



Intervention de Monsieur le Président du Conseil de la concurrence

à la 4^{ième} Journée luxembourgeoise de la concurrence conférence

« Le droit de la concurrence à l'ère de la digitalisation »

Luxembourg, le 11 juin 2019

Monsieur le Président, Cher Gabriel,

Monsieur le Directeur général,

Monsieur le Président du Tribunal de l'Union européenne,

Chers membres de l'association,

Mesdames, Messieurs,

C'est avec un immense plaisir que j'ai accepté l'invitation d'aujourd'hui pour vous parler du *droit de la concurrence à l'ère du digital*.

Et savez-vous pourquoi ?

Parce que les nouvelles technologies m'intéressent ? Oui certainement!

Parce que le sujet est d'actualité ? Oui !

Parce que la Commission européenne en a fait une de ses priorités ?

Oui !

Mais avant tout, parce que c'est la première fois que j'ai l'occasion de m'adresser à un public averti, expert en droit de la concurrence, en ma qualité de président du Conseil de la concurrence.

Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi de porter un regard critique sur les dernières évolutions d'un marché en permanente mutation.

Incontestablement, la croissance des instruments et applications dites digitales a apporté un bénéfice confirmé aux consommateurs et ceci à travers toute l'Europe :

- par l'introduction de nouveaux produits,
- par la réduction des coûts de transaction,
- et en conséquence par une meilleure intégration du marché intérieur.

Soyons honnêtes, ces dernières années, la numérisation s'est traduite dans de nombreuses branches par un renforcement notable de la pression concurrentielle. Elle a abouti à ce qu'aucune autorité de concurrence ne peut réaliser aussi efficacement : une intensification durable de la concurrence, qui profite

- à l'ensemble de la société,
- à l'augmentation du bien-être du consommateur,

l'objectif ultime en fait du droit de la concurrence !

D'un autre côté cependant, il y a un consensus de plus en plus grand pour dire que certains comportements d'acteurs dominants, - ou pour utiliser un terme neutre pour le droit de la concurrence, puissants - ont des effets négatifs sur l'économie.

C'est certainement également dans ce contexte, que la Commission européenne a voulu nourrir la réflexion sur la façon de « *Façonner la politique de la concurrence à l'ère du digital* », en publiant tout récemment son rapport sur les défis futurs de la numérisation pour la politique de la concurrence.

Comment déchiffrer les principales conclusions de ce rapport ?

Un premier constat est celui qu'il y aura une tendance inévitable vers la **concentration**. Les auteurs du rapport de la Commission estiment que les grands acteurs du numérique seraient difficiles à déloger de leur position.

Un deuxième grand chapitre du rapport de la Commission est dédié aux **algorithmes**. Un sujet très en vogue aujourd'hui qui est d'ailleurs traité par de nombreuses Autorités de concurrence.

Ainsi une étude conjointe menée par *l'Autorité de concurrence française* et le *Bundeskartellamt* se penchait sur la question des algorithmes et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence.

Les algorithmes permettent notamment dans le cadre des services numériques, l'utilisation de fonctionnalités en temps réel, par exemple, à des fins de classement ou comparaison ainsi que de fixation dynamique des prix.

Partant, les algorithmes pourront bel et bien avoir des effets anti-concurrentiels et conduire à des collusions et des arrangements tacites au bénéfice des entreprises et au détriment du consommateur.

Dans l'affaire *WebTaxi* cependant, le Conseil de la concurrence est tout récemment arrivé à une conclusion différente, pour retenir que l'utilisation des algorithmes et leur conséquence sur la formation des prix, n'étant pas toujours nocifs du point de vue du droit de la concurrence.

Le Conseil a retenu que cette collusion mérite une exemption individuelle via l'article 4 de sa loi relative à la concurrence, car elle apporte des avantages à l'utilisateur en termes de commodité et de prix.

Mais ne perdons pas de vue l'essentiel : le droit de la concurrence s'adresse aux entreprises, et derrière chaque algorithme se trouve une entreprise. Elle ne pourra pas nous dire c'était pas moi, c'était mon algorithme !!

Or, toutes ces évolutions nous amènent à se demander s'il faut adapter le droit de la concurrence actuel, né avant le numérique.

Avons-nous besoin de nouvelles règles ? Faut-il changer les règles - les articles 101 et 102 - ou suffira-t-il d'adapter l'application de ces règles à l'ère digitale ?

Les auteurs de l'étude de la Commission précitée estiment que, tout en apportant un regard critique quant aux évolutions sur le marché numérique, le cadre fondamental du droit de la concurrence, tel qu'énoncé aux articles 101 et 102 du TRAITÉ, continue de fournir une base solide et suffisamment souple pour protéger la concurrence à l'ère numérique.

Or, parallèlement, ils réclament des ajustements à apporter à l'application du droit de la concurrence.

Comment alors interpréter ces deux affirmations ?

