

**FIDE**  
**XXIX, Congress, The Hague, May 2020**

**Questionnaire Topic 3 – Droit de la concurrence et économie numérique**  
**France**

**Trans Europe Experts**  
**Pôle Concurrence**

**Raphaël Amaro, Professeur des Universités en droit privé, Université de Caen,**  
[rafael.p.amaro@gmail.com](mailto:rafael.p.amaro@gmail.com)

**Remarques liminaires**

- 1. Peu de décisions significatives mais une « doctrine » institutionnelle diffusée dans des instruments non contraignants.** L'étude des décisions rendues par les autorités et les juridictions françaises en matière de numérique conduit à un premier constat : sur les dix dernières années, on recense peu de décisions vraiment significatives qui concernent le numérique.

Ce bilan n'empêche pas l'Autorité de la concurrence de développer une certaine doctrine en la matière. Toutefois – et c'est déjà un élément instructif qui renseigne sur la doctrine en question – l'Autorité a, jusqu'à présent, formulé les grandes lignes de son analyse du numérique dans des instruments non contraignants, plus que dans des décisions d'application du droit de la concurrence. Aussi ne croit-on pas déformer les intentions de la l'Autorité en disant, qu'à ce jour, sa régulation du numérique emprunte plus au registre de la pédagogie, que de la répression. Parmi les sources utiles à la compréhension de cette doctrine, on consultera tout particulièrement :

- un avis de l'Autorité sur la publicité en ligne de 2018<sup>1</sup> ;
- des communications et des articles récents de l'actuelle Présidente de l'Autorité sur le sujet<sup>2</sup> ;
- des rapports conjoints élaborés avec les autorités britanniques et allemandes :
  - o un rapport conjoint avec la Competition Market Authority sur les écosystèmes<sup>3</sup>.
  - o un rapport conjoint avec le Bundeskartellamt sur les données<sup>4</sup>.

- 2. De la troisième à la quatrième révolution industrielle.** L'étude de l'ensemble des décisions rendues dans le secteur des nouvelles technologies par l'Autorité, conforte ce premier constat. Si l'on s'en tient ici aux seules décisions rendues sur le fondement du droit des pratiques anticoncurrentielles, trois grands types de décisions se dégagent :

- les décisions où il est question de l'accès à internet (fibre optique, 3 ou 4 G, ADSL...);

---

<sup>1</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018 *portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet.*

<sup>2</sup> I. de Silva, « Future of competition law: time to change or time to adapt? », sept. 12, 2019 Keynote, Fordham Conference, [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-09/keynote\\_article\\_fordham.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2019-09/keynote_article_fordham.pdf) ; « 10 years of the French Autorité de la concurrence: looking back and looking ahead », *Journal of Antitrust Enforcement*, 2019, 7, pp. 129 à 136; « Assessing online platform mergers: Taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the digital », *Concurrences*, N° 2-2018 1 pp. 39-49

<sup>3</sup> Aut. conc., CMA, *Analyse économique des systèmes ouverts et fermés*, 16 déc. 2014, disponible en ligne sur le site de l'Autorité : [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse\\_eco\\_syst\\_ouvert\\_ferme.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse_eco_syst_ouvert_ferme.pdf).

<sup>4</sup> Aut. conc., BKam, *Competition law and data*, mai 2016, disponible sur le site de l'Autorité : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>

- celles où il est question de distribution dans le cadre de relations verticales (accès à des contenus numériques, revente en ligne de produits ou de services) ;
- et celles où il est question d'un service en ligne propre à l'économie numérique et reposant, le plus souvent, sur l'exploitation de données *via* une plateforme qui sert d'intermédiaire entre les différentes faces du marché (moteur de recherche type Google search, comparateur de prix type Booking, place de marché type Amazon, réseau social type Facebook, boutique d'applications type AppStore...)<sup>5</sup>.

Pour forcer un peu le trait, on pourrait dire que les deux premiers types de décisions sont marqués par des problèmes de concurrence liés à la troisième révolution industrielle, celle de l'informatique et d'internet, tandis que le troisième type de décisions est marqué par le contexte de ce que certains appellent la quatrième révolution industrielle<sup>6</sup> : celle de la « plateformes » de l'économie.

Quant aux décisions et avis du premier type, de loin les plus nombreuses, s'y posent des difficultés propres aux industries en réseau, comparables à celles que soulève la croissance des marchés de la téléphonie, voire de l'énergie. Dans cette « bataille de l'ADSL »<sup>7</sup>, il est presque toujours question du pouvoir de marché que l'opérateur historique – Orange / France Telecom – tient de son ancienne situation de monopole (maîtrise des facilités essentielles, puissance commerciale, image...).

Les décisions et avis du second type sont plus rares et posent des questions propres au secteur de la distribution, tenant essentiellement à la licéité des accords de distribution sélective et exclusive. Si certaines spécificités de la vente en ligne peuvent parfois leur donner une coloration particulière, la plupart des décisions ne font qu'appliquer des notions dégagées pour l'économie « en dur ». Tel fabricant cherche à limiter, voire à empêcher la commercialisation de ses produits en ligne et, pour ce faire, procède à une sélection à la licéité douteuse de ses distributeurs. Tel autre cherche à se réserver l'exclusivité de la distribution d'un produit ou d'un service et impose des clauses de non-concurrence ou des clauses d'exclusivité aux effets potentiellement anticoncurrentiels<sup>8</sup>. Les exemples les plus

---

<sup>5</sup> L'Autorité de la concurrence propose une autre distinction, tripartite elle aussi, entre le secteur de la fourniture de gros de l'accès à internet, le secteur de la fourniture de détails et le secteur de la fourniture de contenu et de service : v. pour plus de détails G. Decocq, « L'économie digitale saisie par les autorités de concurrence », *AJCA*, 2016, p. 172 et s.

<sup>6</sup> V. pour une étude d'ensemble K. Schwab, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, 2016, spéc. pp. 50 à 66.

<sup>7</sup> G. Decocq, art. préc., n° 4.

<sup>8</sup> V. p. ex. les affaires SNCF : Cons. conc., déc. 04-D-51 du 4 nov. 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Lastminute.com ; Aut. conc., déc. 09-D-06 du 5 févr. 2009 relative à des pratiques mises en oeuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne ; v. aussi dans la même affaire : CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 23 févr. 2010 ; Com. 16 avr. 2013, n° 10-14.881, *Bull. civ. IV*, n° 64 ; CJUE 13 déc. 2012, aff. C-226/11, *Expedia Inc. c/ Autorité de la concurrence e.a.*, *AJDA*, 2013, p. 335, M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère.

emblématiques sont sans doute l'affaire Pierre Fabre<sup>9</sup> (1<sup>er</sup> cas de figure)<sup>10</sup> et l'affaire de la revente de l'Iphone par Orange<sup>11</sup> (2<sup>e</sup> cas figure)<sup>12</sup>.

Il reste les décisions et avis du troisième type, ceux touchant aux pratiques illicites commises lors de la fourniture d'un service en ligne *via* des plateformes qui elles-mêmes s'insèrent dans un écosystème. Ce sont surtout ces décisions ou avis qui sont marqués par les spécificités du numérique. Le présent rapport s'en tiendra donc, pour l'essentiel, à présenter leurs apports.

### 3. Recension des décisions et avis rendus en matière d'ententes et d'abus de position dominante (2014-2019).

La recension de l'ensemble des décisions rendues dans le secteur des nouvelles technologies entre 2014 et 2019 donne une bonne idée du nombre de décisions de ce troisième type.

Ainsi, en 2014, sur les cinq décisions et avis recensés dans la rubrique « télécommunications » du rapport annuel de l'Autorité de la concurrence : trois concernent la téléphonie<sup>13</sup>, une décision concerne la fourniture d'accès à internet<sup>14</sup> et un seul avis concerne un service internet, proprement dit<sup>15</sup>. Tirées de la rubrique « distribution » de ce même rapport, deux affaires concernent la vente en ligne mais qu'il s'agisse de l'affaire *vente-privée.com*<sup>16</sup> ou de l'affaire dite des « produits bruns »<sup>17</sup>, aucune n'implique un *Big Tech*<sup>18</sup>. Enfin et toujours pour cette année 2014, une affaire de la rubrique « santé », l'affaire

---

<sup>9</sup> Cons. conc., déc. 08-D-25 du 29 oct. 2008 *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus sur conseils pharmaceutiques* ; CA Paris, pôle 5, ch. 5-7, 29 oct. 2009 ; CJUE 13 oct. 2011, aff. C-439/09, *S<sup>té</sup> Pierre Fabre Dermo-Cosmétique c/ Président de l'Autorité de la concurrence*, D. 2011, p. 2590, obs. E. Chevrier.

