



HAL
open science

La Commissaire à la Concurrence précise dans le cadre d'une réponse à une question parlementaire les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles aux plateformes numériques

Marie Cartapanis, Frédéric Marty

► To cite this version:

Marie Cartapanis, Frédéric Marty. La Commissaire à la Concurrence précise dans le cadre d'une réponse à une question parlementaire les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles aux plateformes numériques. *Concurrences [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence]*, 2020, 2020 (3), pp.98-99. hal-03183585

HAL Id: hal-03183585

<https://hal.science/hal-03183585v1>

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° 3-2020 | pp. 97-106

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences

Université Aix-Marseille

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS

Université Côte d'Azur GREDEG, Nice
CIRANO, Montréal

Anne Wachsmann

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat

Linklaters, Paris

Marchés numériques – Théorie des infrastructures essentielles :

La Commissaire à la Concurrence précise dans le cadre d'une réponse à une question parlementaire les conditions d'application de la théorie des infrastructures essentielles aux plateformes numériques (*Comm. eur., Questions parlementaires, Réponse donnée par la vice-présidente exécutive Mme Vestager, E-000595/2020, 31 mars 2020*)

La théorie des infrastructures essentielles, issue de la pratique décisionnelle de la Cour Suprême américaine avec l'arrêt *Terminal Railroad Association* de 1912 (United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912)), a été adoptée par la jurisprudence européenne alors même que la Cour Suprême l'a rejetée hors du champ de la concurrence au travers de l'arrêt *Trinko* de 2004 (Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2003)). Cette théorie conduit à imposer à un opérateur dominant de donner accès à ses concurrents à un actif sous son contrôle qui leur est indispensable pour exercer leur activité sur le marché et qu'ils ne peuvent répliquer dans des conditions raisonnables en termes financiers et techniques. La question parlementaire portait sur la possibilité de qualifier comme telles les données (personnelles ou non) contrôlées par les grandes plateformes numériques, voire les plateformes elles-mêmes. Il s'agissait également de définir à partir de quels seuils (en ce qui concerne les parts de marché ou le contrôle d'un écosystème) des plateformes ou applications devraient laisser un accès à leurs données dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires.

Cela soulève de nombreuses questions quant aux conditions d'application de la théorie des facilités essentielles. Trois hypothèses peuvent être distinguées.

Dans une première hypothèse, la théorie des infrastructures essentielles s'appliquerait dans les conditions définies par la jurisprudence en présence d'un bien immatériel. Dans ce cas, le test *Bronner* (CJCE, 26 novembre 1998, C 7/97, *Oscar Bronner* à propos du refus d'accès à un système de portage) exige la réunion de trois conditions : le refus d'accès doit porter sur un bien essentiel ; il doit être de nature à éliminer toute concurrence ; et il ne doit pas être guidé par des justifications objectives. L'essentialité de l'accès à la plateforme ou aux données qu'elle a récolté devra donc être caractérisée. À cet égard, la formulation du Directeur général de la DG visait les refus d'accès aux "grandes plateformes numériques" alors que la réponse de la Commissaire vise les ressources dont dispose plateforme, en l'occurrence les "ensembles de données". La Commissaire fait ici preuve de prudence, en rappelant qu'un "ensemble de données" ne pourra pas être qualifié d'essentiel *per se*. Il conviendra au contraire d'évaluer cette essentialité au cas par cas. Le caractère indispensable des données peut toutefois être difficile à démontrer étant donné leur caractère non rival. C'est ce qui peut expliquer la formule des "ensembles de données". Mais elle laisse déjà présager des difficultés

d'interprétation, notamment sur les critères d'identification et d'individualisation d'un tel "ensemble de données", qui ne trouve guère de définition juridique.

Dans une seconde hypothèse, la théorie des infrastructures essentielles devrait répondre aux conditions posées par l'arrêt *Magill* (CJCE, 6 avril 1995, C-241/91 P et C-242/91, *RTE*, à propos d'un refus d'accès à une base de données). L'application de la théorie à des ressources protégées par des droits de propriété intellectuelle supposerait alors, outre les trois conditions précédemment citées, que le refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau.

