HAL
open science

L'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise à une amende de 150 millions d'euros pour abus d'exploitation sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, Aut. conc., déc. n° 19-D-26, 19 déc. 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches

Marie Cartapanis

▶ **To cite this version:**

Marie Cartapanis. L'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise à une amende de 150 millions d'euros pour abus d'exploitation sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches, Aut. conc., déc. n° 19-D-26, 19 déc. 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches. Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2020. hal-02612343

HAL Id: hal-02612343

https://hal.science/hal-02612343v1

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° 2-2020 | pp. 83-95

Marie Cartapanis
marie.cartapanis@univ-amu.fr
Maître de conférences
Aix-Marseille Université

Frédéric Marty
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr
Chargé de recherche
CNRS Sophia-Antipolis Université Côte d'Azur, GREDEG, Nice
CIRANO, Montréal

Anne Wachsmann
anne.wachsmann@linklaters.com
Avocat
Linklaters, Paris

INSTITUT de droit de la concurrence

techniques à l'exportation et sur la vérification que les propositions de tarifs d'interconnexions soumis au contrôle du régulateur sectoriel roumain ne soient pas de nature à rendre les exportations non rentables économiquement par rapport aux perspectives commerciales sur le marché roumain.

Les engagements, valables jusqu'au 31 décembre 2026, seront sous le contrôle d'un mandataire indépendant. La Commission poursuit donc la politique qui fut la sienne au lendemain de la publication de l'enquête sectorielle sur le marché intérieur de l'énergie en 2007 pour parachever la construction d'un marché unifié et concurrentiel au travers de procédures concurrentielles, notamment négociées (Marty F., (2011), "Une régulation du secteur de l'énergie au travers des procédures d'engagements ? Réflexions sur le contentieux concurrentiel européen", Économie *Publique*, vol. 26-27, 2011-1/2, pp.93-128).

F. M. ■

2. France

Abus d'exploitation – Publicité en ligne – Calcul de l'amende : L'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise à une amende de 150 millions d'euros pour abus d'exploitation sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches *(Aut. conc., déc. n° 19-D-26 du 19 déc. 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité en ligne liée aux recherches)*

Le 19 décembre 2019, l'Autorité de la concurrence a infligé à *Google* une amende de 150 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches.

Cette décision s'inscrit dans un climat général de méfiance à l'encontre du géant du numérique. Outre les sanctions infligées par la Commission européenne, *Google* avait déjà fait l'objet d'une attention particulière de la part de l'Autorité de la concurrence, tant dans son avis sur la publicité en ligne, que dans deux demandes de mesures conservatoires (mesures refusées dans le cadre de notre affaire dans une décision du 9 septembre 2015 et ordonnées dans une affaire très proche, dans la décision n° 19-MC-19 du 31 janvier 2019).

La décision, longue de 137 pages, est riche, très riche, d'enseignements. Ils ont notamment trait à la délimitation d'un marché pertinent biface, à la qualification d'une position dominante "extraordinaire" et à un regain d'intérêt pour l'abus d'exploitation pour lequel le calcul de l'amende s'émancipe des règles de droit souple. Ce sont autant d'éléments qui montrent que l'Autorité de la concurrence entend s'adapter aux spécificités de l'économie numérique.

La délimitation d'un marché pertinent "biface"

Pour délimiter le marché pertinent, l'Autorité se réfère longuement à la pratique décisionnelle (notamment à la décision de la Commission européenne, *Google/Adsense* du 20 mars 2019). Elle distingue, de façon désormais classique, le marché de la publicité hors ligne et en ligne et elle se base sur le marché de la publicité en ligne liée aux recherches sur le territoire national.

