étendue dans ce domaine. Réciproquement, une répression agressive, qui ne serait pas fondée sur des théories économiques du préjudice, ou qui ne tiendrait pas compte du risque de répression excessive, pourrait aboutir à léser les consommateurs que la loi était précisément destinée à protéger, et plus généralement, nuire au soutien à l'application du droit de la concurrence. Afin d'équilibrer ces risques, il semble nécessaire à la fois (1) d'être ouvert aux théories du préjudice relatives à l'abus de position dominante et (2) de faire preuve du plus grand soin dans la sélection des affaires justifiant l'ouverture d'une procédure.

158. L'appréciation de l'équilibre entre les risques de répression insuffisante et de répression excessive est différente selon les juridictions. Cette appréciation ne peut pas être séparée du contexte législatif, historique et philosophique sous-jacent au droit de la concurrence dans chaque juridiction. Elle peut également être actualisée en réponse à des évaluations ex-post d'interventions passées, et en fonction des tendances d'évolution du pouvoir de marché. Toutefois, il existe des zones de convergence en raison de la double nécessité de procéder à une analyse basée sur les effets dans la plupart des cas, et d'éviter toute action qui décourage l'innovation. Bien que la présente note identifie certaines théories nouvelles du préjudice qui ont été proposées pour les marchés numériques, elles peuvent être remplacées, dans la plupart des cas, dans le contexte des théories établies qui ont été appliquées depuis quelque temps. C'est pourquoi, bien que la combinaison unique en son genre des caractéristiques des marchés numériques puisse exiger une certaine adaptation, et puisse poser des défis supplémentaires pour les affaires d'abus de position dominante, elle n'impose pas pour autant de repenser fondamentalement les théories de l'abus de position dominante.

159. Simultanément, il y a des cas dans lesquels d'autres outils de la politique de la concurrence pourraient être plus justifiés, ou plus opportuns ou encore plus efficaces en termes de ressources. Les autorités de la concurrence pourront souhaiter plaider pour l'introduction de cadres réglementaires spécifiques au secteur du numérique, particulièrement si l'alternative consiste à étendre les théories de l'abus de position dominante au traitement de problèmes de concurrence auxquels elles ne sont pas bien adaptées, ou si les mesures correctives exigeraient des règles détaillées en matière d'accès à un intrant difficile à définir. Les autorités de la concurrence ont donc de nombreuses options, et les procédures pour abus de position dominante peuvent être un outil précieux, mais non un outil multifonctions.

160. À l'avenir, les autorités de la concurrence qui s'attaqueront au problème des abus de position dominante sur les marchés numériques devraient bénéficier d'une coopération internationale plus intense en raison de l'envergure internationale de nombreuses entreprises du numérique. En dépit des différences de cadres législatifs et de contexte historique, il existe de très nombreux points communs en ce qui concerne les problèmes identifiés et l'analyse économique qui les sous-tend. En ce qui concerne cette analyse, il demeure de très nombreuses opportunités de développement de nouvelles méthodologies, qui aident les autorités de la concurrence à évaluer les circonstances uniques qui caractérisent les marchés numériques (par exemple, au titre du parasitisme forcé), et identifient plus clairement les conditions dans lesquelles le préjudice émergera.

Notes de fin de document

¹ On parle d'externalités multiplateforme lorsque les utilisateurs de différentes faces d'un marché bénéficient d'un avantage, par exemple lorsque les annonceurs bénéficient d'un plus grand nombre de personnes voyant le contenu.

² Article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

³ Competition Act 2002, section 4(1).

⁴ Competition Act (No.89 of 1998), section 8.

⁵ Section 2 du Sherman Act

⁶ Act on the Prohibition of Private Monopolisation and the Maintenance of Fair Trade (Loi No. 54 du 14 avril 1947)

⁷ Loi fédérale sur la concurrence économique

⁸ Section 46, Competition and Consumer Act 2010.

⁹ Loi 12.529/2011, Article 36.

¹⁰ Competition Act (No.89 de 1998)

¹¹ Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-413/14 P (*Intel*), 6 septembre 2017, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62014CJ0413>.

¹² Bien que le ministère de la Justice américain ait engagé une procédure contre Microsoft en 1998, décrite dans l'Encadré 8.

