

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Pratiques unilatérales Chroniques | Concurrences N° 1-2021 | pp. 130-140

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences

Université Aix-Marseille

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherches CNRS

Université Côte d'Azur GREDEG, Nice
CIRANO, Montréal

Anne Wachsmann

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat

Linklaters, Paris

faute : Le Tribunal de grande instance de Paris fait droit à la demande en réparation du préjudice causé par des pratiques ayant antérieurement donné lieu à une décision d'engagements de l'Autorité de la concurrence (*Betcliv/PMU*), 22 février 2018, Concurrences N° 2-2018, Art. n° 86645). Devant la Cour de cassation, c'est la portée des avis de l'Autorité qui a occupé une place centrale. De prime abord, il peut paraître curieux d'exclure un tel avis du champ de la pratique décisionnelle tout en tirant des conséquences pour qualifier les effets anticoncurrentiels. Mais, d'une part, les informations tirées de ces avis ne sont que des indices factuels permettant d'apprécier le caractère anticoncurrentiel des pratiques litigieuses. D'autre part, sur le terrain de la normativité, les avis de l'Autorité ne sont pas des décisions individuelles faisant grief et ils ne créent pas d'obligation, qu'ils s'agissent d'obligation de faire ou de ne pas faire et, *a fortiori*, ne créent aucune confiance légitime à l'égard des opérateurs du secteur en cause quant à la licéité de leur comportement.

En revanche, les effets de cet arrêt sur l'attractivité de la procédure d'engagements sont certainement à double tranchant : alors que les entreprises susceptibles de recourir à la procédure d'engagements demeurent exposées au risque financier de la réparation, l'arrêt de la Cour de cassation va indéniablement dans le sens des droits des victimes, davantage incitées à saisir le juge civil (voir en ce sens Muriel Chagny, *op. cit.*, Concurrences N° 2-2018, Art. n° 86645). Dans notre cas d'espèce, à la réparation du préjudice subi s'ajoutera le paiement d'une amende de 900 000 euros pour non-respect des engagements, infligée peu de temps avant l'arrêt de la Cour de cassation par l'Autorité de la concurrence (Alain Ronzano, Engagements : L'Autorité de la concurrence inflige une sanction pécuniaire de 900 000 euros à une entreprise n'ayant pas respecté l'engagement de séparer les masses d'enjeux commercialisées "en dur" et "en ligne" (*PMU*), 7 avril 2020, Concurrences N° 3-2020, Art. n° 94207 ; Christophe Lemaire, Marie Florent, Sanctions : L'Autorité de la concurrence adopte une nouvelle décision de sanction pour non-respect d'engagements (*PMU*), 7 avril 2020, Concurrences N° 3-2020, Art. N° 96098, pp. 153-155).

M. C. ■

Propriété intellectuelle – Internet – Presse – Mesures conservatoires :
La Cour d'appel de Paris confirme l'essentiel de la décision imposant à un moteur de recherche, à titre de mesures conservatoires, de négocier avec les éditeurs de presse (*CA Paris*, 8 oct. 2020, *Google c/ SPEM*, RG n° 20/08071)

On se souvient que dans une décision en date du 9 avril 2019 l'Autorité de la concurrence avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de *Google*, dans le cadre d'un potentiel abus de position dominante (voir notre précédente chronique, Discrimination : L'Autorité de la concurrence prononce au profit des agences et des

éditeurs de presse des mesures conservatoires à l'encontre d'une entreprise susceptible d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché français des services de recherche généraliste (*Google/Syndicat des éditeurs de la presse magazine, Alliance de la presse d'information générale et Agence France-Presse*), 9 avril 2020, Concurrences N° 3-2020, Art. n° 96039, pp. 101-103). La décision est, pour l'essentiel, confirmée par la Cour d'appel de Paris.

