



HAL
open science

L'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt publient une étude conjointe sur les algorithmes et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence

Marie Cartapanis

► To cite this version:

Marie Cartapanis. L'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt publient une étude conjointe sur les algorithmes et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence. *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2020. hal-02612329

HAL Id: hal-02612329

<https://hal.science/hal-02612329>

Submitted on 18 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Pratiques unilatérales Chroniques

| Concurrences N° 1-2020 | pp. 85-93

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences

Aix-Marseille Université

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS

Université Côte d'Azur CIRANO, Montréal

Anne Wachsmann

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat

Linklaters, Paris

le renouvellement du contrat à son échéance (pt. 97). On relèvera cependant que les établissements de santé ayant une obligation légale de traiter les DASRI et *Sanicorse* étant en position monopolistique, la frontière entre le non-renouvellement du contrat pour imposer de nouvelles conditions et l'abus de position dominante peut être tenue. C'est aussi cela, sans doute, que l'Autorité avait voulu sanctionner.

Faute pour l'Autorité d'avoir pu démontrer que les nouveaux tarifs après augmentation étaient en eux-mêmes excessifs, sa décision de condamnation de *Sanicorse* et sa société mère, la *SAS Groupe Cesarini* a donc été annulée par la Cour d'appel.

A. W. & N. Z. ■

A NOTER

Pouvoir de marché – Barrières à l'entrée – Algorithmes : L'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt publient une étude conjointe sur les algorithmes et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence (*Aut. conc. et Bundeskartellamt, Joint study on Algorithms and Competition, 6 novembre 2019*)
Lire également le commentaire p. 81.

Après l'étude menée au sujet du *Big data*, l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt ont publié, le 6 novembre dernier, une étude conjointe sur les algorithmes et leurs enjeux pour l'application du droit de la concurrence. L'étude, longue de 88 pages, s'accompagne d'une synthèse et d'un communiqué de presse. Elle présente les algorithmes à la fois comme des technologies clefs dans le processus de numérisation de l'économie et comme des technologies à risque. Les algorithmes sont des technologies clefs, d'abord, parce qu'ils sont utilisés en permanence et sont au cœur même de certains modèles économiques : agences de voyage en ligne, e-commerce, publicité en ligne etc. Mais ce sont aussi des technologies à risque. Ils peuvent faciliter ou permettre des comportements anticoncurrentiels et interrogent la mise en œuvre du droit de la concurrence, tout particulièrement pour l'administration de la preuve.

L'objectif était donc clair, il fallait établir un échange mutuel sur ces questions et définir une vision commune aux deux autorités. À cette fin, l'étude est structurée en cinq parties : après un chapitre introductif, les deux autorités traitent la notion d'algorithmes et en dresse une typologie (chapitre II), puis abordent les pratiques collusives (chapitre III) et les enquêtes de concurrence (chapitre IV), avant de tracer quelques pistes pour l'avenir (chapitre V). C'est donc principalement sous l'angle des pratiques collusives que le sujet est embrassé : les algorithmes sont perçus comme des "facilitateurs" de pratiques collusives. Mais l'étude apporte également des éléments intéressants à propos des pratiques unilatérales, tant sur les liens entre les algorithmes et le pouvoir de marché que sur les comportements anticoncurrentiels qui peuvent être mis en œuvre.

Définition et typologie des algorithmes

Le premier apport de l'étude est de clarifier la notion d'algorithme et d'en proposer une définition générale, c'est-à-dire une séquence de tâches prédéfinies, traduites en langage informatique, et conçues pour résoudre un problème ou une catégorie de problèmes, à l'aide d'un certain nombre de données. Mais l'étude se focalise sur deux types d'algorithmes, qui peuvent interroger la mise en œuvre du droit de la concurrence. Les premiers permettent de fixer les prix de manière dynamique en adaptant les prix au coût, aux capacités, à la demande ou aux prix des concurrents. Les seconds sont les algorithmes d'apprentissage, c'est-à-dire ceux qui ont la capacité d'adapter leurs paramètres à partir des données dont ils disposent. Ces différents types d'algorithmes peuvent, par ailleurs, être plus ou moins aisément interprétés par l'homme. Ainsi coexistent les algorithmes transparents, qui autorisent l'identification humaine des séquences et des tâches ("*descriptive algorithms*") et les algorithmes plus opaques dont le comportement est difficilement interprétable par l'homme, parce qu'on ne peut pas en observer le fonctionnement par le code ("*black-box algorithms*").