¹³ Certaines décisions de justice envisagent d'autres définitions de la position dominante, y compris au titre du pouvoir détenu en raison d'un portefeuille ou de l'intégration, mais elles ne sont pas au centre des théories du préjudice appliquées aux marchés numériques qui sont étudiées dans la présente note, et ne seront donc pas couvertes par celle-ci (voir, par exemple, Azzopardi (2015^[111])).

¹⁴ UK Office of Fair Trading Guidance, « Abuse of a dominant position: Understanding competition law », https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284422/oft402.pdf.

¹⁵ Federal Trade Commission Guidance, « Monopolisation Defined », <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>.

¹⁶ Lorsque le niveau de la demande sur une face de la plateforme génère des externalités positives pour une autre face de la plateforme – voir, par exemple, (OCDE, 2018^[34]). À titre d'exemple, une augmentation de la base d'utilisateurs sur une plateforme de réseau social pourrait accroître la valeur de la plateforme pour les annonceurs, étant donné que leurs annonces seront vues par un plus grand nombre de personnes.

¹⁷ Voir, par exemple, Commission européenne, « Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence » (97/C 372 /03), [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN); US Department of Justice 2008 Report on Competition and Monopoly : Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act, <https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act>; UK Office of Fair Trading Guidance, « Abuse of a dominant position: Understanding competition law », https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284422/oft402.pdf.

¹⁸ Commission européenne, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, 24 février 2009, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009XC0224%2801%29>.

¹⁹ Loi allemande sur la concurrence, article 18 Position dominante sur le marché, https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/_18.html [version en langue allemande].

²⁰ Extrait de OCDE (2019, p. 23^[3]).

²¹ Loi N° 12.529 du 30 novembre 2011 [traduction en langue anglaise], <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/gestoes-antiores/regulacao-economica/legislacao/LAW%20No%2012529%202011%20-English%20version%20from%2018%2005%202012.pdf/download#:~:text=This%20Law%20structures%20the%20Brazilian,property%2C%20consumer%20protection%20and%20repression>

²² Commission européenne, « Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases) », https://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html.

²³ Fair Trade Commission du Japon, « The Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act [Traduction provisoire] », https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/guidelines_exclusionary.pdf

²⁴ Orientations de l'Office of Fair Trading du Royaume-Uni, « Abuse of a dominant position: Understanding competition law », https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284422/oft402.pdf.

²⁵ Federal Trade Commission Guidance, « Monopolisation Defined », <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/monopolization-defined>.

²⁶ Bien que certaines juridictions considèrent les restrictions verticales, notamment les clauses de la nation la plus favorisée, comme des abus de position dominante, elles ne seront pas traitées ici. Voir OCDE (2018^[105]) pour une discussion sur les problèmes uniques qui se posent au titre des restrictions verticales sur les marchés du commerce en ligne.

²⁷ Voir, par exemple, la Note de la Corée adressée au Comité de la concurrence de l'OCDE à l'occasion de la table ronde sur la concession sous licence de droits de propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)23/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)23/en/pdf).

²⁸ Communication de la Commission européenne de 2009 - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN).

²⁹ Code de commerce français, Article L.420-2 et Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, Article 102.

³⁰ 27 mai 2011, *Competition Bureau sues Canada's largest Real Estate Board for denying services over the Internet*, <https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03379.html>

³¹ Cette discussion se rapportait à la détermination du marché en cause.

³² Disponible à l'adresse : <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/single-firm-conduct/refusal-deal>.

³³ Décision de la Commission du 28.07.2005 relative à une procédure en vertu de l'article 82 du traité CE (Affaire COMP/C-2/37.792 Microsoft), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_866_9.pdf.

³⁴ Voir le paragraphe 24 de la Communication de la Commission européenne de 2009 - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN).

³⁵ Voir le paragraphe 75 de la Communication de la Commission européenne de 2009 - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN).

³⁶ Voir, par exemple, la contribution des autorités de la concurrence du Royaume-Uni à la table ronde de l'OCDE de 2009 sur la compression des marges (OCDE, 2009, p. 225^[71]).

³⁷ Voir Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices, *In the Matter of Google Inc.*, FTC File Number 111-0163, 3 janvier 2013, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-google-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf

³⁸ Communiqué de presse de la Commission européenne du 20 mars 2019 : Antitrust : la Commission inflige une amende de 1,49 milliards d'euros à Google pour pratiques abusives en matière de publicité en ligne, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770.