A mon avis, la réponse passe par l'analyse de deux phénomènes issus de la digitalisation :

- premièrement, l'importance du « big data » ;
- et deuxièmement, la puissance des grandes plateformes.

Analysant ces deux phénomènes :

Les Big data : Quand les données valent de l'or

À l'ère d'Internet, la grande nouveauté est la « culture du gratuit ». Sur de nombreux marchés numériques, on ne trouve plus de prix en numéraire. Les usagers ne paient plus en argent, mais avec leurs intérêts ou avec des données sur eux-mêmes ainsi que sur leurs comportements en matière de recherche et d'achat. En contemplant les bénéfices réalisés par Google et Facebook, on comprend maintenant à quel point les données sont une ressource précieuse dans le monde numérique. L'attention dont elles font l'objet a précisément le pouvoir de modifier la concurrence.

Il faut donc se demander si, dans certaines situations, l'accès aux données est un élément essentiel à la concurrence – une « facilité essentielle » pour utiliser un terme propre au droit de la concurrence.

Par ailleurs, l'analyse ciblée des comportements d'achat rend possible des différenciations de prix. Ainsi, un seul et même bien est offert à des prix et à des conditions qui varient selon le profil des acheteurs potentiels ! Quoiqu'elle puisse paraître socialement injuste, une telle « inégalité de traitement » ne pose en principe aucun problème sur le plan économique, ni, je pense, sur celui du droit de la concurrence. Où serait l'objet ou l'effet anti-concurrentiel ?

La situation se présente différemment pour ce qui est de l'utilisation croisée des données.

Ainsi, les observations de la commissaire Vestager et la décision ultérieure de la Commission d'ouvrir une enquête préliminaire sur la collecte de données effectuée par Amazon auprès des commerçants indépendants hébergés sur la plateforme Amazon témoignent des soucis de la Commission quant au risque lié à l'utilisation croisée des données.

Le deuxième grand phénomène est celui de la « puissance » des plateformes Internet

Il y avait aussi, bien sûr, des marchés de plateforme avant l'ère numérique. C'étaient les foires, les journaux, les cartes de crédit, les clubs de rencontres, etc. Grâce à la baisse des coûts de transaction sur Internet, des plateformes comme Uber, Airbnb, Amazon et Booking.com ont pris une énorme importance ces dernières années. Les marchés de plateforme exercent principalement une fonction médiatrice, offrant ainsi une valeur ajoutée à tous les participants.

Par rapport aux marchés traditionnels, une différence majeure est leur tendance aux fortes concentrations, qui s'explique principalement par l'effet de réseau. Les plateformes sont d'autant plus attrayantes que le nombre de participants est élevé.

Mesdames, Messieurs,

Quand l'Internet était jeune, les dangers des effets de réseau ont été cruellement sous-estimés.

Un effet de réseau se produit quand l'utilité d'un réseau croît avec le nombre d'utilisateurs.

Plus il y a de clients sur une plateforme, plus cette plateforme devient intéressante pour les commerçants.

S'il y a suffisamment de clients, un tipping point est atteint. Il devient quasiment impossible de vendre sur un autre réseau que cette plateforme. La route vers le monopole devient inévitable !

Un deuxième phénomène digital renforce cette tendance : le winner-takes-it-all.

Dans le monde physique et analogue, il y a toujours une place pour le deuxième : si la file devant le meilleur glacier est trop longue, vous allez chez le deuxième meilleur, qui est toujours très bon.

Dans le monde digital, vous n'avez pas de file d'attente : tout le monde va chez le meilleur, ou chez celui qui est devenu le plus grand grâce aux effets de réseau ...

Faisant le constat que sur les marchés où les effets de réseau et les rendements d'échelle sont importants, il se pourrait qu'il n'y ait de la place sur le marché que pour un nombre très limité de plateformes.

Les évolutions récentes, que ce soit en matière de moteurs de recherche, de commerce en ligne, de réseaux sociaux ou encore de réservations de voyages, justifient à suffisance cette crainte...

En effet, l'épopée de Google, Apple, Amazon et Facebook est extraordinaire. A une vitesse sans précédent dans l'histoire de l'humanité, ces firmes américaines ont révolutionné notre manière de s'informer, d'échanger, d'acheter. Elles ont conquis des milliards d'adeptes, connu une croissance fabuleuse, constitué une valeur que les investisseurs en bourse évaluent à des centaines de milliards de dollars. Avec leur capacité d'innovation, elles ont acquis un pouvoir immense.

Tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, constatait déjà Montesquieu il y a trois siècles.

Aujourd'hui, les autorités américaines et européennes de concurrence s'apprêtent enfin à enquêter sur le pouvoir des géants du numérique.

C'est ici que les choses se compliquent.

Le pouvoir des Gafa pose deux questions majeures.

D'abord, son évaluation. Comme le rappelle le rapport de la Commission, le marché pertinent n'est plus ce qu'il était.

