



HAL
open science

L’Autorité de la concurrence publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, Aut. conc., Contribution de l’Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. L’Autorité de la concurrence publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, Aut. conc., Contribution de l’Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques . Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2020. <hal-02612346>

HAL Id: hal-02612346

<https://hal.science/hal-02612346v1>

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.



HAL Authorization

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

Abus de dépendance économique à l'égard des revendeurs

L'abus de dépendance économique est une infraction spécifique au droit français de la concurrence qui permet à l'Autorité de sanctionner des abus sans avoir à démontrer une position dominante.

Ainsi, l'article L.420-2, al. 2 C. com. "(...) *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur*".

En l'état de la pratique décisionnelle, la situation de dépendance économique nécessite l'examen de quatre critères cumulatifs :

- la part du chiffre d'affaires réalisé par l'entreprise dépendante avec l'entreprise en situation de force ;
- la part de marché de l'entreprise en situation de force dans la commercialisation des produits ;
- l'existence ou non de solutions alternatives pour l'entreprise dépendante ; et
- les facteurs ayant conduit à la situation de dépendance économique (choix stratégique ou obligé de l'entreprise dépendante).

Jusqu'à la présente décision, l'Autorité n'avait sanctionné un abus de dépendance économique qu'à trois reprises, par de faibles amendes et dans des décisions anciennes (Décisions 96-D-44, 18 juin 1996, *Carat France*, 150 000 francs ; 04-D-26, 30 juin 2004, *Reims Bio*, 76 224 euros ; 04-D-44, 15 septembre 2004, *Filmdis*, 45 000 euros et *Cinésogar*, 5 000 euros).

Cette quasi-absence de sanction pour abus de dépendance économique s'explique notamment par la difficulté à démontrer l'état de dépendance économique du fait de l'interprétation restrictive qu'en a fait l'Autorité et les juridictions. D'ailleurs, lors des premières discussions sur le Projet de loi Macron en 2015, le législateur avait envisagé de modifier l'article L.420-2, al. 2 C. com. afin d'en permettre une application plus souple. Ce projet n'a cependant jamais abouti.

En l'espèce, l'Autorité établit la dépendance économique des revendeurs "premium" en soulignant :

- qu'ils devaient exclusivement vendre des produits *Apple* ;
- qu'ils ne pouvaient pas, pendant une période de six mois après la fin de leur contrat, vendre les produits d'une marque concurrente sur le territoire européen ; et
- que leur clientèle était si attachée à la marque *Apple* qu'il était impossible pour les revendeurs de ne pas distribuer lesdits produits, faisant de cette marque un "must-have", même si le terme n'est pas utilisé dans le communiqué de presse de l'Autorité.

Il faut donc observer que l'Autorité semble se focaliser sur les critères (iii) de l'absence de solution alternative (du fait de l'importance de la marque *Apple* pour les clients des revendeurs "premium") et (iv) des facteurs ayant conduit à la situation de dépendance économique (du fait notamment des clauses d'exclusivités imposées dans les contrats entre *Apple* et les revendeurs "premium").

L'Autorité a souvent interprété restrictivement le critère de l'absence de solution alternative, considérant par exemple qu'un concessionnaire automobile n'est jamais dépendant de la marque qu'il commercialise, puisqu'il peut toujours en commercialiser une autre (décision 89-D-16, *Chaptal*, 30 mai 1989 et décision 03-D-42, *Suzuki*, 18 août 2003, cette dernière ayant été confirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 4 mai 2004).

Sur ce point, il sera intéressant d'examiner plus attentivement la décision lorsqu'elle sera publiée, afin de déterminer s'il s'agit là d'une interprétation plus souple des critères permettant de qualifier un état de dépendance économique, ou si l'Autorité a seulement pris en compte la "*dimension extraordinaire*" d'*Apple* (selon les termes de la présidente de l'Autorité, Isabelle de Silva, cités dans le communiqué de presse de l'Autorité).

L'existence d'une position de dépendance économique ayant été rapportée par l'Autorité, celle-ci a considéré comme étant abusives les pratiques suivantes d'*Apple* :

- les retards d'approvisionnement désavantagant les revendeurs "premium" par rapport aux points de vente *Apple*, en particulier lors du lancement de nouveaux produits ; et
- la mise en place d'une politique de remises discrétionnaires et par conséquent incertaines pour les revendeurs "premium".

Ces abus de dépendance économique auraient, selon l'Autorité, participé à l'éviction de nombreux revendeurs "premium".

La décision, lorsqu'elle sera publiée, permettra de préciser l'ensemble de ces points.