<sup>10</sup> Et dernièrement, les affaires *Bikeurope* : Aut. conc., déc. 19-D-14 du 1<sup>er</sup> juillet 2019 *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des cycles haut de gamme* – à propos de l'interdiction de revente en ligne de vélos par un producteur à ses revendeurs agréés ; et *Stihl* : Aut. conc., déc. 18-D-23 du 24 oct. 2018 *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution de matériel de motoculture* – à propos de l'interdiction de revente en ligne de matériel de motoculture par un producteur à ses revendeurs agréés.

<sup>11</sup> Aut. conc., déc. 08-MC-01 et 10-D-01.

<sup>12</sup> V. encore les affaires *Festina* : Cons. conc., déc. 06-D-24 du 24 juill. 2006 *relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France* ; ou *Bang & Olufsen* : Aut. conc., déc. 12-D-23 du 12 déc. 2012 *relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Bang & Olufsen dans le secteur de la distribution sélective de matériels hi-fi et home cinéma* ; CA Paris, 13 mars 2014, n° 13/00714, D., 2015, p. 943, obs. D. Ferrier ; AJCA, 2014, p. 85, obs. R. Saint-Esteben.

<sup>13</sup> Aut. conc., déc. 14-D-05 du 13 juin 2014 *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à La Réunion et à Mayotte* ; déc. 14-D-10 du 25 sept. 2014 *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des réseaux et des services de communications mobiles* ; avis 14-A-08 du 20 juin 2014 *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes concernant un projet d'analyse des marchés de téléphonie fixe*.

<sup>14</sup> Aut. conc., avis 14-A-06 du 15 avr. 2014 *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur le quatrième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit, du très haut débit et des services de capacités*.

<sup>15</sup> Aut. conc., avis 14-A-18 du 16 déc. 2014 *rendu à la cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes SAS aux sociétés Google Inc. et Google France*.

<sup>16</sup> Aut. conc., déc. 14-D-18 du 28 nov. 2014 *relatives à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne* ; cf. *infra* n° 13.

<sup>17</sup> Aut. conc., déc. 14-D-07 du 23 juill. 2014 *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des produits bruns, en particulier des téléviseurs*.

<sup>18</sup> Dans la première, c'est le site *venteprivée.com* qui était mis en cause, tandis que dans la seconde c'étaient des fabricants de matériel hi-fi, notamment Samsung. La première se termine par un non-lieu, la seconde par un rejet de la plainte faute d'éléments probants pour l'essentiel des pratiques dénoncées par la plaignante, l'instruction est poursuivie pour l'une des pratiques dénoncées.

*Cegedim*<sup>19</sup>, pose la question de l'accès par un concurrent à des données médicales détenues par l'entreprise dominante du même nom. C'est peut-être cette décision qui préfigure le mieux ce que pourrait être, à l'avenir, le contentieux des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur du numérique. Si l'on résume les chiffres de l'année 2014, on trouve trois affaires traitées par l'Autorité de la concurrence qui concernent véritablement un service numérique (« cartographie en ligne », *venteprivée.com* et *Cegedim*). Or – et c'est important – une seule aboutit à une condamnation (*Cegedim*).

En 2015, on retrouve le même ordre de grandeur. Si on laisse de côté les affaires qui concernent la fourniture d'accès à internet, on dénombre deux affaires concernant un service numérique (publicité en ligne<sup>20</sup> et *Booking*<sup>21</sup>). La première conduit l'Autorité à ordonner un complément d'instruction, mais sans prononcer les mesures conservatoires qui lui étaient demandées, la seconde se conclut par des engagements.

Constat comparable en 2016 : on relève un avis sur la vente en ligne de médicaments<sup>22</sup> et une décision de quelques pages<sup>23</sup> rejetant la saisine d'une entreprise se plaignant d'un abus de Google mais faisant état, aux termes de l'Autorité, d'éléments « très insuffisants » pour qualifier un abus.

En 2017, on relève un avis<sup>24</sup> et une décision<sup>25</sup> relatifs à l'accès à Internet et une décision de rejet d'une plainte faiblement étayée contre Google<sup>26</sup>.

En 2018, on dénombre – outre l'avis publicité en ligne abordé ci-après<sup>27</sup> - une seule décision qui concerne le numérique et il s'agit d'une nouvelle décision de rejet d'une plainte contre Google<sup>28</sup>. La plainte est, là encore, jugée peu crédible par l'Autorité.

En 2019, on note enfin une décision de mesures conservatoires contre Google<sup>29</sup>, une décision de condamnation d'une interdiction de revente en ligne<sup>30</sup> et une décision de non-lieu dans le secteur du paiement en ligne<sup>31</sup>.

---

<sup>19</sup> Aut. conc., déc. 14-D-06 du 8 juillet 2014 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Cegedim dans le secteur des bases de données d'informations médicales*.

<sup>20</sup> Déc. 15-D-13 du 9 sept. 2015 *relative à une demande de mesures conservatoires de la société Gibmedia*.

<sup>21</sup> Déc. 15-D-06 du 21 avr. 2015 *sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*.

<sup>22</sup> Aut. conc., avis 16-A-09 du 26 avr. 2016 *relatif à deux projets d'arrêtés concernant le commerce électronique de médicament*.

<sup>23</sup> Aut. conc., déc. 16-D-25 du 23 nov. 2016 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne*.

<sup>24</sup> Aut. conc., avis 17-A-09 du 5 mai 2017 *relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes portant sur le cinquième cycle d'analyse des marchés de gros du haut-débit, du très haut-débit et des services de capacités*.

<sup>25</sup> Déc. n° 17-D-04 du 8 mars 2017 *relative au respect de l'engagement figurant dans la décision autorisant l'acquisition de SFR par le groupe Altice relatif à l'accord conclu avec Bouygues Telecom le 9 novembre 2010* ;

<sup>26</sup> Déc. n° 17-D-24 du 18 déc. 2017 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des moteurs de recherche en ligne et de l'intermédiation publicitaire en ligne*.

<sup>27</sup> *Infra* n° 12.

<sup>28</sup> Aut. conc., déc. n° 18-D-13 du 20 juill. 2018 *relative à des pratiques mises en œuvre par Google dans le secteur de la publicité en ligne*.

<sup>29</sup> Aut. conc., déc. n° 19-MC-01 du 31 janv. 2019 *relative à une demande de mesures conservatoires de la société Amadeus*.

<sup>30</sup> Aut. conc., déc. 19-D-14 du 1<sup>er</sup> juillet 2019, *Bikeurope*, préc.

<sup>31</sup> Aut. conc., déc. 19-D-18 du 31 juill. 2019 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des moyens de paiement par carte bancaire*.

Dans le tableau ci-dessous, sont indexées les décisions rendues en matière de pratiques anticoncurrentielles. Ont été exclues les affaires du 1<sup>er</sup> type, celles qui concernent l'accès à internet.

Année	Nombre de décisions ou d'avis concernant le numérique	Références de la décision ou de l'avis	Pratiques en cause	Dispositif de la décision
2019	3	19-MC-01	Abus	Mesures conservatoires
		19-D-18	Abus	Non-lieu
		19-D-14	Entente	Sanction pécuniaire
2018	2	18-D-13	Abus	Rejet de la plainte
		18-A-03 (avis)	-	-
2017	1	17-D-24	Abus	Rejet de la plainte
2016		16-D-25	Abus	Rejet de la plainte
		16-A-09 (avis)	-	-
2015	2	15-D-13	Abus	Poursuite de l'instruction au fond et rejet des mesures conservatoires
		15-D-06	Entente	Engagements
2014	3	14-A-18 (avis)	-	-
		14-D-18	Abus	Non-lieu
		14-D-06	Abus	Sanction pécuniaire et injonction (non-lieu partiel)

**4. Premiers enseignements.** De cette première recension des avis et décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles, on peut déjà tirer trois enseignements révélateurs :

- 1) le nombre de décisions et d'avis qui concernent le numérique est limité ;
- 2) le nombre de décisions de condamnation l'est encore plus. En dehors des condamnations d'entreprises qui restreignent la vente en ligne, aucune décision de condamnation n'a été rendue à ce jour en matière de numérique.
- 3) Depuis cinq ans, les pratiques de certains Big « Tech », à l'instar Google et de Facebook, ont été examinées par l'Autorité mais aucune de ces entreprises n'a été condamnée à une sanction pécuniaire.

