

Discours de Monsieur le Président du Conseil de la concurrence lors
de la conférence inaugurale de rentrée de l'Université de
Luxembourg

*Bouleversements numériques et législatifs : les grands défis de
l'autorité de concurrence luxembourgeoise*

Luxembourg, le 20 septembre 2021

Madame la Doyenne de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance,

Madame la Directrice de la Clinique du droit,

Madame la Professeure de droit européen,

Monsieur le Directeur du Département de Droit,

Mesdames, Messieurs les Enseignants,

C'est avec un immense plaisir que j'ai accepté l'invitation d'aujourd'hui.

Chers étudiants,

Je suis sûr que vous avez tous déjà été en contact avec le droit de la concurrence.

Consciemment ou inconsciemment, car le droit de la concurrence se cache dans presque tous les domaines de notre vie.

Imaginez le scénario suivant : un ami ou une amie vous invite via WhatsApp à regarder le match du PSG contre Manchester United à la télévision ce mercredi.

Comme vous êtes impatient de voir jouer Lionel Messi pour son nouveau club, vous acceptez avec plaisir. En route, vous achetez encore des chips, des biscuits et de la bière pour bien se mettre à l'aise devant la télé.

90 minutes de foot, prolongations, tirs au but, la soirée fut agréable mais longue et hélas, vous êtes obligé d'appeler un taxi pour rentrer.

Le lendemain, pour combattre vos maux de tête, il vous faudra prendre un comprimé.

Ce scénario *a priori* banal est rempli de questions concurrentielles.

Et si vous m'écoutez attentivement dans les minutes qui suivent, vous reconnaîtrez également que les éléments de cette soirée foot, à savoir les chips, le taxi, le bar, les comprimés et les plateformes en ligne comme WhatsApp sont en fait tous en relation avec le droit de la concurrence.

D'ailleurs, saviez-vous que tout récemment, un fan déçu du Barça a déposé une plainte en matière de concurrence auprès de la Commission européenne pour empêcher le transfert de Lionel Messi au PSG ?

L'argument invoqué était principalement celui des aides d'État.

Mais venons-en au sujet : qu'est-ce que le droit de la concurrence ?

A la base, dans les économies de marché, le droit de la concurrence joue le rôle d'un arbitre. Comme dans le sport, les marchés donnent les meilleurs résultats quand la concurrence est la plus intense.

Dans l'idéal, nous aimerions que les marchés soient aussi concurrentiels que possible.

Mais du point de vue des entreprises, les choses peuvent se présenter de manière différente. Quand on est une entreprise, on n'aime pas la concurrence. Plus il y a de concurrents sur notre marché, plus les clients vont se répartir entre les différentes entreprises du marché.

Ce qui implique moins de clients et moins de chiffre d'affaires pour chacune des entreprises présentes sur le marché.

De même, si une entreprise veut augmenter ses prix, elle perdra certainement des clients, qui se tourneront alors vers les concurrents. La concurrence est donc néfaste pour les bénéficiaires. Par conséquent, les entreprises essaient d'échapper à la concurrence.

Ceci peut se faire de deux manières différentes.

La première manière de faire face à la concurrence c'est de dépasser ses concurrents en offrant un produit supérieur ou en offrant un même produit à de meilleures conditions. Dans ce scénario, le jeu de la concurrence déploie ses effets désirés, en poussant les entreprises à s'améliorer en permanence.

Mais il y a aussi une deuxième approche, beaucoup plus problématique. Les entreprises peuvent décider de se débarrasser de la pression concurrentielle en passant des accords entre elles. Dans un tel scénario, les entreprises sur un marché peuvent décider entre elles de ne pas baisser leurs prix ou même de les augmenter. Dans ce cas, le mécanisme des marchés est sévèrement entravé. C'est exactement pour empêcher ces situations que presque tous les États du monde ont introduit des lois qui interdisent de tels comportements. C'est ce qu'on appelle le droit de la concurrence.

En quoi consistent donc ces règles de concurrence ?

Le premier angle du droit de la concurrence concerne **l'interdiction des ententes**. Entente il y a, si les entreprises coordonnent leur comportement sur un marché. Prenons l'exemple d'un marché qui touche souvent, en tout cas à mon époque, de près les étudiants : à savoir le marché de la bière.