Dans l'économie numérique, la délimitation des marchés peut se révéler complexe. Sur la plateforme Android de Google, par exemple, au moins cinq parties interagissent en plus de Google : les fournisseurs de produits, les fabricants de « smartphones », les développeurs d'applications, les sociétés de télécommunication et les utilisateurs. Dans un tel contexte, il peut être très compliqué de saisir correctement les rapports concurrentiels liant les acteurs en présence.

Parallèlement, les géants numériques ont profité de leur surface financière pour acheter des concurrents et tuer l'innovation dans l'œuf.

Ensuite, la sanction des abus de pouvoir doit aussi être réinventée.

Contrairement aux anciens monopoles, les géants numériques travaillent à rendements croissants. Plus ils sont gros, plus ils sont efficaces. Leur démantèlement se traduirait par une baisse du bien-être collectif

Les critères d'appréciation de cette concurrence doivent donc être réinventés.

Toutes ces particularités placent les autorités de la concurrence devant de nouveaux défis.

Mesdames, Messieurs,

Je pense qu'il est légitime de se poser la question si on est confronté à une **défaillance des instruments d'analyse classiques**.

Sur les marchés traditionnels, les prix sont les meilleurs indicateurs pour savoir quels biens appartiennent au même marché.

Si les demandeurs se détournent d'un produit pour lui en préférer un autre, par exemple en cas de hausse des prix, on peut conclure que ces deux biens sont substituables l'un à l'autre sur ce marché.

Étant donné que de nombreux biens numériques sont gratuits, la possibilité d'une analyse des prix disparaît.

Du point de vue du droit, les conclusions de certaines jurisprudences retenant qu'il ne peut y avoir de marché sans prix ne sont plus tenables.

Même là où des prix sont visibles, des problèmes peuvent se présenter du fait que leur structuration n'est souvent pas neutre sur les marchés de plateforme.

Grâce à l'effet de réseau, il peut paraître tout à fait judicieux, économiquement parlant, qu'un segment de marché en subventionne un autre.

Ainsi, l'utilisation d'une plateforme peut parfois être gratuite pour certains groupes – par exemple les lecteurs d'un journal en ligne – et payante pour d'autres – par exemple les annonceurs –, qui endossent la totalité des coûts.

Sur les marchés numériques, cette absence de prix, complique aussi l'évaluation de la position d'une entreprise sur le marché.

Toutefois, là où les prix manquent ou lorsqu'il faut utiliser d'autres critères pour déterminer une position de marché.

Une référence régulièrement utilisée, à côté des prix, est celle des parts de marché.

Or, dans le monde numérique, deux raisons font qu'il n'est pas indiqué de se référer « mécaniquement » à des parts de marché.

Premièrement, la définition du marché des plateformes pose problème, ce qui impose de sérieuses restrictions au calcul des parts de marché réelles.

Deuxièmement, l'effet de réseau pousse aux concentrations pour les plateformes. Considérées isolément, les parts de marché ne sont donc guère représentatives.

Voilà pourquoi la formule qui s'impose pour déterminer la position de marché des entreprises dans l'économie numérique est l'analyse au cas par cas. Celle-ci devrait reposer essentiellement sur des critères comme la concurrence qualitative et la vulnérabilité de la position de marché liée aux cycles de l'innovation, au libre accès, ou à la capacité financière d'une entreprise.

Mesdames, Messieurs,

Permettez-moi de résumer :

Le monde des plateformes en ligne présente des défis importants pour les autorités de concurrence et ce défi est susceptible de s'accroître au fil des avancées technologiques potentiellement révolutionnaires : véhicules autonomes, drones et intelligence artificielle toujours plus sophistiquée.

Si les plates-formes en ligne offrent d'énormes avantages aux consommateurs, le droit de la concurrence - et l'article 102 du TFUE en particulier - doit être utilisé de manière appropriée pour minimiser les effets anticoncurrentiels potentiels, sans pour autant faire perdre aux consommateurs leurs avantages incontestables.

Je pense que l'action de la Commission européenne dans les dossiers Google, et, potentiellement, Amazon, tout comme les procédures auprès de nombreuses Autorités de concurrence impliquant des entreprises comme Amazon, Facebook ou Booking montrent le chemin et démontrent que les règles traditionnelles du droit de la concurrence restent pertinentes.

Personnellement, je pense qu'un nouveau « droit de la concurrence numérique » ne s'impose pas. Il est suffisant d'appliquer les règles existantes. Or, les nouveaux défis étant surtout d'ordre méthodologique, il faudra demain recourir davantage aux analyses de cas en cas et, si nécessaire, à des adaptations méthodologiques ponctuelles pour évaluer les faits relevant du droit de la concurrence dans le monde numérique.

Mesdames, Messieurs,

Si je n'ai pas apporté de réponse à toutes les questions, j'espère que je vous ai fourni bon nombre de questions pouvant alimenter votre table ronde qui suit.

Merci pour votre attention.