³⁹ Il y a « vente liée » lorsqu'une entreprise exige de ses clients qu'ils achètent un ou plusieurs produits « liés » lorsqu'ils souhaitent acheter un produit « liant ». Cette pratique peut avoir des raisons techniques – par exemple limiter la compatibilité des produits d'un concurrent – ou résulter de dispositions contractuelles, qui obligent les clients à acheter les produits ensemble. La vente forcée d'une gamme complète est une expression utilisée pour décrire la situation dans laquelle un consommateur qui souhaite un produit (le produit pour lequel l'entreprise détient une position dominante) est contraint d'acheter une gamme complète de produits. (OCDE, 2020, p. 10^[79])

⁴⁰ Il y a « vente groupée » lorsqu'une entreprise offre de multiples produits ensemble comme un seul et même « package ». Elle peut ce faire en procédant à une vente groupée pure, ce qui signifie que les produits ne sont disponibles que pour être vendus ensemble, ou à une vente groupée mixte, ce qui signifie que les produits peuvent être achetés séparément mais sont disponibles ensemble, généralement avec un rabais. Les ventes groupées mixtes incomplètes désignent des situations dans lesquelles une entreprise offre certains – mais non pas l'intégralité – des produits séparément à la vente, c'est-à-dire en plus des produits qui font par ailleurs l'objet d'une vente groupée. (OCDE, 2020, p. 10^[79])

⁴¹ Action engagée aux États-Unis contre Microsoft Corp., action civile No. 98-1232, assignation du 18 mai 1998, <https://www.justice.gov/atr/complaint-us-v-microsoft-corp>.

⁴² Voir p. 181 de la décision de la Commission européenne dans l'affaire AT.39740 *Google Search (Shopping)*, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

⁴³ Affaire M.8124 Microsoft/ LinkedIn, décision de la Commission du 6 décembre 2016.

⁴⁴ Voir Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163, 3 janvier 2013, fn.2, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-google-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf.

⁴⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne du 17 juillet 2019 : Pratiques anticoncurrentielles : la Commission ouvre une enquête sur un éventuel comportement anticoncurrentiel d'Amazon, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291.

⁴⁶ Communiqué de presse de l'Office polonais de la protection de la concurrence et des consommateurs du 10 décembre 2019 : Procedure against Allegro. A new platform for whistle-blowers, https://www.uokik.gov.pl/news.php?news_id=16014.

⁴⁷ Voir Commission européenne, consultations publiques pour se doter d'un nouvel outil en matière de concurrence - évaluation d'impact, https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/index_en.html.

Références

- (n.a.) (2019), *Facebook ./. Bundeskartellamt The Decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) in interim proceedings, 26 August 2019, Case VI-Kart 1/19 (V)*, <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2019/08/OLG-D%C3%BCsseldorf-Facebook-2019-English.pdf>. [10]
- Aburn, B. (2012), “Margin Squeezing: The Superfluous “Fancy Phrase” of New Zealand Competition Law”, *Auckland University Law Review*, Vol. 18, <http://www.nzlii.org/nz/journals/AukULawRw/2012/12.pdf>. [57]
- Akman, P. (2017), “The Theory of Abuse in Google Search: A Positive and Normative Assessment Under EU Competition Law”, *Journal of Law, Technology and Policy* 2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2811789. [51]
- Autorité de la concurrence (2014), *Avis n° 14-A-18 du 16 décembre 2014*, <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14a18.pdf>. [69]
- Azzopardi, A. (2015), “‘Dominant Position’: A Term in Search of Meaning”, <http://www.icc.qmul.ac.uk/media/icc/gar/gar2015/Annalies-Azzopardi.Dominant-position---a-term-in-search-of-meaning.pdf>. [11]
- Bain, J. (1956), *Barriers to new competition: their character and consequences in manufacturing industries*, Harvard University Press. [40]
- Bamberger, K. and O. Lobel (2017), “Platform Market Power”, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 32, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3074717. [46]
- Behringer, S. and L. Filistrucchi (2015), “Areeda–Turner in Two-Sided Markets”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 46/3, <http://dx.doi.org/10.1007/s11151-015-9460-5>. [68]
- Bostoen, F. (2019), “Online Platforms and Pricing: Adapting Abuse of Dominance Assessments to the Economic Reality of Free Products”, *Computer Law & Security Review*, Vol. 35/3, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3395024. [95]
- Bostoen, F. (2018), “Online platforms and vertical integration: the return of margin squeeze?”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Vol. 6/3, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jny006>. [63]
- Botta, M. and K. Wiedemann (2019), “Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision”, *Journal of European Competition Law Practice*, Vol. 10/8, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz064>. [96]
- Bourreau, M. and A. de Streel (2019), “Digital Conglomerates and EU Competition Policy”, <http://www.crid.be/pdf/public/8377.pdf>. [82]
- Bundesgerichtshof (2020), *Federal Court of Justice provisionally confirms allegation of Facebook abusing dominant position*, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2020/23_06_2020_BGH_Facebook.pdf?__blob=publicationFile&v=2. [101]