Dans une troisième hypothèse, plus souple, la théorie des infrastructures essentielles pourrait être mise en œuvre dans les conditions posées par l'arrêt *Microsoft* (TPICE, 17 septembre 2007, aff. T-201/04, *Microsoft*). Dans ce cas, la condition relative à l'apparition du produit nouveau serait substituée à celle de l'instauration d'un obstacle au développement technique.

Mise en perspective, la réponse de la Commissaire ne permet pas d'anticiper la doctrine de la Commission européenne sur ce point. D'un côté, la Commissaire n'évoque que deux conditions à la mise en œuvre de la théorie des infrastructures essentielles, à savoir le caractère indispensable du bien concerné et l'élimination de la concurrence effective, ce qui laisse entendre que l'accès pourrait être forcé dans les conditions fixées par l'arrêt *Oscar Bronner* (première hypothèse). L'omniprésence des effets de réseaux et des effets de *winner takes all* pourrait en effet rendre obsolètes la condition d'apparition d'un produit nouveau ou celle de l'obstacle au développement technique.

D'un autre côté, la Commission semblait s'être éloignée de la théorie, malgré une référence explicite dans les orientations relatives aux pratiques d'éviction. À notre connaissance, depuis l'affaire *Microsoft*, la théorie n'a jamais été appliquée. En 2017, par exemple, le juge de l'Union avait confirmé une décision de la Commission dans une affaire relative à un refus de fournir les informations relatives à l'interopérabilité pour des logiciels de conception assistée par ordinateur, et dans laquelle la Commission avait estimé qu'une enquête approfondie des faits aurait été très complexe, coûteuse en temps et disproportionnée au regard de la faible probabilité de pouvoir prouver une infraction (Trib. UE, 14 septembre 2017, T-751/15, *Contact Software*).

Par ailleurs, si l'application de cette théorie des infrastructures essentielles devait se confirmer, deux autres questions se posent : d'abord, dans quelles conditions l'accès devra-t-il être imposé ? On pense aisément ici aux conditions FRAND (*Fair, Reasonable and Non Discriminatory*). Ensuite, si l'ensemble de données identifié contenait des données personnelles, comment articuler le partage forcé avec l'article 5, 1, b) du RGPD qui impose que ces données soient collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et qu'elles ne soient pas traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités ?

Dans sa réponse, la Commissaire à la concurrence fait preuve de prudence et insiste sur le fait qu'une application de la théorie des facilités essentielles aux plateformes numériques dominantes ne peut être systématique. Elle doit procéder d'une décision individuelle et n'intervenir que dans le cadre d'une mesure correctrice assise sur la démonstration d'un dommage concurrentiel. Ainsi, selon la M. Vestager, "*l'appréciation de la pertinence de ce critère et son application concrète nécessitent une analyse détaillée au cas par cas, tenant compte notamment des caractéristiques spécifiques de l'infrastructure considérée et du contexte économique*". L'outil idoine pour organiser un accès aux données est bien plus à rechercher dans une éventuelle régulation sectorielle, ce qui fait à la fois écho à l'arrêt *Trinko* de la Cour Suprême et à la proposition de régulation dans le cadre du Digital Service Package proposé par la Commission.

M. C. & F. M. ■

2. France

Services postaux – Engagements comportementaux – Rabais :

L'Autorité de la concurrence accepte des engagements proposés par l'opérateur historique dans le secteur de la livraison de colis (*Aut. conc., déc. n° 20-D-06 du 2 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis*)

Plus de dix ans après l'ouverture d'une procédure à l'encontre de *La Poste* pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis, et alors que la livraison de colis d'entreprises à particuliers fait face à un afflux massif en raison de la crise sanitaire, l'Autorité de la concurrence publie une décision dans laquelle elle rend obligatoires les engagements proposés par l'opérateur postal.

