



HAL
open science

Réflexions autour de l'efficacité de la sanction ex post des pratiques anticoncurrentielles

Nathalie Ellen Nielson

► **To cite this version:**

Nathalie Ellen Nielson. Réflexions autour de l'efficacité de la sanction ex post des pratiques anticoncurrentielles. Revue Lexsociété, 2022, 10.61953/lex.2924 . hal-03611746

HAL Id: hal-03611746

<https://hal.science/hal-03611746v1>

Submitted on 17 Mar 2022

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



Réflexions autour de l'efficacité de la sanction *ex post* des pratiques anticoncurrentielles

in F. MECHBAL et V. MOREAU (dir.), *L'efficacité du droit et des politiques publiques*,
Université Côte d'azur, 2022

NATHALIE NIELSON

Doctorante

GREDEG

Université Côte d'Azur

Résumé : La sanction des pratiques anticoncurrentielles poursuit un double objectif : faire cesser la pratique et la réprimer, ainsi que dissuader les autres acteurs de marché de recourir à de tels comportements. À l'aune d'une économie de plateformes où le chiffre d'affaires de certaines entreprises dépasse le PIB de certains États et où la détermination d'un remède adéquat se complexifie exponentiellement, les sanctions pécuniaires et comportementales usuelles semblent devenir insuffisantes pour atteindre ces buts. Un questionnement sur le recours plus fréquent aux mesures usuelles ou aux procédures alternatives s'esquisse ainsi pour adapter l'arsenal répressif du droit de la concurrence aux plateformes d'intermédiation numériques.

Mots-clés : Concurrence ; Pratiques anticoncurrentielles ; Sanction ; Plateformes numériques ; Remède

« L'homme comme être physique, est, ainsi que les autres corps, gouvernés par des lois invariables. Comme être intelligent, il viole sans cesse les lois que Dieu a établies, et change celles qu'il établit lui-même : il faut qu'il se conduise ; et cependant il est un être borné [...]. Fait pour vivre dans la société, il y pouvait oublier les autres ; les législateurs l'ont rendu à ses devoirs par les lois politiques et civiles »¹.

1. L'amoralité de l'Homme. Montesquieu souligne dès 1748 dans *L'esprit des lois*, l'inclinaison de l'être humain à l'irrespect de celles-ci. Cette vision se retrouve également dans les écrits d'Emmanuel Kant, notamment dans cet extrait de *La Religion dans les limites de la simple raison* : « [l'homme] a conscience de la loi morale et [...] cependant admis dans sa maxime de s'en écarter »². Ce questionnement philosophique sur la moralité de l'homme, ou plutôt son amoralité, mène à une réflexion plus générale sur l'efficacité des normes juridiques. De fait, ces dernières ne seraient considérées comme efficaces que si elles sont « effectivement obéies et appliquées, en gros et de façon générale »³.

2. L'efficacité des normes juridiques. L'efficacité d'une loi nécessiterait donc qu'il y ait une corrélation entre l'intention recherchée par le législateur et le résultat obtenu par le respect ou non des dites normes juridiques par l'Homme. Ainsi, ce concept peut être entendu comme étant « le problème de savoir si la norme est ou non suivie par les personnes à qui elle est destinée »⁴. Néanmoins, si le postulat d'un Homme moralement « mauvais » – qui s'écarte

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, GF Flammarion, 1979, p. 125.

² KANT E., *La Religion dans les limites de la simple raison*, 1793 (Ak VI, 32) ; THEIS R., « Respect de la loi, respect de la personne : Kant », *Revue Philosophique de Louvain*, 4^{ème} série, tome 103, n°3, 2005, pp. 331-346, p. 338.

³ KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 287 ; COPPENS P., « Introduction à l'article de H. Kelsen », *Droit et société*, n°22, 1992. Transformations de l'État et changements juridiques : l'exemple de l'Amérique Latine, pp. 533-550.

⁴ BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, G. Giappichelli editore, 1993, p. 23 ; CHAMPEIL-DESPLATS V., « Penser l'efficacité de la norme », *Keizo Hôgaku*, 2014, pp. 368-378, in : hal-01648932.

volontairement des lois⁵ – serait accepté, celles-ci seraient donc inefficaces de façon inhérente en ce qu’elles ne seraient pas appliquées de manière effective, ces deux notions – bien qu’étroitement liées – étant à distinguer. De fait, une règle de droit appliquée effectivement ne représente pas nécessairement une règle efficace, « *la phrase banale, que les règles de droit sont faites pour s’appliquer, quoiqu’elle ait l’air d’un truisme, [n’étant] pas une vérité* »⁶. Certaines règles ont en effet pour vocation « *de n’être pas appliquées, à tout le moins de ne pas l’être constamment, ni jusqu’au bout* »⁷. Par ailleurs, une règle inefficace n’enlèverait aucunement son caractère obligatoire – et la réflexion subséquente sur son efficacité – « *la loi inappliquée n’en [restant] pas moins la loi : l’application effective, l’effectivité n’appartient pas à la définition de la règle de droit* »⁸.