**5. Concentrations.** Par ailleurs, en matière de concentrations, quelques affaires ont concerné le numérique mais une seule a été traitée en phase II - l'affaire *SeLoger / Locig-Immo*<sup>32</sup> - et présente donc un véritable intérêt à l'analyse<sup>33</sup>.

**6. Première explication.** La première explication qui peut être avancée pour comprendre ce bilan tient à l'appréciation nuancée que porte l'Autorité de la concurrence sur les comportements des acteurs du numérique. Si l'Autorité dit avoir conscience des risques pour la concurrence qui résultent d'une concentration massive du pouvoir économique, elle prend aussi acte du dynamisme du secteur et de la difficulté à anticiper ses évolutions. Elle n'est

<sup>32</sup> Aut. conc., déc. 18-DCC-18 du 1<sup>er</sup> févr. 2018 *relative à la prise de contrôle exclusif de la société Concept Multimédia par le groupe Axel Springer*, cf. *infra* n° 13.

<sup>33</sup> V. pour une analyse de cette décision : I. de Silva, « Assessing online platform mergers: Taking up the new challenges faced by the French Competition Authority in the digital », *Concurrences*, n° 2-2018, p. 39 et s.

d'ailleurs pas la seule à adopter cette posture, si l'on en juge à la prudence du récent *Common understanding* des autorités de concurrence des pays du G7<sup>34</sup>.

**Question 1: What are the main cases dealing with the digital economy (focusing on digital businesses or on the competition between digital businesses and incumbent operators) initiated and completed by your competition authority?**

**a. In those cases, have any competition issues been identified which are specific to the digital economy and therefore warrant a particular focus on the digital economy in your jurisdiction?**

7. Plusieurs décisions peuvent être citées, chacune mettant en lumière certaines spécificités du numérique.
8. **Modèle *freemium* et stratégie de prédation : affaire *Bottin Cartographes c/ Google (2015)*.** Dans cette affaire, un premier jugement du 31 janvier 2012 du tribunal de commerce de Paris avait condamné Google pour abus de position dominante à réparer le préjudice causé au demandeur - Bottin Cartographes - à hauteur de 500 000 euros. L'abus constaté par le tribunal découlait de la commercialisation gratuite du service de cartographie en ligne *Google Maps API*. Or ce service, qui permettait aux professionnels d'ajouter des cartes *Google Maps* sur leur site Internet pour indiquer la localisation de leurs lieux de vente, était concurrencé par l'offre payante de la société Bottin Cartographes. Le Tribunal en concluait que l'offre gratuite de Google constituait une pratique de prix prédateur. Il ne sera pas suivi par la cour d'appel de Paris qui infirme ce jugement dans un arrêt du 20 novembre 2015<sup>35</sup>, après avoir sollicité l'avis de l'Autorité de la concurrence<sup>36</sup>. La Cour juge qu'à partir de 2012, l'activité de cartographie de Google était bénéficiaire grâce à son offre premium payante, *Google Maps Portail*, qui couvrait les coûts incrémentaux du service *Google Maps API*. Elle ajoute qu'avant 2012, il pouvait exister un doute quant à la couverture des coûts mais qu'en l'absence d'intention prédatrice, l'abus n'était pas établi.

Le plus intéressant dans cette affaire est sans doute l'avis de l'Autorité. Il y est procédé à une application spécifique à l'économie numérique du test *Akzo* afin d'évaluer le caractère prédateur ou non de l'offre gratuite proposée par Google. L'Autorité soutient qu'une part majoritaire des coûts des services de cartographies de Google était commune à *Google Maps API* et à *Google Maps Portail* mais aussi à *Google Maps*<sup>37</sup>. Elle en conclut que le service gratuit *Google Maps API* n'engendrait qu'un coût évitable minime. Rapproché des marges « très substantielles » de Google pour l'ensemble de ces services de cartographie, ce coût minime conduit à écarter l'hypothèse d'une stratégie prédatrice.

Au-delà de la question des stratégies de prédation, l'affaire révèle aussi la nécessité d'appliquer avec discernement les théories classiques de la domination quand le marché en cause est marqué par certaines spécificités du numérique. En première instance, le tribunal avait procédé à une analyse fruste et inadaptée des coûts supportés par Google pour en conclure à sa culpabilité. Se fiant aux suspicions que manifestent habituellement les autorités

<sup>34</sup> *Common Understanding of G7 Competition Authorities on "Competition and the Digital Economy"* Paris, 5 Juin 2019, publié en ligne sur le site de l'Autorité :

[http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/g7\\_common\\_understanding.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/g7_common_understanding.pdf)

<sup>35</sup> CA Paris, ch. 5-4, 20 nov. 2015, *Google France et Google c/ Bottin Cartographe*, *Concurrences* n° 1-2016, p. 68.

<sup>36</sup> Aut. conc., avis 14-A-18, 16 déc. 2014 *rendu à la Cour d'appel de Paris concernant un litige opposant la société Bottin Cartographes aux sociétés Google et Google France*.

<sup>37</sup> Le service gratuit à destination des internautes du grand public.

de concurrence à l'endroit de la gratuité, il en avait occulté un point crucial : la gratuité est au cœur du modèle économique *freemium*. Elle y procède d'une logique rationnelle qui consiste à faire de l'offre *free* le fer de lance de la communication destinée à attirer les consommateurs, avant de « monétiser » leur présence massive sur le site en leur proposant une offre *premium*. Dans ces conditions, les repères habituels auxquels se fient autorités de concurrence et juridictions pour apprécier le caractère prédateur d'une pratique tarifaire perdent de leur pertinence. C'est le cas notamment du coût marginal de production, dont la valeur indique habituellement le prix en-deçà duquel la tarification d'un opérateur dominant devient suspecte.

- 9. Stratégies d'exclusivité et effet d'éviction : affaire *vente-privée.com* (2014).** On peut mentionner aussi l'affaire *vente-privée.com*. Cette entreprise exploite le site du même nom (devenu *VeePee* depuis) qui permet aux grandes marques, notamment celles de prêt-à-porter, de vendre leurs stocks aux internautes abonnés. Ce marché biface comporte donc un fort effet de réseau : plus il y a de marques sur le site, plus les abonnés peuvent trouver les produits qu'ils recherchent et inversement, plus il y a d'abonnés, plus les marques peuvent trouver des acheteurs intéressés. Les suspicions quant à la légalité de ce modèle économique venaient du fait que *vente-privée.com* avait conclu des accords d'exclusivité avec de nombreuses marques de prêt-à-porter « à forte notoriété ». Il existait donc un risque que les plateformes concurrentes soient évincées du marché, faute de pouvoir proposer aux acheteurs des marques intéressantes. Mais il était possible également que ces concurrentes parviennent, elles aussi, à conclure des accords d'exclusivité avec d'autres marques, empêchant par là, une concentration excessive des parts de marché au profit de *vente-privée.com*. Aussi sérieuse que fût la question posée à l'Autorité de la concurrence, cette dernière ne put y répondre en raison de l'ancienneté des pratiques en cause qui rendait impossible la délimitation fiable d'un marché pertinent<sup>38</sup>.

Elle en conclut toutefois que :

« *Inséré dans les contrats conclus par une entreprise qui serait en situation de domination sur le marché, ce type de clause pourrait être susceptible de constituer un abus.* »

Ajoutant que :

« *En l'espèce, si la qualification d'abus de position dominante au titre des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE doit être écartée pour la période comprise entre 2005 et 2011 pour les raisons précédemment exposées, l'Autorité relève toutefois qu'interrogée en séance, Vente-privée.com n'a pas été en mesure de justifier les clauses d'exclusivité litigieuses au-delà d'une durée de seize semaines.* »<sup>39</sup>

On peut retenir de cette décision, deux enseignements. Premièrement, plus peut-être que les stratégies de prix, comme celles examinées dans l'affaire *Bottin carthographe*, ce sont les stratégies d'exclusivité qui semblent les plus suspectes aux yeux de l'Autorité. Deuxièmement, la régulation du numérique suppose une certaine réactivité des autorités pour être efficace. En l'espèce, l'Autorité n'a pu répondre aux questions qui lui étaient posées en raison de l'ancienneté des faits.

- 10. Affaire des clauses « MFN » / *Booking.com* (2015).** On peut citer aussi l'affaire, connue ailleurs en Europe, des clauses MFN (pour « *most favoured nation* » ou clause de parité

<sup>38</sup> Aut. conc., déc. 14-D-18, préc., points 99 à 115.

