



HAL
open science

L'Autorité de la concurrence soumet à consultation publique des engagements proposés dans le secteur des accessoires de contrôle de consoles de jeux vidéo

Marie Cartapanis

► To cite this version:

Marie Cartapanis. L'Autorité de la concurrence soumet à consultation publique des engagements proposés dans le secteur des accessoires de contrôle de consoles de jeux vidéo. *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2020. hal-02612338

HAL Id: hal-02612338

<https://hal.science/hal-02612338>

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

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

pour certains consommateurs (décision de l'Autorité n° 15-D-18 du 1^{er} décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des jeux vidéo). Sur le marché en cause, ces accessoires indispensables sont de trois types : les manettes fabriquées et vendues par *Sony*, les manettes issues de fabricants sous licence octroyée par *Sony*, et les manettes produites par des tiers qui ne disposent pas de licences.

Les préoccupations de concurrence

L'enjeu porte donc sur la protection des droits de propriété intellectuelle détenus par *Sony*, et sur les informations techniques, également protégées, qui permettent d'assurer l'interopérabilité des manettes et de la console de jeu. Car, pour lutter contre la contrefaçon de ses manettes de jeux vidéo, *Sony* a mis en place un système à double détente qui a suscité des préoccupations de concurrence.

D'abord, l'entreprise a instauré un mécanisme d'identification de manettes contrefaisantes, en instaurant une présomption de contrefaçon en fonction des caractéristiques techniques et des circonstances d'utilisation de chaque manette. Par la suite, une "contre-mesure", rendue possible par la mise à jour du système de la console de jeu, a pour effet d'altérer considérablement le fonctionnement des manettes identifiées et présumées contrefaisantes.

Parallèlement à ce système à double détente, l'Autorité relève une politique d'octroi de licence "*ambiguë et caractérisée par un fort degré d'opacité*" parce que *Sony* n'informe pas les tiers intéressés, soit des suites données à leur demande de licence, soit des raisons qui justifient un éventuel refus de licence.

In fine, ce comportement était donc susceptible, selon l'Autorité de la concurrence, de freiner, d'empêcher, voire de dissuader l'entrée et le développement de tiers sur le marché des manettes de jeux compatibles avec sa console *PlayStation 4*. À l'appui de son communiqué de presse, l'Autorité de la concurrence évoque des chiffres qui montrent un net recul des ventes des manettes produites par des tiers sans licence : alors qu'elles frôlaient les 55% des ventes pour la version des consoles précédente (*PlayStation 3*), elles n'atteignent pas les 4% pour la huitième génération (*PlayStation 4*).

Les engagements

En réponse à ces préoccupations formulées par l'Autorité de la concurrence, *Sony* entend bénéficier de l'article L. 464-2 C. com. qui permet à l'Autorité d'"accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes de nature à mettre un terme à ses préoccupations de concurrence susceptibles de constituer des pratiques prohibées visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5". L'entreprise a donc soumis une proposition d'engagements comportementaux prévoyant la mise en place de "*licences officielles*" et dont l'octroi repose sur des critères objectifs et des normes techniques auxquels les intéressés devront se conformer.

Le statut de "demandeur qualifié"

Ces engagements reposent principalement sur le statut de "*demandeur qualifié*", dont l'obtention est soumise à des conditions spécifiques à la fois positives et négatives.

Ainsi, peut être considéré comme un "*demandeur qualifié*" tout demandeur qui respecte les conditions suivantes : avoir consenti à conclure un accord de confidentialité avec *Sony* ; avoir consenti à conclure un accord de respect des droits de propriété intellectuelle de *Sony* ; avoir cessé, le cas échéant, toute violation de ces droits. À cela s'ajoutent des mesures d'identification. Le demandeur devra par exemple fournir à *Sony* diverses informations concernant son modèle commercial (nom des fournisseurs, composants des produits, et sur demande de *Sony*, une copie d'un audit indépendant attestant l'absence de comportement contrefaisant commis par un fournisseur affilié).