L'affaire avait débuté lors de l'adoption de la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 sur les droits voisins tendant à créer un droit voisin au profit des agences et des éditeurs de presse, qui transpose l'article 15 de la directive n° 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins sur le marché unique numérique. L'objectif était de créer les conditions d'une négociation équilibrée entre les éditeurs, les agences de presse et les services de communication au public en ligne. Dès la transposition de certaines dispositions de la directive en droit français, *Google* avait annoncé que les aperçus de contenus en France pour les éditeurs de presse européens ne seraient plus affichés, et que les éditeurs de presse ne seraient pas rémunérés pour la reprise de leurs contenus éditoriaux. Dans ce contexte, et dénonçant une modification unilatérale et brutale de la politique d'affichage par *Google*, ayant pour objectif de contraindre les éditeurs à accepter la reprise de leur contenu sans rémunération, plusieurs syndicats d'éditeurs et l'agence France-Presse ont saisi l'Autorité de la concurrence. En retenant que ce comportement était susceptible de constituer un abus de position dominante, elle avait alors prononcé plusieurs injonctions au titre de mesures conservatoires.

Parmi ces injonctions, l'Autorité avait notamment ordonné à *Google* de négocier de bonne foi avec les éditeurs de presse selon des critères transparents, objectifs et non discriminatoires (article 1) et de prendre les mesures nécessaires pour que l'issue des négociations n'affecte, ni le classement, ni l'indexation, ni la présentation des contenus protégés repris par *Google* (article 5), ni les relations économiques qui existeraient entre *Google* et les éditeurs et les agences de presse (article 6).

Google a formé un recours, dont l'essentiel des moyens est rejeté par la Cour d'appel de Paris. Plusieurs volets de la décision attirent l'attention : outre la question de l'application de la directive dans le temps, la Cour d'appel de Paris entérine le raisonnement de l'Autorité concernant le marché pertinent et l'abus de position dominante supposé. Ensuite, elle réforme – en la limitant – la portée de l'injonction imposant à *Google* de prendre les mesures nécessaires pour que l'issue des négociations n'affectent ni le classement, ni l'indexation, ni la présentation des contenus protégés.

Application de la directive dans le temps

C'est d'abord sur le terrain de l'application de la norme dans le temps que *Google* appuyait son recours. Selon *Google*, la décision de l'Autorité était contraire à l'article 26(2) de la directive 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins sur le marché unique numérique, en ce qu'elle prévoyait une date d'entrée en vigueur antérieure

au 7 juin 2021. Or, selon *Google*, la directive interdisait explicitement aux États-membres qui l'auraient transposée avant cette date d'en faire application aux actes d'exploitation antérieure à cette date. L'argument est écarté par la Cour d'appel. D'abord, parce que la directive est entrée en vigueur le 6 juin 2019. Ensuite, si l'article 26 de la directive prévoit que celle-ci s'applique "*sans préjudice des actes conclus et des droits acquis avant le 7 juin 2021*", cette disposition se limite aux "*actes conclus et droits acquis*", ce qui n'a pas pour effet d'interdire aux États-membres d'appliquer les nouvelles dispositions aux actes d'exploitation antérieurs à cette date. Le moyen n'est donc pas fondé.

Les moyens pris à titre subsidiaire étaient de nature plus substantielle. *Google* contestait notamment la délimitation du marché pertinent retenue par l'Autorité et la mesure consistant à obliger la plateforme à négocier de bonne foi en proposant aux éditeurs de presse une offre de rémunération objective, transparente et non-discriminatoire.