<sup>39</sup> Points 126 à 127.

tarifaire) insérées par *Booking.com* dans les contrats avec les établissements d'hôtellerie<sup>40</sup>. Cette affaire présente deux intérêts.

D'abord, elle est instructive par certaines de ses spécificités factuelles, propres au numérique. Pour mémoire, le modèle économique des plateformes hôtelières - qui offre un service d'information et de réservation d'hôtels en ligne - réside dans l'accès à un vaste choix d'hôtels susceptibles de correspondre à la demande de l'internaute et dans la possibilité de finaliser directement la réservation depuis le site, moyennant une commission sur le prix de la nuitée. Ces plateformes ont donc une activité de comparateur de prix et de distributeur de nuitées. La particularité de ce modèle économique vient du fait que ce sont les hôtels qui fixent le prix des chambres sur les plateformes et non ces dernières, contrairement aux modèles habituels de distribution verticale. Cependant, et c'est le cœur du problème, la liberté des hôteliers de déterminer leur politique tarifaire est limitée par les clauses MFN qui les obligent à proposer les meilleurs prix pratiqués sur un autre canal de distribution au bénéficiaire de la clause. Or, dans la mesure où ces clauses sont insérées dans quasiment tous les contrats passés avec les plateformes, leur application conduit mécaniquement à une baisse généralisée des prix proposés par les hôteliers, et donc à une diminution de leurs marges. Logiquement, les hôteliers n'aspirent pas à diminuer leurs prix, notamment par des promotions ciblées, ce qui entraîne une rigidité des prix à la baisse au détriment des consommateurs ainsi qu'une uniformisation des prix entre différentes plateformes. En outre, cette rigidité comporte aussi un effet potentiel de forclusion à l'encontre de nouvelles plateformes qui voudraient entrer sur le marché en pratiquant une politique de prix cassés. L'effet anticoncurrentiel de ces clauses ne fait donc guère de doutes. Toutefois, ces clauses permettent aussi de lutter contre les pratiques de *free riding* de certains opérateurs *low cost*. L'uniformité des prix sur tous les sites permet donc de décourager, au moins partiellement, cette stratégie en incitant le consommateur à finaliser son achat sur le site qui lui offre la meilleure information. De cette façon, la restriction de concurrence causée par les clauses MFN serait compensée par l'investissement des plateformes dans la qualité de leurs services. La difficulté posée par ces clauses MFN était donc épineuse et prenait un relief particulier en raison de l'effet amplifiant d'internet.

Par ailleurs, l'affaire est aussi instructive par les solutions contrastées qui ont été apportées par les autorités de concurrence et les juridictions qui ont eu à en connaître. L'ancien *Office of Fair Trading* britannique avait clôt l'affaire en janvier 2014 par des engagements permettant aux hôtels de proposer des promotions qui ne seraient pas sur les plateformes<sup>41</sup>. Le *Bundeskartellamt* allemand avait interdit purement et simplement ces clauses à l'opérateur dominant<sup>42</sup>. Quant à l'autorité française<sup>43</sup>, elle a accepté des engagements de *Booking.com* bornant le domaine des clauses MFN aux sites des hôtels, afin d'éviter le *free riding* de ces derniers, tout en les autorisant à proposer des prix plus bas sur d'autres plateformes concurrentes. Cela étant, les juridictions judiciaires ont adopté une solution plus radicale consistant à interdire *per se* ces clauses sur le fondement de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du code de commerce qui sanctionne le déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels<sup>44</sup>. Enfin, le législateur est intervenu en insérant, par la loi *Macron* de

---

<sup>40</sup> Aut. conc., déc. 15-D-06 du 21 avr. 2015 *sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*.

<sup>41</sup> OFT, déc. *IHG, Booking.com and Expedia*, janv. 2014.

<sup>42</sup> BKamT, déc. *HRS*, B9 - 66/10 du 20 déc. 2013.

<sup>43</sup> Déc. 15-D-06 du 21 avr. 2015, préc.

<sup>44</sup> T. com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, *AJCA*, 2015, p. 376, obs. R. Maulin.

2015<sup>45</sup>, de nouvelles dispositions au code de tourisme qui, de plein droit, répute ces clauses non-écrites<sup>46</sup>. Ce manque de coordination entre autorités, juge et législateur témoigne donc aussi des difficultés à concevoir une régulation cohérente face aux questions nouvelles que pose le développement de l'économie numérique.

**11. Refus d'accès à des bases de données : affaire Cegedim (2014).** On notera aussi l'existence d'une intéressante décision qui condamne un opérateur dominant, la société Cegedim, opérant sur les marchés des bases de données et de gestion de clientèle destinées aux laboratoires pharmaceutiques<sup>47</sup>. En l'espèce, Cegedim refusait de vendre l'accès à sa base aux clients d'Euris, un concurrent de Cegedim, qui offrait uniquement un service de gestion de clientèle. Les laboratoires qui utilisaient sa solution logicielle, ou souhaitaient le faire, étant privés de la possibilité d'accéder à la principale base de données du marché se sont donc détournés d'Euris, qui a perdu 70% de sa clientèle entre 2008 et 2012. Le traitement discriminatoire organisé par Cegedim a donc été jugé abusif. L'Autorité enjoint par ailleurs à Cegedim de cesser toute discrimination entre ses clients en fonction du logiciel de gestion utilisé.

Si cette décision ne concerne pas un *Big Tech*, elle livre une première illustration de condamnation pour abus de position dominante d'une entreprise qui refuse l'accès à des données. On observera que la base en question n'a pas été qualifiée de facilité essentielle. Le seul traitement discriminatoire a été suffisant pour que l'abus soit constaté.

**12. Les avis « publicité en ligne » et les éventuels abus de position dominante de Google et de Facebook (2018-2010).** On peut citer également les deux avis sur la publicité en ligne, déjà mentionnés, l'un de 2018<sup>48</sup>, l'autre de 2010<sup>49</sup>.

Précisons que les avis ne sont pas rendus au terme d'une procédure contentieuse et contradictoire. Leurs conclusions sont donc prudentes et nécessairement provisoires. Leur étude n'en reste pas moins instructive car l'Autorité de la concurrence y identifie un certain nombre de pratiques, de Google et de Facebook notamment, susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante. En outre, et comme il a déjà été dit plus haut, ces avis sont aussi utiles à la pratique car l'Autorité y formule sa doctrine de façon plus aboutie que dans les décisions recensées.

Parmi les pratiques susceptibles d'être jugées abusives par l'Autorité, dans son avis de 2018, on peut relever un certain nombre de pratiques commises par Google, Facebook et Amazon susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante :

- Des stratégies de couplages, de ventes liées, de prix bas et d'exclusivités qui résulteraient de l'association de plusieurs services d'intermédiation, de l'association de services d'intermédiation et de fourniture de données de ciblage, ou encore de l'association entre un service d'intermédiation et l'accès exclusif à l'inventaire d'un site.

---

<sup>45</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

<sup>46</sup> Art. L. 311-5-2 C. tourisme.

<sup>47</sup> Aut. conc., déc. 14-D-06 du 8 juill. 2014, préc., points 165 à 191 ; voir aussi à propos de la maîtrise d'importantes données par d'anciens opérateurs historiques : l'affaire GDF Suez : Aut. conc. déc. 14-MC-02 du 9 sept. 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Énergie dans les secteurs du gaz et de l'électricité et un avis de l'Autorité sur le marché de l'électricité, à propos d'EDF : Aut. conc., avis 13-A-25 du 20 déc. 2013 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité du marché de l'effacement.

<sup>48</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc.

<sup>49</sup> Aut. conc., avis 10-A-29 du 14 déc. 2010, préc.

- Des effets de levier qui résulteraient de l'utilisation de positions prépondérantes sur certains marchés de services pour se développer sur d'autres marchés (notamment dans les secteurs de l'audit média et des agences média et dans ceux de la fourniture de services publicitaires et de services d'exploitation de données aux annonceurs).
- Des pratiques de traitement discriminatoires, notamment quant à la possibilité de monétiser certains types de contenus, et dans les conditions d'accès des DSP aux places de marché et à certains inventaires.
- Des freins à l'interopérabilité dans le secteur de l'intermédiation publicitaire qui pourraient affecter les conditions d'interconnexion de certains intermédiaires avec d'autres dans le cadre des enchères en temps réel et de la mise en œuvre des campagnes de leurs clients annonceurs.
- Des restrictions sur les possibilités de collecter et d'accéder à certaines données en raison du refus par des opérateurs dominants d'autoriser l'intégration d'éléments de tracking des campagnes pour certains formats publicitaires, la fourniture des données relatives à la qualification par impression des audiences, ou la fourniture de statistiques de recherches des marques des annonceurs.