Rappelons que, sur ce marché, le modèle économique de *Google* repose, en grande partie, sur l'interaction entre deux types de services. D'une part, Google propose des services fournis sans contrepartie financière qui lui permettent d'accéder aux données des utilisateurs. C'est notamment le cas de son moteur de recherche *Google Search*. Celui-ci permet aux utilisateurs d'accéder, suite à une recherche, à des informations référencées par l'algorithme selon différents critères de pertinence. Les résultats qui apparaissent à l'écran émanent, soit d'un référencement généraliste, soit d'un référencement spécialisé (selon que l'utilisateur cherche un produit, un lieu ou une actualité, par exemple). Ces recherches, dites verticales, orientent les utilisateurs vers des services gérés par *Google* (*Google Shopping, Google Maps, Google Actualités*, par exemple). D'autre part, *Google* propose des services de publicité en ligne dont la société tire directement des revenus. Ce service payant de publicité en ligne liée aux recherches, appelé *Google Ads*, permet à des éditeurs de sites internet ou d'applications d'acheter un espace auprès de *Google* selon un référencement par mots clés. Lorsqu'un utilisateur effectue une recherche par mots clés, il verra apparaître, en plus des résultats pertinents définis par l'algorithme (résultats naturels), des bannières publicitaires. La visibilité de l'annonceur dépend, en partie au moins, du versement d'une rémunération. Un label, qui informe l'utilisateur de leur caractère publicitaire, accompagne ces annonces.

Par ailleurs, la visibilité des annonces dépend de trois éléments. D'abord, *Google* a mis en place un modèle d'enchères. Chaque annonceur souhaitant acquérir un espace publicitaire correspondant à un mot clé enchéri sur ledit mot clé. Ensuite, le service de *Google* opère un premier filtre et détermine les annonces pertinentes qui correspondent à un mot clé. Enfin, *Google* détermine un rang pour chaque annonce (*Ad Rank*) qui dépend de deux paramètres : le prix maximum indiqué par les annonceurs, et le classement qualitatif (*Quality Score*).

Le marché concerné est donc un marché multiface : ainsi que le présente l'Autorité, le moteur de recherche est un intermédiaire qui permet de mettre en relation les utilisateurs dudit moteur de recherche et les annonceurs. À ces activités s'ajoutent : un autre service de publicité, dit *Adsense for Search*, qui permet d'afficher des publicités sur les sites internet via la barre de recherche du site concerné ; un service payant s'adressant aux utilisateurs de *Google*, accompagné d'une réduction, voire d'une suppression, de la publicité (notamment sur *Youtube*, via *Youtube Red/premium* ou via le service *Google Contributor*) ; et l'exploitation d'un magasin d'application (*Play Store*).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

La position dominante "extraordinaire" de *Google* sur le marché de la publicité en ligne

De ces éléments, l'Autorité tire une analyse originale de la position dominante. L'entreprise bénéficie, selon elle, d'une position dominante "extraordinaire". Ce qualificatif, qui constitue un des piliers de la décision, s'explique par plusieurs éléments : les parts de marché, et le caractère incontournable du service *Google Ads*.

Se référant explicitement à l'arrêt du Tribunal dans l'affaire *Cisco System* (TUE, T-79/12, 11 décembre 2013), l'Autorité rappelle que, si l'ampleur des parts de marché peut être un critère insuffisant à lui seul dans les secteurs où les cycles d'innovation sont courts, le marché concerné ne montre pas d'instabilité spécifique. Aussi, les parts de marché constituent un critère déterminant. Cela est d'autant plus vrai qu'elles sont, en l'espèce, particulièrement élevées : de l'ordre des 90 à 100%, et leur niveau est stable.

L'Autorité relève également l'existence de barrières à l'entrée sur le marché qui confortent son analyse : des barrières en termes de développement, de maintenance et de perfectionnement du moteur de recherche ; la détention et le développement de sa base de données ; le mécanisme d'enchères en temps réel ; et l'existence d'effets de réseaux tenant à la nature biface du marché concerné qui permettent ainsi de renforcer le pouvoir de marché de l'entreprise.

Compte tenu de ces éléments, l'Autorité de la concurrence se réfère directement à l'affaire *Microsoft* et indique qu'"*à bien des égards cette position dominante présente les* [même] *aspects* "*extraordinaires*" *relevés par la Commission*" (pt 321). Les règles mises en place pour accéder aux services de publicité offerts par *Google* s'apparentent donc à une "*norme de fait*" qui s'impose à tous les annonceurs.