[98]

- Bundeskartellamt (2019), *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.
- Bundeskartellamt (2019), *Decision of the Bundeskartellamt B6-22/16 regarding Facebook*,
https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5. [9 7]
- Calder, J. et al. (2003), “A review of similarities and contrasts between American Antitrust and European Union Competition Law”, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2004/2,
<https://www.akingump.com/a/web/1047/aogHi/688.pdf>. [2 2]
- Candeub, A. (2014), “Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust”, *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, Vol. 9/3,
<https://digitalcommons.law.msu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1506&context=facpubs>. [4 5]
- Carlton, D. (2004), “Why Barriers to Entry are Barriers to Understanding”, *NBER Working Papers* 10577, <https://www.nber.org/papers/w10577>. [4 1]
- Carlton, D. and M. Waldman (2005), “Tying, Upgrades, and Switching Costs in Durable-Goods Markets”, *NBER Working Paper* No. 11407, <https://www.nber.org/papers/w11407>. [8 1]
- Choi, J. and D. Jeon (2018), “A Leverage Theory of Tying in Two-Sided Markets”, *Toulouse School of Economics Working Papers* 16-689,
<https://econpapers.repec.org/paper/tsewpaper/30704.htm>. [8 7]
- Church, J. (2008), *Conglomerate Mergers*, American Bar Association, Antitrust Section. [8 0]
- Colomo, P. (2020), *Self-Preferencing: Yet Another Epithet in Need of Limiting Principles*,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3654083. [8 8]
- Colomo, P. (2019), “Indispensability and Abuse of Dominance: From Commercial Solvents to Slovak Telekom and Google Shopping”, *European Competition Law and Practice*, Vol. à paraître, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3502519. [5 5]
- Commission européenne (2009), *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=FR) (accessed on 18 September 2020). [1 6]
- Competition Authority of India (2017), *Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law - Note by India*,
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)58/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)58/en/pdf). [9 1]
- Competition Law 4.0 Commission (2019), *A new competition framework for the digital economy: Report by the Commission 'Competition Law 4.0'*,
https://www.bmwi.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3. [1 0 6]
- Concurrences (2013), *Les Marchés “Biface”, Séminaire Nasse*,
<https://www.concurrences.com/fr/revue/issues/no-1-2013/conferences/les-marches-biface-seminaire-nasse-paris-13-decembre-2012>. [7 0]