Parmi d'autres pratiques suspectées par l'Autorité dans son avis de 2010, d'être constitutives d'abus de position dominante, on peut relever encore :

- la possible manipulation des scores de qualité attribué par Google à ses partenaires.
- les évolutions brutales et pour certains observateurs - injustifiées – de ces scores et l'attribution de scores plus favorables aux services de Google ou de ses filiales (notamment le service de vidéo Youtube et le service de recherche géographique Google Maps).

**13. Concentration SeLoger/ Logic-Immo (2018).** En matière de concentrations, on citera surtout la décision *SeLoger / Logic-Immo*<sup>50</sup> du 1<sup>er</sup> février 2018 par laquelle l'Autorité de la concurrence se prononce pour la première fois sur un rapprochement entre plateformes numériques.

SeLoger et Logic-Immo sont spécialisées dans la diffusion en ligne d'annonces immobilières de professionnels de l'immobilier. En 2017, la société, propriétaire de SeLoger notifie à l'Autorité son projet rachat de la société propriétaire Logic-Immo. Après un examen sommaire, l'Autorité ouvre une phase d'examen approfondi en raison des risques qu'elle décèle dans l'importante part de marché que détiendra l'entité concentrée (supérieure à 50 %). On en retiendra deux séries d'enseignements :

- Quant à la méthodologie de l'Autorité, d'abord, il ressort que l'examen approfondi s'est notamment fondé sur « *des auditions réalisées auprès des clients et des concurrents, d'un questionnaire administré en ligne par les services d'instruction auprès de plus de 30 000 professionnels de l'immobilier, de l'examen de nombreux documents internes des parties et de plusieurs études économiques* ».
- Quant à l'analyse concurrentielle de l'Autorité, ensuite, on relèvera qu'elle se concentre surtout sur trois risques : les hausses de prix, l'éviction des concurrents et les effets coordonnés sur le marché des petites annonces immobilières en ligne de professionnels.
  - o L'Autorité conclut que des hausses de prix ne seraient pas rentables en raison des reports de demande qu'elles induiraient vers la concurrence (notamment LeBonCoin).

---

<sup>50</sup> Aut. conc., déc. 18-DCC-18 du 1<sup>er</sup> févr. 2018, préc.

- L'Autorité arrive à une conclusion comparable pour l'éviction des concurrents qui résulterait de stratégies de couplage de l'entité fusionnée et du (rabais offerts aux annonceurs s'ils couplent les offres sur les deux plateformes) verrouillage des annonceurs. Elle estime peu probable sur le long terme qu'une telle stratégie puisse avoir un effet d'éviction. Elle parvient à cette conclusion par une analyse statique et dynamique qui prend notamment en compte les potentiels effets de réseau. Dans son analyse dynamique, elle anticipe une diminution du chiffre d'affaires des principaux concurrents mais en conclut que l'ampleur de cette diminution et le modèle économique plus diversifié des concurrents de l'entité fusionnée (à l'instar de LeBonCoin) ne suffisent pas à ce que cette diminution ait des effets suffisamment sérieux sur la concurrence.
- Enfin, l'Autorité écarte aussi les risques d'effets coordonnés entre la nouvelle entité et le groupe Le Bon Coin en raison du caractère limité de la transparence des prix.

L'Autorité de la concurrence autorise la concentration sans engagement.

**b. Are other cases currently under investigation? If so, could you give a brief summary of the status of these investigations?**

14. Oui, il y a plusieurs affaires en cours d'instruction concernant des suspicions d'abus de position dominante commis par Google mais peu d'informations sont disponibles pour l'heure.

**Question 2: Has your competition authority adapted its enforcement practices in order to keep up with the pace of digital markets?**

**a. How have these adaptations taken shape (legislative changes, policy changes, changes in enforcement strategies)?**

15. **Évolutions récentes de la pratique décisionnelle de l'Autorité.** Il est sans doute un peu tôt pour tirer des conclusions définitives sur les méthodes de régulation de l'Autorité de la concurrence concernant le numérique. Cela étant, l'étude des différentes affaires évoquées dans ce rapport, met en lumière au moins un enseignement : l'attitude de l'Autorité est à la prudence. Cette prudence se manifeste d'abord par une inclination marquée pour les méthodes de régulation négociée, mais aussi par la fréquence des décisions de non-lieu à l'encontre des acteurs du numérique<sup>51</sup>.

Cette attitude semble d'ailleurs différer de celle du *Bundeskartellamt*, qui semble plus offensive. Interrogé sur la procédure contentieuse ouverte par l'autorité allemande à l'encontre de Facebook, l'ancien Président de l'Autorité, Bruno Lasserre déclarait ainsi dans une conférence du 8 mars 2016 préférer pour sa part « *poser les enjeux calmement dans un cadre coopératif et non contentieux* »<sup>52</sup>.

V. aussi *supra*, n° 10 l'affaire *Booking* et le traitement des clauses MFN par l'Autorité, plus conciliante que les juridictions judiciaires et le législateur qui privent ces clauses de tout effet.

<sup>51</sup> V. p. ex. Aut. conc., déc. 13-D-07, préc.

<sup>52</sup> B. Lasserre, intervention aux *Rendez-Vous de l'Autorité*, tenus à Paris le 8 mars 2016 : <https://www.youtube.com/watch?v=EbqXJXrt4IU>

16. « **Affaires Google** ». On peut évoquer aussi en ce sens les différentes « affaires Google » qui donnent un bon aperçu de la prudence de l’Autorité et annoncent peut-être ce qui sera, à moyenne échéance, son mode de régulation privilégié.

Par exemple, et en complément des affaires mentionnées dans notre propos liminaire<sup>53</sup>, citons l’affaire 10-MC-01, dans laquelle l’Autorité avait été saisie d’une plainte de la société Navx, spécialisée dans la fourniture de bases de données radars et utilisatrice le service de publicité en ligne de Google : AdWords. Après suspension de son compte AdWords par Google pour violation de sa politique en matière de contrôle routier, la société Navx avait déposé une plainte contre Google. Elle lui reprochait la rupture brutale de son contrat et un traitement discriminatoire constitutifs d’un abus de position dominante. Une première décision de mesure conservatoire<sup>54</sup> reconnaissait la liberté de Google de définir sa politique de contenus AdWords, tout en indiquant qu’à ce stade de l’instruction, il lui semblait que cette politique avait été « *mise en œuvre dans des conditions non objectives, non transparentes et discriminatoires, au détriment des fournisseurs de bases de données radars et particulièrement de la société Navx* ». Sa décision enjoignait tout de même à Google de faire preuve de plus de transparence et de rétablir, dans les 5 jours, le compte AdWords de la société Navx. Profitant de l’instruction au fond, Google proposa alors des engagements acceptés par l’Autorité qui décida de clore l’affaire<sup>55</sup>.

Plus récemment, dans un autre épisode du contentieux opposant Google à certains annonceurs, utilisateurs du même service AdWords, l’Autorité a décidé de ne pas prononcer de mesures conservatoires tout en poursuivant l’instruction<sup>56</sup>.

**b. Which enforcement tools are or have been available in your jurisdiction to this end? Has the competition authority drafted reports or explicitly adopted guidelines or binding administrative rules tailoring competition law and/or enforcement practices to digital businesses?**

17. Outre les éléments évoqués à la réponse précédente, on peut relever au moins deux techniques de régulation utilisées par l’Autorité de la concurrence pour adapter son action au secteur du numérique :

- La publication de rapports conjoints à l’Autorité de la concurrence et à d’autres autorités nationales :
  - o Un rapport conjoint avec la *Competition Market Authority* sur les écosystèmes<sup>57</sup>.
  - o Un rapport conjoint avec le *Bundeskartellamt*<sup>58</sup> sur les données.
  - o Un rapport conjoint en cours d’élaboration, avec le *Bundeskartellamt* toujours, sur les algorithmes.

---

<sup>53</sup> *Supra* n° 5.

<sup>54</sup> Déc. 10-MC-01.

<sup>55</sup> En substance, ces engagements visaient à améliorer la transparence et la prévisibilité pour les annonceurs du fonctionnement du service AdWords et des causes de suspension des comptes d’utilisateurs : déc. 10-D-30, préc.