Dans les années 2000, les brasseries de bières de plusieurs pays européens ont dû payer des millions d'euros d'amendes. Elles s'étaient entendues sur leurs prix et s'étaient réparti les marchés.

Les brasseries luxembourgeoises ont également été poursuivies, puisqu'elles avaient convenu de ne pas se faire concurrence pour leurs clients.

Ainsi, un bar ne pouvait plus s'approvisionner auprès d'une marque alternative à un meilleur prix. Cette élimination de la concurrence a naturellement touché non seulement les bars, les restaurants et les hôtels, mais aussi, en fin de compte, tous les consommateurs, qui ont dû payer plus cher leur bière. On retrouve ici, vous l'aurez remarqué, un premier élément de mon scénario d'introduction.

Le deuxième instrument du droit de la concurrence est **l'interdiction d'abuser d'une position dominante**. Cet élément peut être imagé avec une citation du film Spiderman. Dans ce film, Peter Parker se voit dire par son oncle : "*With great power comes great responsibility*". C'est précisément ce principe qui se trouve à la base de l'interdiction des abus de position dominante.

Il n'est pas interdit à une entreprise d'occuper une position dominante sur un marché, voire de détenir un monopole.

Toutefois, une telle entreprise ne peut pas abuser par la suite de ce pouvoir, en exigeant par exemple des prix bien supérieurs au niveau concurrentiel.

Citons un exemple classique : celui des entreprises pharmaceutiques qui obtiennent un monopole temporaire – mais qui peut durer - grâce aux brevets sur les médicaments. Ces entreprises sont souvent poursuivies par les autorités de concurrence pour pratiques de prix excessifs. Les produits concernés pourraient être, par exemple, les comprimés contre les maux de tête de mon scénario introductif.

Un troisième pilier du droit de la concurrence est le contrôle des concentrations. Contrairement aux deux autres instruments, l'objectif ici est la **prévention** des problèmes de concurrence en empêchant les fusions entre entreprises qui pourraient, par exemple, conduire à la création d'une telle position dominante. Jusqu'à présent, le contrôle des fusions est le seul instrument de cet arsenal qui manque encore au Luxembourg.

Bien entendu, il faut aussi des personnes qui veillent au respect de ces règles. Au niveau européen, la Commission se charge de cette tâche pour tous les cas impliquant plusieurs États membres. Les affaires dont les effets se limitent principalement aux marchés nationaux sont traitées par les autorités nationales.

Au Luxembourg, qui est l'autorité de concurrence ?

Au Luxembourg, c'est le Conseil de la concurrence. On est situé Place de Paris, à Luxembourg-Ville, et comptons parmi nos collaborateurs principalement des juristes et des économistes.

Même si nous avons pu engager cette année-ci le premier diplômé de l'Université de Luxembourg, j'espère pouvoir en accueillir encore davantage dans les années à venir que ce soit pour un stage ou pour un poste définitif.

La composition de notre équipe montre que le droit de la concurrence se situe à une intersection intéressante entre les domaines du droit et de l'économie. Dans notre travail quotidien, cet élément interdisciplinaire constitue un attrait particulier, car il ne suffit pas de connaître uniquement son propre domaine. Il faut faire preuve d'ouverture d'esprit et être prêt à apprendre chaque jour quelque chose de nouveau.

Que font nos juristes et économistes ? Leur tâche principale est, bien sûr, d'enquêter.

Les enquêtes commencent soit par une plainte, soit de notre propre initiative lorsque nous soupçonnons l'existence de problèmes.

Afin d'obtenir les informations nécessaires, la loi nous donne des pouvoirs étendus. Les entreprises sont **obligées** de nous fournir soit des informations écrites soit à **comparaître** lors d'auditions orales. Nous avons même le droit d'effectuer des perquisitions dans les locaux des entreprises dans le but **de saisir** des documents compromettants.

Qu'arrive-t-il alors aux entreprises en infraction ?

Si le Conseil constate qu'une entreprise a violé le droit de la concurrence, il peut non seulement ordonner l'arrêt immédiat de la pratique en question, mais également lui infliger une amende allant jusqu'à 10 % de son chiffre d'affaires.

Les violations de la concurrence ne sont donc pas des infractions banales, mais des fautes graves aux conséquences lourdes.