- Condorelli, D. and J. Padilla (2019), *Harnessing Platform Envelopment Through Privacy Policy Tying*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3504025. [13]
- Coppola, M. and R. Nazzini (2020), “The European and U.S. Approaches to Antitrust and Tech: Setting the Record Straight - A Reply to Gregory J. Werden and Luke M. Froeb’s Antitrust and Tech: Europe and the United States Differ, and It Matters”, *Competition Policy International*, <https://www.ftc.gov/system/files/attachments/key-speeches-presentations/europe-column-may-2020-full.pdf>. [24]
- Cour de justice (2010), “Conclusions de M. Mazák — Affaire C-52/09”, in *Conclusions de l’Avocat général M. Ján Mazák présentées le 2 septembre 2010*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:62009CC0052&from=FR> (accessed on 18 September 2020). [17]
- CPI (2019), *Germany: Facebook succeeds in blocking German ban on data collection*, <https://www.competitionpolicyinternational.com/germany-cartel-office-to-take-facebook-case-to-high-court/>. [99]
- Crémer, J., Y. de Montjoye and H. Schweitzer (2019), *Competition policy for the digital era*, <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kdo419345enn.pdf>. [107]
- Digital Competition Expert Panel (2019), *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf. [49]
- Easterbrook, F. (1986), “Workable Antitrust Policy”, *Michigan Law Review*, Vol. 84/8, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2935&context=mlr>. [12]
- Eisenmann, T., G. Parker and M. Van Alstyne (2011), “Platform Envelopment”, *Strategic Management Journal*, Vol. 32, <https://doi.org/10.1002/smj.935>. [86]
- Eisenmann, T., G. Parker and W. Van Alstyne (2006), “Strategies for Two-Sided Markets”, *Harvard Business Review*, <https://hbr.org/2006/10/strategies-for-two-sided-markets>. [48]
- États-Unis (2017), *Roundtable on Safe Harbours and Legal Presumptions in Competition Law - Note*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)85/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)85/en/pdf). [20]
- Etro, F. and C. Caffarra (2017), “On the economics of the Android case”, *European Competition Journal*, Vol. 13/2-3, <https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1386957>. [76]
- Evans, D. (2020), *The Economics of Attention Markets*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3044858>. [36]
- Ezrachi, A. (2018), *BEUC Discussion Paper on The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, The European Consumer Organisation, <https://ssrn.com/abstract=3191766> (accessed on 18 September 2020). [81]
- Federal Trade Commission (2013), *Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices, In the Matter of Google Inc., FTC File Number 111-0163*, http://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-google. [29]
- Fox, E. (2014), “Monopolization and abuse of dominance: Why Europe is different”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 59/1/Spring. [21]

- Fox, E. (2014), “Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe is Different”, *The Antitrust Bulletin*, Vol. 59/1, <https://doi.org/10.1177/0003603X1405900106>. [7]
- Gebicka, A. and A. Heinemann (2014), “Social Media & Competition Law”, *World Competition*, Vol. 37/2, http://awa2015-concurrences.nursit.com/IMG/pdf/4_social_media.pdf. [92]
- Geradin, D. (2010), “Refusal to supply and margin squeeze: A discussion of why the “Telefonica exceptions” are wrong”, *TILEC Discussion Paper DP 2011-009*, <http://ssrn.com/abstract=1762687>. [56]
- Geradin, L. (ed.) (2013), *Abuse of Dominance- Exploitative Abuses*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2576042. [89]
- Holzweber, S. (2018), “Tying and bundling in the digital era”, *European Competition Law Journal*, Vol. 14/2-3, pp. 342-366, <http://dx.doi.org/10.1080/17441056.2018.1533360>. [28]
- Hovenkamp, H. (2016), “Antitrust Balancing”, *Faculty Scholarship at Penn Law* 1786, https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1786?utm_source=scholarship.law.upenn.edu%2Ffaculty_scholarship%2F1786&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [11]
- Iacobucci, E. and F. Ducci (2019), “The Google search case in Europe: tying and the single monopoly profit theorem in two-sided markets”, *European Journal of Law and Economics*, Vol. 47, <https://doi.org/10.1007/s10657-018-9602-y>. [5]
- Ibáñez Colomo, P. (2016), “Beyond the ‘more economics-based approach’: a legal perspective on Article 102 TFEU case law.”, *Common Law Market Review*, Vol. 53/3, pp. 709-739. [18]
- Jennings, J. (2006), *Comparing the US and EU Microsoft Antitrust Prosecutions: How level is the playing field?*, p. 81. [15]
- Katz, M. (2019), “Multisided Platforms, Big Data, and a Little Antitrust Policy”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 54, <https://doi.org/10.1007/s11151-019-09683-9>. [61]
- Khan, L. (2017), “Amazon’s Antitrust Paradox”, *Yale Law Journal*, Vol. 126, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742. [25]
- Krattenmaker, T. and S. Salop (1986), “Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals’ Costs To Achieve Power over Price”, *The Yale Law Journal*, Vol. 96/2, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7043&context=yjl>. [75]
- Lao, M. (2013), “Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 11/5, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2128613. [64]
- Malik, P. et al. (2019), “Legal Treatment of Abuse of Dominance in Indian Competition Law: Adopting an Effects-Based Approach”, *Review of Industrial Organization*, Vol. 54, <https://doi.org/10.1007/s11151-018-9651-y>. [10]
- Manne, G. and J. Wright (2011), “Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Antitrust Case Against Google”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Vol. 34/1, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1577556. [6]
- Martin, S. (1999), “Strategic and welfare implications of bundling”, *Economic Letters*, Vol. 62, pp. 371-376. [78]