Cette décision fait suite à deux saisines déposées les 27 septembre et 28 octobre 2010 par le ministre de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, et par un opérateur de livraison de colis hors domicile, la société Kiala (rachetée par le groupe UPS en 2012). Elle s'intéresse à plusieurs pratiques qui auraient été mises en œuvre par l'opérateur historique *La Poste*, alors que la libéralisation des services postaux s'achevait (Directives postales du Parlement européen et du Conseil, directive 97/67/CE, du 15 décembre 1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, modifiées par les directives 2002/39/CE du 10 juin 2002 et la directive 2008/6/CE du 20 février 2008).

Les faits sont les suivants : depuis 2010, l'entreprise *La Poste* propose, en plus des offres de livraison de colis à domicile, la livraison de colis des entreprises vers les particuliers avec un mode de réception hors domicile,

c'est-à-dire en relais commerce ou en bureau de poste, et dont le flux, en constante augmentation, est alimenté par les entreprises de vente à distance, notamment les sites de vente par Internet. Selon les parties saisissantes, *La Poste* aurait mis en œuvre près de huit pratiques anticoncurrentielles dans ce secteur.

Les marchés en cause

Revenons d'abord sur les marchés concernés et sur la position de l'entreprise. Cette affaire recouvre deux marchés : celui de la livraison de colis d'entreprises à particuliers (BtoC) à domicile et celui de la livraison de colis d'entreprises à particuliers hors domicile, deux marchés *a priori* distincts, mais connexes. C'était le premier enjeu de la décision : différencier ou assimiler ces deux marchés. À cet égard, l'Autorité ne se prononce pas fermement et envisage les deux possibilités. Dans une première analyse, les deux marchés sont distincts. Sur le marché de la livraison traditionnelle de colis d'entreprises à particuliers à domicile, la part de marché détenue par *La Poste* est supérieure à 85 %, ce qui laisse peu de doute quant à sa position dominante. Quant à la livraison dite hors domicile, ses parts de marché en volume ne dépassent pas 22 %, mais sont en nette progression. Dans une seconde analyse, l'Autorité procède à une étude des parts de marché sur un seul marché pertinent, celui de la livraison de colis d'entreprises à particuliers, à domicile et hors domicile. *La Poste* y détient près de 70 % des parts de marché, alors que celles des concurrents n'excèdent pas les 12 %. L'Autorité conclut dès lors que, quel que soit le marché pertinent retenu, et en raison de leur connexité, les résultats de l'analyse concurrentielle sont inchangés et la position dominante de l'entreprise, impliquant sa responsabilité particulière, est avérée (pt 56).

Les faits reprochés

Initialement, plusieurs pratiques étaient dénoncées par les parties saisissantes : un accord de partenariat conclu entre *La Poste* et son principal concurrent par lequel elle combinait son réseau de commerçants et de bureaux de poste à celui de son concurrent principal (accord qui a été suspendu, avec la décision n° 11-MC-01 du 12 mai 2011, relative à une demande de mesures conservatoires) ; l'incitation et la participation par *La Poste* à la violation d'une clause d'exclusivité ; la rupture de relations commerciales ; le refus d'accès à une infrastructure de livraison ; des subventions croisées ; une prédation tarifaire ; une proposition de vente liée ; et, enfin, des pratiques relatives à une confusion au bénéfice de l'image de *La Poste*.

Aucun élément apporté par les saisissantes n'a cependant permis de confirmer l'existence et la nocivité de l'ensemble de ces comportements. L'Autorité a par exemple écarté les allégations de prédation. À ce sujet, on sait que lorsque qu'une entreprise en position dominante met en œuvre des prix inférieurs à ses coûts, les tests de coût perdent leur consistance si le marché est naissant, et ce, durant les 12 à 16 premiers mois de l'activité (Commission européenne, 16 juillet 2003, COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*). En l'espèce, l'entrée récente de *La Poste* sur le marché de la livraison de colis hors domicile