Marché pertinent et abus de position dominante

Premièrement, *Google* contestait l'existence d'un abus de position dominante et remettait en cause sa position dominante – à travers la délimitation du marché pertinent. L'Autorité avait en effet délimité le marché pertinent comme celui de la recherche en ligne généraliste, sur lequel *Google* détient près de 90% des parts de marché. Mais, selon *Google*, le service proposé sur le marché de la recherche généraliste en ligne est destiné aux utilisateurs qui font des requêtes et n'est nullement circonscrit aux éditeurs de presse. En d'autres termes, le marché pertinent n'était pas celui de la recherche en ligne mais celui de la fourniture de trafic en ligne des éditeurs. L'argument prend tout son sens lorsqu'on sait que sur ce marché la position dominante de *Google* est sujette à caution. Mais il ne convainc pas la Cour. Elle rappelle, d'abord, que le marché de la recherche généraliste en ligne constitue une activité économique et un marché pertinent qui se distingue de celui des fournisseurs de contenu, et les éléments recueillis ne permettent pas de remettre en cause cette distinction opérée par l'Autorité. La Cour estime, ensuite, que le service de recherche en ligne de *Google* n'a pas vocation à s'adresser exclusivement aux internautes mais intéresse également d'autres utilisateurs, et notamment les annonceurs publicitaires et les fournisseurs de contenu. *Google* est ainsi qualifiée de "plateforme génératrice d'audience" (pt 80) : son activité économique résulte de relations avec les éditeurs et les agences de presse qui exploitent des sites que *Google* indexe, classe, et dont elle présente les contenus pour alimenter ses services de recherche généraliste en ligne. En d'autres termes, les activités sont intimement liées, et c'est à juste titre que l'Autorité de la concurrence a défini le marché pertinent comme celui de la recherche généraliste en ligne. L'argument est donc rejeté.

Quant à la contestation de toute pratique anticoncurrentielle, la Cour d'appel écarte fermement l'argument. En l'état de l'instruction, "*le comportement de Google sur un*

marché qu'il domine, consistant à priver les éditeurs et les agences de presse de toute possibilité de négocier une rémunération liée à la reproduction d'extraits de publications de presse (...) est susceptible d'être qualifié d'abus d'exploitation par l'imposition de transactions inéquitables". Aucun autre argument n'a convaincu le juge : ni l'absence de lien de causalité entre la position dominante de *Google* et les pratiques reprochées, ni l'absence d'effets anticoncurrentiels, la Cour renvoyant, fort logiquement, à l'examen au fond.

L'absence d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale ou au secteur de la presse fait cependant l'objet d'une attention particulière. Pour *Google*, aucune atteinte grave et immédiate n'était caractérisée. Allant plus loin encore, *Google* dénonçait une immixtion de l'Autorité dans "*son modèle commercial gratuit pour lui imposer une obligation de paiement sans considération de ses intérêts commerciaux*", ce qui menacerait l'équilibre du marché et contribuerait à renforcer les grands éditeurs au détriment des petits. Là encore, les arguments sont écartés : l'atteinte au secteur de la presse résulte de la privation de toute possibilité de négociation. La pratique est, dès lors, susceptible de compromettre la diversité de l'offre numérique, ce qui justifie l'imposition de mesures conservatoires.

Proportionnalité des engagements

Deuxièmement, *Google* contestait la proportionnalité des mesures conservatoires, et tout particulièrement l'obligation de négocier. Selon la firme, ces mesures "*transforment un droit de propriété intellectuelle, juridiquement limité à un droit exclusif sur un contenu, en un nouveau droit inédit, permettant au titulaire de lui imposer l'achat de son contenu*" (pt 180), en contradiction avec le principe de libre concurrence et de libre jeu de l'offre et de la demande. Par ailleurs, ces mesures, qualifiées d'obligations d'achat par *Google*, présenteraient une nature structurelle méconnaissant, *de facto*, la finalité des mesures conservatoires. La Cour d'appel ne retient pas ces arguments. C'était d'abord minimiser la portée des droits voisins, qui ne se limitent pas à la faculté d'autoriser ou de refuser la reproduction totale ou partielle de contenus, mais constituent également un droit patrimonial. Par ailleurs, les mesures conservatoires en cause n'impliquent pas une obligation de paiement et ne constituent pas une mesure de nature structurelle. Elles tendent seulement à garantir la capacité de partenaires à entrer en négociation. Il s'agit donc d'une obligation de négocier sous certaines conditions, et non une obligation d'achat, et cela n'exclut pas, par exemple, une rémunération égale à zéro si la reprise du contenu ne génère aucun revenu.