- McAfee, R., H. Mialon and M. Williams (2004), “What Is a Barrier to Entry?”, *The American Economic Review*, Vol. 94/2, <https://www.jstor.org/stable/pdf/3592928.pdf>. [4
3]
- Nalebuff, B. (2004), “Bundling as an Entry Barrier”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 119/1, https://econpapers.repec.org/article/oupqjecon/v_3a119_3ay_3a2004_3ai_3ai_3ap_3a159-187..htm. [8
5]
- Neven, D. (2005), “The analysis of conglomerate effects in EU merger control”, <https://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/conglomerate.pdf>. [7
7]
- OCDE (2020), *Digital advertising markets - Background note by the Secretariat*. [1
0
3]
- OCDE (2020), *Droits relatifs aux données des consommateurs et impact sur la concurrence – Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/fr/pdf). [6
0]
- OCDE (2020), *Les restrictions applicables aux branches d'activité - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2\(2020\)1/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2(2020)1/fr/pdf). [7
2]
- OCDE (2020), *Start-ups, acquisitions prédatrices et seuils de contrôle des fusions - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)5/fr/pdf). [1
0
9]
- OCDE (2020), *Table ronde sur les effets congloméraux des fusions - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)2/fr/pdf). [7
9]
- OCDE (2020), *Using market studies to tackle emerging competition issues*, <https://www.oecd.org/competition/globalforum/using-market-studies-to-tackle-emerging-competition-issues.htm>. [1
10
1]
- OCDE (2019), *Concession de licences de propriété intellectuelle et droit de la concurrence - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)3/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)3/fr/pdf). [6
6]
- OCDE (2019), *La concurrence pour le marché - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)7/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)7/fr/pdf). [5
0]
- OCDE (2019), *Practical approaches to assessing digital platform markets for competition law enforcement - Background note by the Secretariat for the Latin American and Caribbean Competition Forum*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2019\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2019)4/en/pdf). [3
1]
- OCDE (2018), *Digital Platforms and Competition in Mexico*, <https://www.oecd.org/daf/competition/eng-digital-platforms-and-competition-in-mexico.pdf>. [8
3]
- OCDE (2018), *Incidence du commerce électronique sur la politique de la concurrence - Note de référence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)3/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)3/fr/pdf). [1
0
5]
- OCDE (2018), *L'examen des effets hors-prix dans le contrôle des concentrations - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)2/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/fr/pdf). [3
2]
- OCDE (2018), *La personnalisation des prix à l'ère numérique - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/fr/pdf). [9
4]
- OCDE (2018), *Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans contrepartie financière - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/fr/pdf). [9
3]

- OCDE (2018), *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. [3 4]
- OCDE (2017), *Les régimes de protection et les présomptions légales en droit de la concurrence*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)9/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)9/fr/pdf) (accessed on 18 September 2020). [1 9]
- OCDE (2016), *Définir les marchés géographiques au-delà des frontières nationales - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2016\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2016)5/fr/pdf). [3 3]
- OCDE (2016), *Données massives : Adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/fr/pdf). [5 9]
- OCDE (2016), *Remise de fidélité - Note de référence du Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)5/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)5/fr/pdf). [7 4]
- OCDE (2014), *Propriété intellectuelle et processus de normalisation - Note de référence par le Secrétariat*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2014\)27/fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2014)27/fr/pdf). [5 8]
- OCDE (2009), *Competition Policy Roundtables: Margin Squeeze*, <http://www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>. [7 1]
- OCDE (2007), *Competition Policy Roundtables: Refusals to Deal*, <http://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>. [5 4]
- OCDE (2006), *Competition Policy Roundtables: Evidentiary Issues in Proving Dominance*, <http://www.oecd.org/competition/abuse/41651328.pdf>. [3 8]
- OCDE (2004), *Competition Policy Roundtables: Predatory Foreclosure*, <https://www.oecd.org/competition/abuse/34646189.pdf>. [6 7]
- OCDE (1996), *Competition Committee Policy Roundtables: Abuse of Dominance and Monopolisation*, <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/2379408.pdf>. [1 12]
- Office of Fair Trading (UK) (2004), *Abuse of a dominant position: understanding competition law*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284422/oft402.pdf. [5 2]
- Orbach, B. and G. Campbell Rebling (2012), "The Antitrust Curse of Bigness", *Southern California Law Review*, Vol. 85, https://southerncalifornialawreview.com/wp-content/uploads/2018/01/85_605.pdf. [5 3]
- Padilla, J. (2018), *Competition insights: The concept of abuse from an economic perspective*, <https://www.youtube.com/watch?v=SyMW2T9eJXg> (accessed on 17 September 2020). [1 4]
- Podszun, R. (2020), *Facebook @ BGH*, <https://www.d-kart.de/blog/2020/06/23/facebook-bgh/>. [1 0 2]
- Prat, A. and T. Valletti (2018), *Attention Oligopoly*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3197930. [3 5]
- PwC (2020), *Global Top 100 companies by market capitalisation*, <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/assets/global-top-100-companies-june-2020-update.pdf>. [2 1]