Ainsi, tout récemment, nous avons poursuivi une fixation des prix dans le commerce alimentaire et infligé aux entreprises une amende totale de 3,3 millions d'euros. Dans ce cas, différentes chaînes de supermarchés avaient appliqué les mêmes prix pour les biscuits et les chips.

Le producteur de ces produits jouait le rôle d'organisateur, communiquant les prix à appliquer dans les différents supermarchés et contrôlait leur respect. La concurrence sur les prix a ainsi été éliminée. Les plus attentifs d'entre vous auront reconnu ici la question des chips de mon exemple.

Une autre partie de notre travail qui me tient particulièrement à cœur est la sensibilisation. Malgré leur importance, les questions de concurrence sont souvent méconnues ou mal comprises. Tant par les entreprises que par les consommateurs. C'est pourquoi une partie de nos missions consiste à améliorer la compréhension générale du sujet. Ainsi par exemple, nous avons récemment lancé une campagne d'information sur les risques de collusion dans l'attribution des marchés publics.

Si le droit de la concurrence devait vous intéresser, n'hésitez pas à vous abonner à nos comptes sociaux LinkedIn ou Twitter.

Et il y aura beaucoup à communiquer à l'avenir.

En effet, notre autorité est en train de traverser des changements considérables.

Tout d'abord, il y a la directive dite ECN+. Cette directive vise à harmoniser l'application du droit de la concurrence en Europe.

Bien que les lois sur la concurrence elles-mêmes soient très similaires à travers l'Union européenne, il existe des différences importantes entre les autorités nationales en termes de ressources, de pouvoirs d'enquête et d'indépendance.

La directive vise à réduire ces différences.

Pour le Conseil cela signifie que nos ressources tant financières qu'humaines seront augmentées considérablement dans le futur.

Et ceci sera inévitable, sachant que le champ d'activité du Conseil va également s'élargir de manière significative.

En effet, suite à la mise en œuvre de diverses initiatives européennes, dont notamment la directive « Unfair Trading Practices » ou encore le règlement « Platform to Business », nous nous verrons attribuer des compétences supplémentaires.

Ces deux compétences concernent le secteur agroalimentaire ainsi que les relations entre les plateformes en ligne et leurs clients professionnels.

Bien que ces deux domaines soient très différents à première vue, ils ont un point commun : dans les deux secteurs, **les relations entre les différents acteurs sont très déséquilibrées.**

Dans le secteur agroalimentaire, il n'y a parfois que quelques acheteurs auxquels les producteurs peuvent vendre leurs produits.

Dans le commerce numérique, de nombreuses petites entreprises dépendent de certaines plateformes pour pouvoir proposer leurs produits ou services en ligne. Ainsi par exemple, pour attirer suffisamment de clients, un hôtel doit proposer ses chambres sur Booking.com. Et pour la même raison, un commerçant en ligne est plus ou moins obligé de proposer ses produits sur Amazon.

À l'avenir, l'une de nos tâches consistera donc à empêcher les pratiques commerciales déloyales, tant de la part des plateformes que des acheteurs de denrées alimentaires.

Mais le droit de la concurrence connaît également des bouleversements en dehors du Luxembourg. La numérisation croissante pose des défis majeurs à toutes les autorités de concurrence.

Mais qu'est-ce qui est différent maintenant dans l'économie numérique ?

Tout d'abord le vocabulaire. On parle de « *eco-systems* », de « *gatekeepers* », de « *network effects* », de « *lock-in effects* », de « *data driven business cases* ».

Ce vocabulaire n'est même pas encore repris dans aucun texte législatif.

Les contextes technologiques des entreprises évoluent. À l'avenir, il ne suffira plus de comprendre les aspects juridiques et économiques d'une affaire, une autorité devra également être capable de comprendre les algorithmes ou la gestion de données d'une entreprise.

Les algorithmes sont de plus en plus utilisés pour la détermination des prix. Ils permettent notamment dans le cadre des services numériques, l'utilisation de fonctionnalités en temps réel, par exemple, à des fins de classement ou de 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. Cela entraîne inévitablement le danger qu'ils soient également utilisés de manière abusive pour faciliter une entente.

Dans notre affaire *WebTaxi*, le Conseil a eu à se pencher sur le sujet et est récemment arrivé à une conclusion différente.