Algorithmes et pouvoir de marché

Certains algorithmes peuvent conférer un pouvoir de marché en élevant des barrières à l'entrée du marché. Sont particulièrement concernés les algorithmes de classement. Toutefois, il y a lieu de ne pas surestimer leur influence dans l'analyse concurrentielle. D'abord, leur développement implique des coûts de R&D, d'équipement et de personnels importants dont il doit être tenu compte. Ensuite, le pouvoir de marché lié aux algorithmes ne provient pas tant de l'algorithme en lui-même que de l'accès à un grand volume de données. On retrouve ici l'analyse de la Commission européenne selon laquelle la viabilité d'un moteur de recherche est conditionnée à la réception d'un volume important de requêtes. Dans le même esprit, en 2017, le 9^{ème} amendement à la loi allemande sur la concurrence mentionnait explicitement l'accès aux données comme l'un des facteurs à prendre en compte lors de l'évaluation du pouvoir de marché.

Algorithmes et abus

L'étude apporte enfin des éléments d'analyse sur les comportements abusifs qui peuvent naître de l'utilisation des algorithmes. Ces comportements ne sont cependant pas nouveaux. Pour l'essentiel les algorithmes favorisent ou étendent le champ d'influence de comportements déjà connus.

Les premières craintes sont d'ordre non tarifaire. Le refus de fournir des informations essentielles sur un algorithme serait, par exemple, susceptible de constituer un abus de position dominante par un effet de levier anticoncurrentiel. L'étude recommande à cet égard la mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles en s'appuyant sur les conditions posées par l'affaire *Microsoft*. L'on trouve également les algorithmes qui permettent les biais de classement en favorisant les services d'une entreprise

au détriment des concurrents. À cet égard, l'étude reprend les conclusions de la Commission européenne établies dans l'affaire *Google Shopping*: le positionnement plus favorable et l'affichage, dans les pages de résultats de recherche généraux de *Google*, du service de comparaison de prix de *Google* par rapport aux services de comparaison des concurrents constitue un comportement abusif (Commission européenne, *Google Shopping*, AT.39740, 27 juin 2017, §341). Un algorithme peut également être utilisé par une entreprise pour exercer une pression sur ses concurrents en menaçant, par exemple, un déclassement de fournisseurs ou de clients afin de les inciter à adopter certains types de comportements (Aut. conc., décision de rejet relative à des pratiques mises en œuvre par Google dans le secteur de la publicité en ligne, 18-D-13, 20 juillet 2018).

Les secondes craintes sont d'ordre tarifaire. Ainsi, des prix excessifs ou prédateurs fixés par un algorithme pourraient être constitutifs d'un abus. Là encore, l'étude suggère le recours aux instruments déjà existants du droit de la concurrence. Le cas s'est présenté en Allemagne en 2018. Une enquête préliminaire avait été ouverte pour une pratique de prix excessifs mise en œuvre par *Lufthansa*. En réponse, *Lufthansa* arguait qu'elle n'avait pas effectué de modification manuelle, mais que l'algorithme de tarification n'avait fait que réagir à la demande par un traitement automatisé. Le Bundeskartellamt avait alors estimé que la question de savoir si les augmentations de prix étaient le résultat d'un algorithme ou celui d'une intervention humaine n'avait aucune incidence sur la responsabilité de l'entreprise (Bundeskartellamt, *Lufthansa*, B9-175/17, 29 mai 2018). Dans ce cas, la question qui demeure est celle de la qualification de l'excessivité, laquelle est indépendante de son support que constitue l'algorithme.