<sup>56</sup> Aut. conc., déc. 15-D-13 préc.

<sup>57</sup> Aut. conc., CMA, *Analyse économique des systèmes ouverts et fermés*, 16 déc. 2014, disponible en ligne sur le site de l’Autorité : [http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse\\_eco\\_syst\\_ouvert\\_ferme.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/analyse_eco_syst_ouvert_ferme.pdf).

<sup>58</sup> Aut. conc., BKamt, *Competition law and data*, mai 2016, disponible sur le site de l’Autorité : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>

- Des avis sur le secteur de la publicité en ligne déjà mentionnés plus haut, l'un de 2018<sup>59</sup>, l'autre de 2010<sup>60</sup>.

**c. Have legislators or authorities in your jurisdictions been conducting evaluations of (competition) policy regarding digital markets? If so, could you summarize the outcome of those evaluations?**

18. Cf. réponse précédente.

**Question 3: Is your domestic competition law using the consumer welfare standard as its specific goal? a. If no, what other standards are being relied on as the goal of competition law enforcement?**

**b. If yes, how do you interpret the consumer welfare standard in your jurisdiction?**

19. Le standard du « *bien-être du consommateur* » est utilisé par l'Autorité de la concurrence sans toujours être désigné explicitement. L'Autorité porte notamment son analyse sur les effets des pratiques sur le pouvoir d'achat des consommateurs et sur le choix dont ils bénéficient sur les marchés<sup>61</sup>. L'application du standard permet donc la prise en compte de l'effet sur les prix et des effets qui ne concernent pas les prix. L'actuelle présidente de l'Autorité de la concurrence a récemment proposé la définition suivante du bien-être du consommateur :

*« If consumer welfare mainly addresses price variation, it can also take into account variations in quantity or in quality or diversity of products and services. In other words, the consumer welfare standard allows an analysis of price effects and non-price effects as well, whenever relevant. »*<sup>62</sup>

Dans l'affaire *Bikeurope*, par exemple, c'est l'effet d'une pratique sur le choix du consommateur qui a été analysé. Au stade de l'évaluation de la nocivité de la pratique sur la concurrence, l'Autorité a mis en avant l'importance que revêt le choix du consommateur sur Internet. Elle relève, à cet égard, que l'intérêt d'Internet réside - pour un consommateur - dans la possibilité de choisir le distributeur qui offre le meilleur prix ou le meilleur service et d'obtenir des produits non disponibles chez les distributeurs de sa zone de chalandise physique<sup>63</sup>. L'Autorité a également fait référence au bien-être du consommateur au stade de l'évaluation de la gravité de la pratique en relevant que « *s'agissant de la qualité des personnes susceptibles d'être affectées, il s'agit en l'espèce des consommateurs individuels dont la possibilité (...) de bénéficier du meilleur prix a été limitée* »<sup>64</sup>.

Dans d'autres affaires qui ne concernaient pas le numérique, l'Autorité a pris en compte la qualité du service médical (lors d'un rapprochement entre hôpitaux)<sup>65</sup> ou le pluralisme dans le secteur de la presse et des médias<sup>66</sup>.

---

<sup>59</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc.

<sup>60</sup> Aut. conc., avis 10-A-29 du 14 déc. 2010, préc.

<sup>61</sup> Voir <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/les-vertus-de-la-concurrence#concurrence-et-pouvoir-achat> et <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/les-vertus-de-la-concurrence#concurrence-et-choix>.

<sup>62</sup> I. de Silva, « Future of competition law: time to change or time to adapt? », préc., p. 3.

<sup>63</sup> Aut. conc., déc. 19-D-14 du 1<sup>er</sup> juillet 2019, *Bikeurope*.

<sup>64</sup> Aut. conc., déc. 19-D-14 du 1<sup>er</sup> juillet 2019, *Bikeurope*.

<sup>65</sup> Aut. conc., déc. 17-DCC-95 du 23 juin 2017 relative à la prise de contrôle exclusif du groupe *MédiPôle Partenaires* par le groupe *Elsan*.

<sup>66</sup> Aut. conc., déc. 19-DCC-141 du 24 juillet 2019 relative à la prise de contrôle exclusif de la société *Mondadori France* par la société *Reworld Media*.

20. Quant aux éventuelles évolutions de ce standard, qui consisteraient à y inclure d'autres objectifs, l'actuelle président de l'Autorité ne s'y montre pas favorable, comme l'atteste une récente déclaration en ce sens :

*« All in all, the consumer welfare standard is well-grounded, well-tested, and multi-dimensional. It is a good existing toolbox. Should we then try to change it by broadening its content? I would argue that we should not go down that road, for a number of reasons. First, the consumer welfare standard serves its purpose: protecting consumers and delivering results for them. Second, broadening it would introduce subjectivity into our enforcement, which could in turn expose enforcers to more pressure by interest groups, and weaken the existing standard that offers legal safeguards for parties. Third, applying the consumer welfare standard - as it is - makes it possible to have competitive markets and therefore supports broader goals of social justice and democracy: there is no need to formally incorporate them as they are a natural consequence of the work made by enforcers and regulators upstream.*

*Public interest should, in my opinion, constitute a different step (and in many jurisdictions, falls in the hand of other authorities than the competition agency): industrial policy and promoting national or European champions are clearly not on the list of the things we consider; but we firmly believe that amongst the benefits of solid competition lay greater innovation for the consumer, as well as dynamic industries and services. »<sup>67</sup>*

## **B. Market definition and market power**

**Question 4: How does your competition authority define the market with regard to digital economy players?**

- a. Are the traditional price/product and geographic area criteria being relied on in ongoing or completed investigations or is a new data-focused market test taking shape?**
- b. Does your authority make use of a specific methodology when defining markets for online platforms? (e.g. a distinction between transaction and non-transaction platforms or between business models and functionalities).**
- c. Is the particular nature of platform markets taken into consideration in the market definition practice of your jurisdiction?**
- d. Have the authorities or courts been seized with cases involving zero price markets, and how did they define the relevant market?**

21. Concernant la délimitation des marchés pertinents, l'Autorité de la concurrence applique les méthodes habituelles et s'appuie sur la pratique décisionnelle antérieure – la sienne ou celle de la Commission européenne<sup>68</sup>. Elle s'attache essentiellement aux fonctionnalités des services proposés par les acteurs du numérique.

Par exemple, dans son avis « publicité en ligne » de 2018, déjà cité à plusieurs reprises, elle reprend en substance les conclusions de la Commission dans ses décisions *Facebook/WhatsApp* (2014) et *Microsoft/LinkedIn* (2017) pour la délimitation des marchés

---

<sup>67</sup> I. de Silva, « Future of competition law: time to change or time to adapt? », préc., p. 4.

<sup>68</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. points 154 à 189.

des réseaux sociaux<sup>69</sup> et dans sa décision *Google Shopping* (2017)<sup>70</sup> pour la délimitation des marchés de recherche en ligne.

Axant son analyse sur les fonctionnalités des réseaux sociaux, elle ajoute, par ailleurs, qu'un acteur comme Facebook peut être présent sur d'autres marchés pertinents que celui des seuls réseaux sociaux :

*« À cet égard, l'Autorité a constaté que les fonctionnalités et les informations accessibles sur le réseau social Facebook étaient de plus en plus nombreuses (météo, jeux, place de marché...), et ne sont pas uniquement disponibles sur des services de réseaux sociaux. Ces développements ne remettent toutefois pas en cause les fonctionnalités de base qui font de Facebook un réseau social. Cette évolution du service est, a priori, susceptible en revanche d'illustrer la présence de Facebook sur d'autres marchés pertinents que celui des réseaux sociaux. De nombreuses offres de produits et de services numériques, telles que les offres de services de téléphonie mobile, sont composées de plusieurs services, et ceux-ci peuvent appartenir à des marchés pertinents distincts, sans que cela fasse obstacle à la délimitation du marché principal en cause. »*

## **Question 5: How is market power established in the practice of your competition authority in cases relating to digital economy players?**

### **a. Are market shares being relied on?**

**22.** Oui, en cohérence avec la jurisprudence de la Cour de justice et la pratique décisionnelle de la Commission européenne<sup>71</sup>. L'Autorité de la concurrence rappelle régulièrement que :

*« de manière générale, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché. »<sup>72</sup>*

Elle note toutefois la difficulté à établir de façon exacte les parts de marché détenues par les opérateurs du numérique, notamment Facebook et Google, ce qui la conduit à s'en remettre à des estimations afin « d'appréhender de façon générale et de comparer le poids respectif des entreprises. »<sup>73</sup>

L'Autorité tient également compte d'autres facteurs. Citons, par exemple, la notoriété des acteurs - pour estimer « la solidité et l'importance » de la position dominante (même décision) – la qualité du trafic, ou encore l'existence de plusieurs modèles économiques compétitifs. Elle a ainsi nettement différencié le modèle *open source*, le modèle payant et le modèle *freemium* et a relevé que le modèle *freemium* semblait faire concurrence aux autres modèles et se développer plus rapidement, au point de remettre en cause la viabilité de certains acteurs<sup>74</sup>.