- RIC (2020), *Report on the Results of the ICN Survey on Dominance/Substantial Market Power in Digital Markets*. [1]
- Sauter, W. (2019), *A Duty of Care to Prevent Online Exploitation of Consumers? Digital Dominance and Special Responsibility in EU Competition Law*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3353280. [90]
- Schmalensee, R. (2004), *Sunk Costs and Antitrust Barriers to Entry*, <https://www.jstor.org/stable/3592930>. [44]
- Schweitzer, H. et al. (2018), *Modernising the law on abuse of market power*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3250742. [108]
- Shapiro, C. (2019), *Testing Vertical Mergers for Input Foreclosure (Note for OECD Roundtable)*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)75/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)75/en/pdf). [73]
- Shapiro, C. (2005), *Exclusionary Conduct: Testimony Before the Antitrust Modernization Commission*, <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/amcexclusion.pdf>. [65]
- Shelanski, H. (2013), “Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet”, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 161, https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol161/iss6/6/. [104]
- Shepardson, D. (2020), *U.S. Justice Department going ‘full tilt’ on tech antitrust probe: official*, <https://www.reuters.com/article/us-usa-tech-google/u-s-justice-department-going-full-tilt-on-tech-antitrust-probe-official-idUSKCN259332>. [27]
- Siciliani, P. (2019), “Economist’s Note: On the Law & Economics of the Android Case”, *Journal of European Competition Law & Practice*, Vol. 10/10, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpzo74>. [31]
- Sivinski, G., A. Okuliar and L. Kjolbye (2017), “Is big data a big deal? A competition law approach”, *European Competition Journal*, Vol. 13/2-3, <https://doi.org/10.1080/17441056.2017.1362866>. [62]
- Steffel, M., E. Williams and R. Pogacar (2016), “Ethically Deployed Defaults: Transparency and Consumer Protection Through Disclosure and Preference Articulation”, *Journal of Marketing Research*, Vol. 53/5, <http://dx.doi.org/10.1509/jmr.14.0421>. [84]
- Stigler Committee on Digital Platforms (2019), *Final Report*, https://www.google.com/search?q=Stigler+Committee+on+Digital+Platforms+Final+Report+2019&rlz=1C1GCEA_enFR869FR869&oq=Stigler+Committee+on+Digital+Platforms+Final+Report+2019&aqs=chrome..69j57.343j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. [4]
- Stigler, G. (1968), *Barriers to Entry, Economies of Scale, and Firm Size*, Irwin. [42]
- Stucke, M. (2018), “Should We Be Concerned About Data-opolies?”, *Georgetown Law Technology Review*, Vol. 2/2, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3144045. [91]
- Tremblay, M. (2017), *Market Power and Mergers in Multi-Sided Markets*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2972701. [47]
- US Department of Justice (2007), ‘Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, issues Statement on European Microsoft Decision’, https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2007/226070.htm. [26]

[3]

- Werden, G. (1998), “Demand Elasticities in Antitrust Analysis”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 66/2, 9]
<https://www.jstor.org/stable/40843402?read-now=1&seq=1>.
- Werden, G. and L. Froeb (2019), *Antitrust and Tech: Europe and the United States Differ, and It Matters*, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3442798. [2
3]
- White, L. (2007), *Market Definition in Monopoly Cases: A Paradigm is Missing*, [3
0]
<https://www.justice.gov/atr/market-power-and-market-definition-monopolization-cases-paradigm-missing-0>.
- Wu, T. (2017), “Blind Spot: The Attention Economy and the Law”, *Antitrust Law Journal*, [3
7]
 Vol. 82/3, p. 771,
https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=faculty_scholarship.