Outre les prix excessifs, les algorithmes peuvent également faciliter la mise en œuvre de prix discriminatoires. L'étude envisage cette hypothèse à travers la tarification individuelle. Dans ce cas, les prix sont fixés à des niveaux différents, alors que le coût du bien ou du service est identique. Avec l'accumulation et le traitement des données comportementales des consommateurs, les algorithmes facilitent cette possibilité. À ce sujet, l'étude attire l'attention sur l'ambiguïté des effets de ces pratiques. Elles peuvent induire une augmentation des prix pour un groupe de consommateurs. Mais elles induisent également une diminution des prix pour un autre groupe. Il n'y a donc pas une diminution du bien-être, mais un transfert de bien-être entre opérateurs économiques, entre des gagnants et des perdants. Cette situation doit donc être analysée avec pondération, et ne pas éluder la possibilité de justifier ce comportement de manière objective.

L'étude permet d'identifier les pratiques unilatérales pour lesquelles les autorités entendent être vigilantes. Elle n'en adopte pas moins une approche prudente en rappelant que, dans les affaires impliquant des algorithmes, les analyses doivent être effectuées au cas par cas et tenir compte de l'ensemble du contexte et des circonstances techniques et économiques.

Conclusion

In fine, deux éléments se dégagent de l'étude du couple franco-allemand du droit de la concurrence. Premièrement, les outils existants sont suffisamment flexibles pour saisir les comportements mis en œuvre à l'aide des algorithmes. Deuxièmement, les autorités en charge d'appliquer le droit de la concurrence doivent adopter une approche prudente, car rien ne permet de prévoir à quels types d'affaires les autorités de concurrence seront confrontées à l'avenir. Une seule certitude : l'étude s'inscrit dans un débat doctrinal plus large et qui inclut les enjeux de protection des données, de protection des consommateurs, ou encore de loyauté et de transparence... La loi pour une république numérique en France, la Commission d'éthique des données en Allemagne, et le récent règlement européen Platform to Business témoignent de la diversité des réponses apportées et de l'ampleur des débats à venir. On doit se réjouir que l'Autorité de la concurrence et le Bundeskartellamt y contribuent activement.

M. C. ■

Engagements – Test de marché : L'Autorité de la concurrence soumet à consultation publique des engagements proposés dans le secteur des accessoires de contrôle de consoles de jeux vidéo (Aut. conc., 22 oct. 2019, Test de marché pour les engagements proposés par Sony)

L'affaire *Sony* est une nouvelle illustration du succès que rencontre la procédure d'engagements dans l'économie numérique et, plus spécifiquement, dans le secteur des jeux vidéo et des accessoires de contrôle compatibles avec la console *PlayStation 4*.

C'est par une saisine, déposée le 20 octobre 2016, pour des pratiques mises en œuvre par le groupe *Sony* sur le marché des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération et sur le marché des accessoires de contrôle compatibles avec la *PlayStation 4* que débute l'instruction. Avant toute décision au fond, l'entreprise *Sony Interactive Entertainment Europe Limited* (ci-après dénommée *Sony*) a transmis à l'Autorité de la concurrence une proposition d'engagements. Le 22 novembre 2019, l'Autorité a lancé un test de marché afin de recueillir les observations des tiers potentiellement intéressés par les interactions entre les consoles de jeux vidéo et leurs accessoires.

Deux marchés sont concernés. D'un côté, le marché français des consoles statiques de jeux vidéo de huitième génération, qui est dominé par une station de jeux vidéo fabriqué par *Sony* (la *PlayStation 4*). D'un autre côté, cette console interagit avec différents logiciels de jeux grâce à des accessoires de contrôle, dont les plus courants sont connus sous le nom de manettes. Ainsi que le relevait déjà l'Autorité en 2015, les manettes de jeu, qui permettent de contrôler les mouvements sur l'écran, ont un rôle croissant et sont devenues indispensables