### **b. Is a business' power in related markets taken into consideration? If so, how?**

---

<sup>69</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 166.

<sup>70</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 161.

<sup>71</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. points 196 et s.

<sup>72</sup> Aut. conc., déc. n° 14-D-05 du 13 juin 2014 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à La Réunion et à Mayotte.*

<sup>73</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 197.

<sup>74</sup> Aut. conc., avis 14-A-18 du 16 déc. 2014, préc.

23. Oui, l'Autorité accorde une importance particulière au pouvoir détenu sur les marchés connexes en raison du caractère biface de nombreux marchés du numérique. Comme l'Autorité le rappelle dans ses lignes directrices sur le contrôle des concentrations :

*« [d]ans le cas de marchés bifaces, l'équilibre économique sur un marché ne peut être appréhendé indépendamment des conditions prévalant sur un autre marché. Les deux marchés, bien que distincts, fonctionnent en effet de façon interdépendante, spécificité qui peut être prise en compte aussi bien au stade de la délimitation du marché que de l'analyse des effets de l'opération sur la concurrence et des gains d'efficience »<sup>75</sup>*

L'Autorité ajoute, dans son avis « publicité en ligne » de 2018, que :

*« selon les cas, l'examen d'un marché biface peut donc être mené en définissant un marché unique avec ses deux faces indissociables ou en délimitant les deux faces distinctes de ce marché. Les marchés connexes sont des marchés qui sont « en amont ou en aval les uns des autres », ou des marchés qui concernent « des prestations semblables, à défaut d'être complètement substituables »<sup>76</sup>.*

Son analyse reste donc logiquement conditionnée par le contexte spécifique du marché examiné. Par exemple, elle relève, toujours dans son avis « publicité en ligne » de 2018, que :

*« certains services de Google et Facebook, qui sont des plateformes de référencement et de distribution de contenus, ont la capacité de créer des barrières à l'expansion sur des marchés sur lesquels elles ne sont pas nécessairement actives, mais qui peuvent être connexes. Plusieurs acteurs ont à cet égard souligné l'importance de services tels que Google Search, Facebook, ou YouTube pour le développement du trafic de leurs propres sites et applications. »<sup>77</sup>*

### **c. Has potential or future competition been taken into account when defining market power? Is it used differently for cases in the digital economy?**

24. Oui. La concurrence potentielle est prise en compte, notamment à travers l'étude des barrières à l'entrée et des contrepouvoirs.

25. **L'existence d'importantes barrières à l'entrée.** Dès 2005, l'ancien Conseil de la concurrence intégrait l'examen de la concurrence potentielle à son analyse à travers la problématique des coûts de changement dans l'affaire *CEGID*<sup>78</sup>. Le Conseil avait tenu compte de la formation du personnel (les coûts d'apprentissage) et des coûts associés aux transferts des données.

Idem dans son avis « publicité en ligne » de 2018<sup>79</sup>. Parmi les barrières identifiées, l'Autorité cite :

---

<sup>75</sup> Lignes directrices révisées du 10 juillet 2013 relatives au contrôle des concentrations, [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/ld\\_concentrations\\_juill13.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/ld_concentrations_juill13.pdf), point 421

<sup>76</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 191.

<sup>77</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 231.

<sup>78</sup> Cons. conc., avis n° 05-A-24, 14 déc. 2005, relatif à l'acquisition de la société CCMX Holding par la société S.A. Cegid dans le secteur des progiciels de gestion à destination de la profession comptable.

<sup>79</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc.

- le niveau des parts de marché et l'écart par rapport au premier concurrent. L'Autorité évoque notamment les marchés suivants sur lesquels Google et Facebook ont une avance considérable sur leurs concurrents : moteurs de recherche, services de cartographie, réseaux sociaux, plateformes de partage de vidéos et services de courrier électronique<sup>80</sup>.
- la nécessité de procéder à des investissements significatifs, qu'il s'agisse d'améliorer la qualité des services, de développer de nouveaux services ou de réaliser de la croissance externe<sup>81</sup>. L'Autorité relève, à cet égard, l'importance considérable des investissements qui devraient être consentis par les concurrents de certains *Big Tech* pour arriver à collecter des jeux de données leur permettant de rivaliser avec eux. Elle cite en ce sens l'exemple d'Amazon<sup>82</sup>.
- les économies d'échelles qui permettent d'abaisser les coûts de production. L'Autorité note ainsi que les audiences de Google et Facebook leur permettent la collecte des volumes de données plus importants que leurs concurrents, ce qui, en retour, facilite l'amélioration de la qualité de service, notamment celle des algorithmes utilisés pour la fourniture du service<sup>83</sup>. L'Autorité relie ce constat aux puissants effets de réseau directs et indirects qui permettent à Google et Facebook d'améliorer « *l'audience et les revenus générés par ces services* »<sup>84</sup>.
- L'Autorité pointe également les stratégies de croissance externe sur le secteur de l'intermédiation publicitaire de Google, Facebook et Amazon. Elle observe ainsi que sur ce secteur, la faiblesse des barrières à l'entrée est « relativisée » par les acquisitions des *Big Tech* qui « *empêchent de nouveaux acteurs d'acquérir une taille significative et donc de contester les positions des acteurs établis* »<sup>85</sup>.
- L'Autorité précise, enfin, que certains services de Google et Facebook ont la capacité de créer des barrières à l'expansion sur des marchés connexes (cf réponse précédente).

**26. L'absence de contrepouvoirs significatifs des annonceurs et des éditeurs.** L'Autorité de la concurrence relève aussi, dans son analyse du marché de la publicité en ligne, l'absence de contrepouvoir des annonceurs et des éditeurs de contenu de nature à animer la concurrence sur les marchés où opèrent des *Big Tech*. Elle explique la faiblesse de ces contrepouvoirs par le rapport de force asymétrique entre ces derniers et leurs clients :

*« Chaque éditeur représente une partie infime de la demande totale de services d'intermédiation, qu'elle concerne la publicité Search ou la publicité Display. De même, chaque annonceur représente également une partie très limitée de la demande d'achats d'espaces publicitaires. »*<sup>86</sup>

On peut citer encore la décision *SeLoger / Logic-Immo* où la concurrence potentielle a été prise en compte au terme d'une étude dynamique, v. *supra* n° 13.

<sup>80</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc., point 227.

<sup>81</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc., point 228.

<sup>82</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc., point 234 : « *De nombreux acteurs considèrent que les données d'achat générées sur les services de commerce électronique d'Amazon présentent un intérêt pour les annonceurs et bénéficient de la qualité des données générées dans des environnements logués. D'autre part, Amazon est le leader mondial des services de Cloud Computing, devant Microsoft, Google et IBM. Elle dispose de capacités d'exploitation de données qui figurent parmi les plus avancées, avec celles de Google.* »

<sup>83</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc., point 229.

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 239.

<sup>86</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 244.

**d. Can you notice variations in the use of the concept of market power in digital economy cases compared to other fields?**

27. N/A en France (hormis la prudence et les ajustements que supposent les spécificités de certains marchés du numérique dans l'application de ces concepts).

**Question 6: Can you notice a difference in ex post assessments (abuse of dominance cases) and ex ante assessments (concentration merger control cases), both in relation to defining markets and conceptualizing market power?**

28. L'Autorité estime, de façon théorique, que l'analyse des marchés pertinents et du pouvoir sur les marchés connexes peut varier selon que qu'il s'agit d'un contrôle *ex post* ou *ex ante*<sup>87</sup>. Les décisions recensées ne font toutefois pas apparaître de différence significative à ce jour.

**C. Anticompetitive behaviour in the digital economy**

**Question 7: Which practices in digital markets or involving digital businesses have been analyzed in the decision-making practices or case law of your jurisdiction?**

29. Essentiellement des suspicions d'abus. - Cf. propos liminaires (*supra* n° 1 à 6) et la réponse à la question n° 1 (*supra* n° 7 à 13).