L'abus d'exploitation

Une responsabilité "très" particulière ?

Face à cette situation, qu'elle qualifie d'"extraordinaire", l'Autorité de la concurrence revient longuement sur les fondements de la responsabilité particulière qui pèse sur *Google*. Or, en l'espèce, la dominance et les effets de réseau sont tels qu'il n'existe pas de solution alternative à *Google Ads*. Est-ce à dire qu'elle instaure ici différents niveaux de responsabilité, selon l'ampleur de la position dominante ? La question se pose car l'importance de la dominance est ici un critère d'appréciation de la responsabilité de l'entreprise (pt 325).

L'Autorité semble en effet lier l'ampleur de cette responsabilité particulière à l'ampleur du pouvoir de marché. Ainsi affirme-t-elle que celui-ci est décuplé par la conjonction de deux facteurs : la capacité d'attraction de *Google* et son pouvoir régulateur à l'égard des annonceurs. Elle en déduit que "*la responsabilité de Google, en tant qu'entreprise dominante sur le marché de la publicité en ligne associée aux recherches, doit être appréciée strictement : un simple comportement de négligence peut être considéré comme abusif*" (pt 331).

L'abus par la négligence de *Google*

C'est en raison de cette responsabilité très particulière que pèse sur *Google* une obligation positive, celle d'édicter et d'appliquer des règles gouvernant l'accès et le maintien des opérateurs à sa plateforme publicitaire de manière objective, transparente et non discriminatoire (pt 332). Or, il est reproché à *Google* d'avoir défini et d'avoir appliqué des règles inéquitables lui permettant d'accorder à chaque annonceur un traitement différencié et incohérent.

Revenons sur ces règles. Elles sont instituées par *Google* pour préciser les conditions dans lesquelles un annonceur peut diffuser de la publicité sur le réseau *Google*. Ainsi, chaque annonceur doit s'engager à les respecter pour ouvrir un compte *Google Ads* et, donc, pour bénéficier des services proposés. Leur non-respect engendre, soit le refus d'une annonce, soit la désactivation du domaine (c'est-à-dire la suspension de toutes les annonces renvoyant vers un site donné), soit la suspension du compte.

Pour l'Autorité, *Google* n'a pas œuvré de manière objective, transparente et non discriminatoire, d'une part, dans la définition du contenu des règles, et, d'autre part, dans leur mise en application (notamment par la suspension des comptes).

La première critique concerne le contenu des règles instaurées et elle repose sur deux éléments : la variation et la formulation. D'abord, le contenu de ces règles a grandement varié dans le temps et elles sont particulièrement instables. L'Autorité de la concurrence se fonde ainsi sur quatre périodes clés : les règles en vigueur entre le mois de juillet 2012 et le mois d'août 2014 ; les règles en vigueur après le mois de septembre 2014, qui ont opéré une refonte globale ; et les changements apportés au mois de mars 2018, puis au mois de mars 2019. Ensuite, la plupart des règles imposées par *Google* n'étaient pas transparentes dans leur formulation et ont été appliquées de "*façon erratique et imprévisible, ce qui aggravait les incertitudes*" tenant au libellé (pt 399). Tel était par exemple le cas de la règle dite "*de la vente d'article gratuits*", qui interdisait la pratique consistant à facturer des produits ou des services alors que l'offre principale est disponible, soit gratuitement, soit à prix réduit "*auprès d'une source gouvernementale ou publique*". Pour l'Autorité de la concurrence, la notion de source publique n'est pas définie et la règle obligeait l'annonceur à se livrer à une appréciation particulièrement délicate. Elle offrait à *Google* une marge d'appréciation discrétionnaire pour la mise en application de ces règles.

C'est là le cœur du problème : l'Autorité reprochait à *Google* une "*rupture brutale des relations commerciales*", par la suspension brusque et injustifiée des comptes des annonceurs.

Ces pratiques réunies, qui correspondent à un comportement inéquitable sanctionné par l'article 102 a) du TFUE, ont eu plusieurs effets. Sur le marché de la

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.