A. W. & N. Z. ■

Plateformes – Pouvoir de marché :

L'Autorité de la concurrence publie sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques (*Aut. conc., Contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques, 19 février 2020*) (voir également, *infra, chronique "Concentrations", obs. D. Tayar et E. Xueref-Poviac*)

Le 19 février 2020, deux mois après la publication de sa décision *Google/Gibmedia*, l'Autorité de la concurrence a mis en ligne sa contribution au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques. La réflexion de l'Autorité s'ancre dans un contexte de bouillonnement doctrinal, décisionnel et jurisprudentiel, nourri de

réflexions à la fois nationales, européennes et internationales. En effet, sous les mandats de M. Vestager, le numérique est un point fondamental et des projets de refonte du droit de la concurrence sont déjà en cours en Allemagne, au Royaume-Uni, au Benelux, en Autriche ou encore en Australie. En France, les réflexions échangées entre les autorités nationales de concurrence du G7 ont ainsi débouché sur un accord commun “*Concurrence et économie numérique*” présenté le 18 juillet 2019 à Chantilly, et ont été nourries par les débats organisés lors des États généraux du numérique, mais aussi, comme le rappelle l’Autorité de la concurrence, par plusieurs rapports très riches réalisés sur ces questions en 2019.

De ces diverses initiatives découlent un constat commun : c’est le rôle du droit de la concurrence et les outils dont il dispose dans l’économie numérique – et plus précisément ici, dans l’économie des plateformes – qui doivent être au centre de l’attention. Le constat dressé par l’Autorité est clair : tirée par une dynamique d’innovations constantes, l’économie numérique a vu apparaître de nouvelles technologies disruptives : algorithmes, *cloud*, *blockchain* ou intelligence artificielle, qui modifient les conditions concurrentielles et, parfois même, la dynamique des marchés. Ces changements justifient-ils, pour autant, un bouleversement du droit de la concurrence ? La réponse apportée ici par l’Autorité de la concurrence est nuancée. Elle propose une analyse à la fois prudente – le droit de la concurrence est suffisamment plastique pour accueillir de nouvelles pratiques – et forte de propositions – certaines notions doivent être adaptées dans l’économie des plateformes.

La plasticité de l’abus de position dominante

L’Autorité rappelle que le droit de la concurrence est un “*moyen particulièrement efficace*” pour maintenir la dynamique concurrentielle dans l’économie numérique. S’agissant des règles relatives à l’abus de position dominante, c’est leur plasticité et leur transversalité qui sont mises en avant. Ces deux caractères du droit de la concurrence empêchent notamment qu’un obstacle insurmontable ne se dresse devant la remise en cause des frontières entre les différents secteurs de l’économie.

Aussi, le droit de la concurrence a su accueillir de nombreuses caractéristiques des marchés numériques : le pouvoir de marché considérable, la collecte massive de données, les économies d’échelle ou l’accroissement des effets de réseaux... L’Autorité de la concurrence a su réagir face à ces problématiques et le droit de la concurrence s’avère adapté et adaptable.

Plus spécifiquement, l’Autorité souhaite montrer que le droit de la concurrence a su s’ajuster à l’innovation et aux problématiques liées à l’interopérabilité. Elle se montre à cet égard favorable à l’application de la théorie des infrastructures essentielles. Outre l’affaire *Microsoft*, elle se réfère notamment à sa décision *Nespresso* qui a rendu possible l’interopérabilité des machines à café *Nespresso* avec les capsules de ses concurrents et a permis la communication des informations relatives aux

modifications techniques. Selon l’Autorité, “*cette affaire est un exemple dont les principes et solutions concrètes pourraient être appliqués demain dans l’économie numérique pour répondre aux pratiques abusives d’un acteur dominant qui limiteraient l’interopérabilité et le développement d’offres concurrentes*”.

De même, face à la très grande ampleur des pouvoirs de marché, l’Autorité relève que, dans certains cas, les entreprises “*ont acquis une telle importance qu’elles peuvent constituer une menace non seulement pour le bon fonctionnement concurrentiel des marchés sur lesquels elles sont dominantes, mais également au-delà de ces marchés, en raison de leurs capacités de développement et de projection dues, entre autres, à leur capacité financière, au bénéfice d’effets de réseau importants liés à leur vaste communauté d’utilisateurs ou aux données auxquelles elles ont accès*”.

Dans la décision *Google/Gibmedia*, par exemple (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), l’Autorité a exploité des “*caractéristiques extraordinaires*” pour analyser l’affaire et se départir de ses actes de droit souple, et notamment de son communiqué relatif à la détermination du montant de l’amende (communiqué sanction).

Pourtant, des interrogations demeurent, et la plasticité du droit de la concurrence ne doit pas occulter les évolutions qui pourraient avoir lieu. À ce sujet, trois évolutions notionnelles proposées par l’Autorité doivent être relevées.