Globalement, la question était de savoir si l'algorithme d'une plateforme fixant les prix pour les taxis affiliés constituait ou non une entente sur les prix, pratique en principe répréhensible. Les taxis nous rappellent également le scénario d'introduction et le trajet de retour du bar.

En l'espèce, le Conseil a estimé qu'en principe oui, il s'agissait d'une entente. Mais que les avantages pour les consommateurs, à savoir la réduction des temps d'attente des taxis et même une certaine baisse des prix, justifiaient une exemption et donc une absence de sanction.

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 dire ce n'était pas moi, c'était mon algorithme.

Un deuxième point concerne le rôle du « big data » : quand les données valent de l'or.

A 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 avec de l'argent, mais avec des données sur eux-mêmes, leurs intérêts et 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.

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. Est-ce qu'une telle inégalité de traitement pose problème sur le plan du droit de la concurrence ?

Afin de relever ces défis, le Conseil a commencé à mettre en place un service dédié à ces questions du numérique.

Ceci est d'autant plus important sachant que l'économie des marchés numériques diffère de celle des marchés traditionnels.

A cet égard, les effets dits de réseau méritent d'être soulignés. Un effet de réseau se produit quand l'utilité d'un produit croît avec le nombre d'utilisateurs. Plus

il y a de clients sur une plateforme, plus cette plateforme devient intéressante pour ses utilisateurs.

L'exemple phare est Facebook ou WhatsApp : plus vos amis sont nombreux sur WhatsApp, plus la plateforme vous est utile.

C'est aussi par un message d'invitation via WhatsApp que le scénario d'introduction avait commencé.

S'il y a suffisamment de clients, **un tipping point (point de bascule)** est atteint.

L'effet de réseau devient auto-renforçant, tous les utilisateurs veulent être sur la même plateforme. C'est ce qui s'est précisément passé avec Amazon, chaque commerçant qui veut faire des affaires en ligne doit être présent sur Amazon Marketplace, sa plateforme de commerce électronique. 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 d'attente devant le meilleur glacier est trop longue, vous irez chez le deuxième meilleur glacier, qui est toujours très bon.

Dans le monde digital, il n'y a 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 ...

Et le droit de la concurrence semble jusqu'à présent impuissant face à cette concentration croissante du marché.

Prouver l'abus d'une position dominante nécessite des analyses longues et compliquées.

Dans l'affaire Google/Shopping par exemple, la décision de la Commission est tombée sept ans après l'ouverture de la procédure.

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

La question qui préoccupe les autorités, les universitaires et les acteurs politiques du monde entier est celle de savoir comment limiter la puissance de ces géants de l'Internet et comment améliorer l'application du droit de la concurrence ?

Dans le cadre de débat passionnant, notre autorité a également déjà apporté sa contribution. Ensemble avec nos collègues belges et néerlandais, nous avons publié des propositions concrètes à ce sujet.

Entretemps, la Commission a incorporé des propositions identiques à celles des nôtres dans un nouveau projet de règlement.

Connu sous le nom de « *Digital Markets Act* », la Commission entend ainsi adopter une approche radicalement nouvelle.

S'il devait être adopté, ce projet pourrait constituer une véritable révolution.

En effet, au lieu d'analyser les effets d'une pratique anti-concurrentielle sur les marchés d'un côté ou d'examiner d'un autre côté un abus potentiel résultant d'une situation dominante, l'Europe veut tout simplement interdire d'office certaines pratiques aux grandes entreprises opérant dans le numérique, sans avoir à analyser par la suite quels en seront les effets ou s'il s'agit d'un abus.

La manière dont cette réglementation *ex ante* s'articulera avec le droit de la concurrence existant deviendra certainement encore un champ d'activité passionnant.

Voilà qui conclut mes remarques pour aujourd'hui.

Je suis personnellement enthousiaste à l'idée de pouvoir diriger le Conseil et son équipe dans cet avenir passionnant.

Et qui sait, peut-être que je reverrais l'un ou l'autre d'entre vous - en présentiel je l'espère - à l'avenir car nous accueillons régulièrement des étudiants qui souhaitent effectuer un stage et pourquoi pas rejoindre les rangs de l'autorité de concurrence.

Merci pour votre attention.