Toutefois, *Sony* se réserve la possibilité d'exclure un demandeur du programme officiel si une procédure impliquant les droits de propriété intellectuelle de *Sony* est encore en cours, ou si une décision, même non définitive, a considéré que le demandeur avait enfreint les droits de propriété intellectuelle de *Sony*. Tout refus devra être motivé et communiqué dans un délai raisonnable. Si l'ensemble de ces conditions sont respectées, le tiers intéressé, devenu "*demandeur qualifié*", pourra bénéficier des engagements proposés.

Les critères objectifs et non discriminatoires

Les engagements formulés par *Sony* consistent en la mise en place d'un ensemble de critères objectifs et de normes techniques de qualité auxquels les demandeurs qualifiés devront se conformer pour accéder à la licence officielle. Le demandeur qualifié devra donc respecter trois conditions. Premièrement, que les manettes compatibles avec la *PS4*, qu'il entend fabriquer, ne se limitent pas à la seule reproduction des manettes déjà offertes sur le marché. Deuxièmement, que les manettes visées se différencient des produits existants par des améliorations innovantes portant sur un ou plusieurs paramètres importants (ergonomie, format, personnalisation, option, connectivité...). Troisièmement, les demandeurs qualifiés devront montrer que les manettes qu'ils se destinent à fabriquer sont des produits nouveaux pour lesquels il existe une demande potentielle de la part des consommateurs. *Sony* se réserve cependant la possibilité de fixer d'autres critères permettant de s'assurer que le demandeur qualifié respecte les "*valeurs de la marque Sony*" (valeurs qui ne sont pas définies dans la proposition d'engagements).

Également, *Sony* s'engage à être transparent et à lui communiquer les critères, les normes techniques et les redevances dues en contrepartie de l'octroi de la licence. Le montant des redevances reste à déterminer, mais elles seront fondées sur les chiffres de vente de manettes du demandeur, sans pour autant excéder un niveau tel qu'il empêcherait l'octroi de toute licence sur le territoire français, annihilant, in fine, l'ensemble des engagements proposés.

Enfin, de manière assez classique, la mise en œuvre de ces engagements sera contrôlée par un tiers de confiance, rémunéré par *Sony* dans des conditions assurant son indépendance et agréé par l’Autorité. Notons également la mise en place d’un rapport annuel, établi par le tiers de confiance et par *Sony*, et qui devra être communiqué à l’Autorité.

L’Autorité de la concurrence a soumis cette proposition à consultation (date limite fixée au 23 décembre 2019, 17 h).

La portée des engagements en question

La procédure d’engagements, de plus en plus attractive dans les secteurs de l’économie numérique, permettra-t-elle ici d’équilibrer la tension qui subsiste encore dans les relations entre la protection des droits de propriété intellectuelle et la libre concurrence dans l’économie

digitale ? La consultation des opérateurs du marché, dans le cadre d’un test de marché, est assurément un élément encourageant.

Du reste, elle permettra peut-être de répondre à deux interrogations qui subsistent. D’abord, ainsi que le relevait Alain Ronzano, la durée de trois ans doit interpellier : *“Pourquoi trois ans ? Est-ce en rapport avec la durée pendant laquelle la huitième génération de console de Sony sera encore commercialisée ?”*. Ensuite, il y a lieu de souligner que la mise sur le marché de la nouvelle version de la console de jeu, la *Play Station 5*, est annoncée pour la fin 2020. Les engagements ici proposés, expressément limités à un seul modèle de manette et pour la seule console *PlayStation 4*, suffiront-ils ou devront-ils être étendus à la nouvelle version ? Dit autrement, les engagements doivent-ils, et peuvent-ils, tenir compte des cycles d’innovation et des produits nouveaux qui seront commercialisés dans un futur proche ?

M. C. ■