Les évolutions notionnelles proposées

Face à l’émergence de certaines pratiques anticoncurrentielles qui ne peuvent pas être saisies par le droit de la concurrence tel qu’il est formulé actuellement, l’Autorité de la concurrence propose trois évolutions : l’élargissement de la notion de position dominante, l’adaptation de la notion d’infrastructure essentielle à l’économie numérique et l’émergence de celle d’opérateurs structurants.

L’élargissement de la notion de position dominante

Premièrement, l’Autorité propose d’élargir la notion de position dominante pour mieux saisir les situations dans lesquelles le marché, soit bascule vers une situation de monopole (*winner takes all*), soit bascule vers une situation dans laquelle un opérateur contrôle l’accès au marché (*gatekeeper*). Par exemple, des plateformes “*structurantes*” peuvent détenir un pouvoir de marché considérable sur le marché sur lequel elles interviennent à titre principal mais également sur des marchés voisins, en raison de leur statut de “*contrôleur d’accès*”. Dans ce cas, l’opérateur n’est pas en situation de super-dominance, mais de quasi-dominance. L’Autorité propose à cet égard d’élargir la notion pour permettre de saisir ce type de pouvoir de marché, particulière visible sur les marchés multifaces.

L'adaptation de la notion d'infrastructure essentielle à l'économie numérique

Deuxièmement, parce que les bases de données, les communautés d'utilisateurs ou certains écosystèmes sont parfois incontournables pour pénétrer un marché, la notion d'infrastructure essentielle est au centre des attentions. À ce stade, l'Autorité envisage une réflexion pour assouplir la notion et substituer au terme "*essentiel*" celui d'"*incontournable*". Une "*théorie des infrastructures incontournables*" permettrait de tenir compte des difficultés d'accès mises en avant par certains opérateurs économiques, tels que les utilisateurs de plateformes et de données, et d'assurer l'interopérabilité des modes d'accès à ces plateformes ou à ces bases de données. Il faudra cependant équilibrer cette proposition avec la préservation d'un cadre favorable à l'innovation.

L'émergence de la notion d'opérateurs structurants

Troisièmement, l'Autorité s'inscrit dans une réflexion menée actuellement (par la Commission européenne, par le Trésor britannique, par les autorités de concurrence du Benelux et dans le cadre d'un projet de loi actuellement discuté en Allemagne) et portant sur la manière dont le droit peut saisir l'économie des plateformes numériques. L'Autorité propose de compléter le droit de la concurrence par un mécanisme permettant d'intervenir sur les comportements nuisibles à la concurrence mis en œuvre par les opérateurs dits "*structurants*", en renouvelant l'analyse de leur pouvoir de marché et la liste des comportements prohibés.

Concrètement, la proposition repose sur un raisonnement en plusieurs étapes. D'abord, il convient de procéder à l'identification des acteurs ayant une position "*structurante*" sur le marché. Trois conditions cumulatives

doivent être réunies pour cette qualification. D'abord, l'entreprise fournit en ligne des services d'intermédiation, en vue d'échanger, acheter ou vendre des biens, des contenus ou des services. Ensuite, elle détient un pouvoir de marché structurant, en raison de l'importance de sa taille, sa capacité financière, sa communauté d'utilisateurs et/ou des données qu'elle détient, et qui lui permet de contrôler l'accès ou d'affecter de manière significative le fonctionnement du ou des marchés sur lesquels elle intervient. Enfin, ce pouvoir doit être détenu à l'égard de ses concurrents, de ses utilisateurs et/ou des entreprises tierces qui dépendent pour leur activité économique de l'accès aux services qu'elle offre.

Ensuite, et si, dans un cas donné, l'opérateur économique visé répondait aux conditions susmentionnées, il conviendrait de mettre en place une liste spécifique et non limitative de pratiques interdites, parmi lesquelles on trouve : le fait de discriminer les produits ou services concurrents utilisant leurs services ; d'entraver l'accès aux marchés sur lesquels elles ne sont pas dominantes ou structurantes ; d'utiliser des données sur un marché dominé pour en rendre l'accès plus difficile ; de rendre l'interopérabilité des produits ou services plus difficile ; de rendre la portabilité des données plus difficile, ou encore d'entraver le recours à la multi domiciliation ("*multihoming*").

En définitive, la participation de l'Autorité de la concurrence au débat sur la mise en œuvre du droit de la concurrence dans l'économie numérique est active et volontariste. Mais le débat est loin d'être clos, et l'on perçoit déjà les critiques à venir, les interrogations sur les frontières mêmes du droit de la concurrence, sur son efficacité, son effectivité, voire, sur la question de sa "politisation".

M. C. ■