**a. What types of collusive behaviour have been considered as restrictive by object or by effect? Have others been considered as not posing a restriction? What elements have been taken into account to reach either conclusion?**

30. Cf. propos liminaires (*supra* n° 2).

**b. Which unilateral practices (tying, refusal to supply, refusing access to data, long term predatory pricing) have been considered as abusive? Have others been considered not to constitute an abuse? What elements have been taken into account to reach either conclusion?**

31. Cf. réponse à la question 1 (*supra* n° 8, 9, 11 et 12).

**c. Have mergers or other concentrations involving digital businesses been handled by your authority? What criteria or tests have been relied on to allow or prohibit the envisaged concentration?**

32. Oui mais leur nombre est limité (*supra* n° 5).

On peut ajouter que lorsqu'une concentration dans le secteur du numérique est notifiée, l'analyse y est assez classique.

Par exemple, lors de la prise de contrôle par TF1 d'Aufeminin<sup>88</sup>, l'Autorité a procédé à une analyse concurrentielle circonstanciée et l'étude a révélé à cet égard que les concurrents en place sur le marché de la vente d'espaces publicitaires en ligne étaient suffisamment puissants pour écarter le risque d'effets anticoncurrentiels d'une éventuelle stratégie de

<sup>87</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 192.

<sup>88</sup> Aut. conc., déc. n° 18-DCC-63 du 23 avril 2018, préc.

couplage. L'Autorité a aussi considéré que la qualité de la programmation télévisuelle se définissait par sa diversité, laquelle tend à diminuer lors de la mutualisation des programmes au sein des différentes chaînes.

On peut noter, toutefois, que dans l'affaire *SeLoger / Logic-Immo*<sup>89</sup>, l'Autorité a procédé à une analyse globale des effets de la concentration sur les différents marchés affectés plutôt qu'à une analyse des effets sur chaque marché pris isolément.

**Question 8: What reasons have been offered by the businesses concerned to justify (prima facie) anticompetitive behaviour? a. Have economic efficiency justifications been offered by digital economy players to justify certain types of behaviour considered as anticompetitive? If so, please summarize them.**

33. Il y a peu d'affaires où de telles justifications ont été avancées. Citons cependant l'affaire *Cegedim*, impliquant un refus de vente de base de données. L'entreprise avait invoqué des justifications objectives. Selon elle, ce refus était justifié par ses soupçons « fortement étayés » de contrefaçon de sa base de données et, partant, par son souci de protection de ses intérêts légitimes contre un comportement de nature à lui causer un préjudice irréversible. L'autorité a réfuté cet argument<sup>90</sup>. Idem dans l'affaire *Booking* où les risques de « free riding » ont été écartés<sup>91</sup>.

34. Trois éléments peuvent expliquer cette situation. Premièrement, les conditions sont strictes : les gains d'efficacité allégués doivent être quantifiables, vérifiables, spécifiques à la concentration et une partie des gains doit être transférée aux consommateurs. Deuxièmement, il incombe aux parties qui souhaitent faire valoir des gains d'efficacité de construire un argumentaire étayé et quantifié démontrant que les gains d'efficacité économique de l'opération sont susceptibles de contrebalancer ses effets anticoncurrentiels. Les parties doivent donc présenter ces gains avec un haut degré de détails<sup>92</sup>. Troisièmement, l'analyse des décisions révèle que les parties notifiantes ne font pas valoir de gains d'efficacité et l'autorité ne procède donc pas à l'analyse de tels gains<sup>93</sup>.

**b. Have these justifications been accepted or rejected by your authority in the cases in which they were offered?**

35. Non, les justifications n'ont pas été retenues par l'Autorité.

**Question 9: Have you witnessed the emergence of specific theories of harm tailored to digital markets?**

36. Non. On peut relever simplement que l'actuelle Présidente de l'Autorité de la concurrence insiste sur l'intérêt de recourir à l'abus d'exploitation dans le contexte du numérique sans pour autant préconiser d'évolution particulière de la notion de restriction de concurrence<sup>94</sup>. C'est aussi ce qui ressort de propos tenus par l'actuel chef du service « Concentrations »<sup>95</sup>.

<sup>89</sup> Aut. conc., déc. 18-DCC-18 du 1<sup>er</sup> févr. 2018, préc., cf. *supra* n° 13.

<sup>90</sup> Aut. conc., déc. n° 14-D-06 du 8 juill. 2014, préc.

<sup>91</sup> Aut. conc. déc. 15-D-06 du 21 avr. 2015, préc. ; cf. *infra* n° 10.

<sup>92</sup> Conseil d'État, 9 avril 1999, 201853, *Coca-Cola / Orangina*.

<sup>93</sup> Voir par exemple l'affaire *SeLoger / Logic-Immo* : Aut. conc., déc. n° 18-DCC-18, préc.

<sup>94</sup> I. de Silva, « Future of competition law: time to change or time to adapt? », préc., p. 6.

<sup>95</sup> E. Chantrel, « Poursuivre la réforme du contrôle des concentrations », *Concurrences*, n° 3-2019 I pp. 14 et s., spéc. p. 17.

**Question 10: What kind of remedies have been employed in cases relating to digital markets. Do you see any differences to remedies in other markets?**

37. Essentiellement des engagements, quand un « remède » a été appliqué par l’Autorité de la concurrence et quasiment aucune condamnation. Comme il a été noté plus haut, l’attitude de l’Autorité est plus prudente et peut-être plus conciliante que sur d’autres marchés, comme celui de la téléphonie, par exemple (*supra*, n° 17).

L’actuelle Présidente de l’Autorité préconise le recours le plus systématique possible aux mesures conservatoires et aux injonctions<sup>96</sup>.

**D. Regulatory overlap and enforcement challenges**

**Question 11: Has there been any overlap in practice between ex ante regulation aimed at controlling market behaviour – such as, but not limited to, consumer protection legislation, the proposed platform Regulation, the GDPR, the geo-blocking Regulation, the ePrivacy Directive and/or proposed ePrivacy Regulation, or similar national instruments of legislation in relation to most favoured nation clauses– and the enforcement practice of competition authorities?**

38. Oui, on peut citer les cumuls de qualifications entre droit des pratiques anticoncurrentielles et le déséquilibre significatif prohibé *per se* à l’article L. 442-1, I al. 2 du code de commerce (anc. Art. L. 442-6, I, 2° du même code). Cf. l’affaire *Booking* (*supra* n° 10).

39. En revanche, l’Autorité de la concurrence semble désireuse de veiller à la complémentarité entre la politique de concurrence, d’une part, et les politiques en matière de données et de contenu, d’autre part. Elle perçoit ces deux autres politiques comme d’importants moyens de favoriser l’animation de la concurrence et leur consacre d’importants développements dans son avis de 2018<sup>97</sup>.

**a. If no, have steps been taken to tackle potential overlap and conflicts in future cases?**

**b. If yes, has this overlap resulted in conflicting interpretations/visions of how digital enterprises can behave on the market?**

40. Oui, cf. l’affaire *Booking* (*supra* n° 10).

**Question 12: Which authorities are responsible for enforcing competition law in the digital economy in your jurisdiction?**

41. L’Autorité de la concurrence et les juridictions judiciaires : tribunaux de grande instance et tribunaux de commerce en première instance ; Cour d’appel de Paris comme juge du second degré.

---

<sup>96</sup> I. de Silva, « Future of competition law: time to change or time to adapt? », préc., p. 7.

<sup>97</sup> Aut. conc., avis 18-A-03 du 6 mars 2018, préc. point 258 et s. « *les règles en matière de protection des données vont continuer à jouer un rôle important dans le fonctionnement concurrentiel du secteur et cette place va croître, dans le contexte de l’entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données et de la loi relative à la protection des données personnelles. Les règles applicables à la protection des données auront ainsi, de fait, une influence significative dans la régulation économique du secteur de la publicité sur internet.* » (point 260)

**a. Are the same authorities entrusted with the enforcement of ex ante digital economy regulation (such as the GDPR and the geo-blocking Regulation, platform regulation) and of competition law?**

**42.** Non. Le GDPR est appliqué par une autre autorité administrative indépendante : la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés).

**c. If not, do these authorities cooperate? Is there room for exchanges of information between them?**

**43.** Pas encore sous une forme institutionnalisée.

**d. Are authorities' decisions reviewed by courts? Is there one court responsible for reviewing cases coming from different authorities?**

**44.** Oui. La Cour d'appel de Paris pour les décisions de l'Autorité de la concurrence, le Conseil d'Etat pour les décisions de la CNIL.