Les juges ont cependant concédé que l'une des mesures conservatoires de la décision avait un spectre trop large. Afin de préserver l'équilibre des négociations, l'article 5 obligeait *Google* à prendre les mesures nécessaires pour que l'existence et l'issue des négociations prévues n'affectent ni l'indexation, ni le classement, ni la présentation des contenus. Mais une telle mesure avait pour effet de l'empêcher de modifier son modèle commercial, de figer le marché et de ne pas permettre à *Google*, à terme,

de développer de nouveaux produits pour le secteur de la presse ou de modifier ses algorithmes. En somme, la mesure conservatoire était de nature à nuire à l'innovation. Dans ce secteur, l'argument a du poids et est accueilli favorablement par les juges, lesquels reconnaissent que cette formulation ne permet pas de circonscrire la mesure à ce qui est strictement nécessaire car elle peut effectivement geler toute innovation nécessaire pour maximiser les performances du moteur de recherche. Le juge use ici de son pouvoir de réformation et complète l'injonction par une exclusion importante : l'injonction ne doit pas faire pas obstacle aux améliorations et innovations des services offerts par *Google* (pt 243). Encore faudra-t-il, en cas de litige, isoler ce qui relève de l'innovation...

S'il faut se réjouir que des arguments d'innovation soient pris en compte par le juge, l'arrêt de la Cour d'appel, particulièrement étayé, n'est pas sans rappeler plusieurs débats contemporains à propos du droit de la concurrence et tout particulièrement au sujet de l'appréciation des licences FRAND par les autorités de concurrence ou par le juge, dont les contours sont encore incertains. Mais il y a tout lieu de penser que ce n'est pas cette affaire qui permettra de clarifier la question : *Google* a en effet annoncé, par le biais d'un article publié sur son blog, qu'un accord-cadre était en cours de négociation, et que plusieurs accords, reflétant "*les principes d'universalité, de transparence et de respect de la loi*", avaient déjà été signés avec les éditeurs de la presse quotidienne.

M. C. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par onze chroniques thématiques.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenbergen, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Marie Cartapanis, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Eréséo, Nicolas Ferrier, Anne-Cécile Martin, Philippe Vanni

CONCENTRATIONS

Olivier Billard, François Brunet, Jean-Mathieu Cot, Eric Paroche, David Tayar, Simon Vande Walle

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Francesco Martucci, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Guillaume Dezobry, Emmanuel Guillaume, Sébastien Martin, Francesco Martucci

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée, Fabien Tesson

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Aurore Laget-Annamayer, Jérémy Martinez, Francesco Martucci

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Walid Chaiehcloudj, Paloma Martinez-Lage Sobredo, Silvia Pietrini

Livres

Sous la direction de Catherine Prieto

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

> Abonnement Concurrences +

Devis sur demande
Quote upon request

Revue et Bulletin : Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences : Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres : Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

HT Without tax TTC Tax included

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives) Devis sur demande
Quote upon request

Revue Concurrences | Review Concurrences

- Version électronique (accès au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
Electronic version (access to the latest online issue for 1 year, no access to archives) Devis sur demande
Quote upon request
- Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
Print version (4 issues for 1 year, no access to archives) 665,00 € 679,00 €

Pour s'assurer de la validité des prix pratiqués, veuillez consulter le site www.concurrences.com ou demandez un devis personnalisé à webmaster@concurrences.com.

To ensure the validity of the prices charged, please visit www.concurrences.com or request a personalised quote from webmaster@concurrences.com.

Renseignements | Subscriber details

Prénom - Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

Code postal | *Zip Code* Pays | *Country*

N° TVA intracommunautaire | *VAT number (EU)*

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence
19 avenue Jean Aicard - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Revue hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping Review outside France