3. Le rôle incitatif de la sanction. C’est dans ce cadre qu’intervient la sanction. En effet, celle-ci est un mécanisme incitatif, exhortant à suivre ces règles de droit puisque la situation inverse pourrait conduire à être l’objet d’une peine ou mesure répressive. Ainsi, en présence d’une telle menace, il importe peu que l’Homme soit moral ou non, le résultat étant le même. *In fine*, la loi sera respectée soit par pure moralité, soit par simple crainte du châtement, ce qui se reflète dans cette citation de Glaucon : « *La justice n’est pas aimée comme un bien, mais honorée à cause de l’impuissance où l’on est de commettre l’injustice* »⁹. La règle de droit, assortie d’une sanction serait donc inéluctablement efficace. Effectivement, « *l’action psychologique de la prohibition* » étant suffisante, elle atteindrait le but recherché sans même faire l’objet d’une quelconque application. L’absence de manquement serait « *tout l’opposé d’une impuissance des lois : cette loi-ci peut même être dite la plus effective de toutes, quoique son accomplissement soit invisible et immatériel* »¹⁰.

⁵ À l’image de la théorie du « *bad man* » formulée par le juge Holmes : HOLMES O. W., « The Path of the Law », 10 *Harvard Law Rev.* 457, 1897.

⁶ CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 6^{ème} éd., LGDJ, 1988, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », p. 136.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*, p. 125.

⁹ PLATON, *La République*, Livre II, 359 b.

¹⁰ CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, op cit.*, p. 129.

4. La dualité de la sanction. La sanction semblerait donc, aux vues de ces observations préliminaires, être un moyen indubitable d'assurer l'efficacité des lois par son aspect dissuasif. Toutefois, tel n'est pas toujours évidemment le cas. Certains violeront la loi et affirmer le contraire relèverait d'une utopie où les règles de droit n'auraient aucune utilité puisque l'Homme serait un être naturellement juste et moral. Toutefois, la simple présence de la sanction assortie à la règle de droit aura tout de même pour effet de réduire le nombre de ces violations par crainte des représailles. De plus, même en présence d'un manquement, la sanction poursuivra un second objectif, celui de réparation de l'atteinte. Ces deux visages de la sanction – la dissuasion et la répression¹¹ – permettraient donc d'assurer l'efficacité de la norme en assurant son respect, ou à un moindre degré, en corrigeant l'atteinte faite à la société. Cette dualité s'illustre notamment dans un pan du droit particulièrement enclin à l'application de l'analyse économique¹², le droit de la concurrence.

5. La prohibition des pratiques anticoncurrentielles. En effet, cette matière est « *symptomatique de l'interpénétration du droit et de l'économie* », la libre concurrence étant « *un processus à construire dans un cadre juridique pour qu'elle puisse véritablement faire son œuvre en tant que mécanisme de régulation de l'économie de marché* »¹³. Afin de préserver cette libre concurrence, les pratiques faisant obstacle au bon fonctionnement du marché, soit les pratiques anticoncurrentielles, ont donc fait l'objet d'une prohibition légale par le droit de la concurrence moderne. Dans un premier temps, le droit antitrust américain a posé une telle interdiction en 1890 aux Sections 1 et 2 du *Sherman Antitrust Act*, la première visant les cartels et la seconde la monopolisation. Le droit européen et interne se sont également dotés d'instruments similaires, l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) et l'article L. 420-1 du Code de commerce

¹¹ ADLC, « Communiqué de l'Autorité de la concurrence relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires », III. Les objectifs de la sanction, 30 juil. 2021.

¹² MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, 2^{ème} éd., 2008, v. pp. 81-116.

¹³ PRIETO C., BOSCO D., *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Éd. Bruylant, p. 13.

prohibant l'entente, soit toute action concertée « *entres entreprises [...] qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence* » et l'article 102 du TFUE et l'article L. 420-2 dudit Code prohibant les abus de position dominante¹⁴, soit « *le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive sa position dominante sur le marché intérieur* »¹⁵.

6. La différence entre les notions d'efficacité et d'efficience. Le maintien de la libre concurrence pure et parfaite, par cette interdiction, permettrait d'atteindre l'efficience optimale, notion qui ne doit pas être confondue avec l'objet d'étude de ce colloque, soit l'efficacité. En effet, l'efficience économique est ici la capacité à parvenir à un résultat optimal avec des ressources minimales, un objectif possible grâce à un droit de la concurrence efficace qui permette aux marchés de fonctionner de manière concurrentielle. De l'efficacité découle l'efficience économique et toute inefficacité, par la diminution de l'intensité concurrentielle, a alors « *un coût pour la société* » avec une baisse de l'efficience¹⁶.

7. La réparation du dommage par la sanction *ex post*. Ce coût doit alors être réparé¹⁷, par la mise en œuvre *ex post* – après l'implémentation de la pratique anticoncurrentielle – d'une sanction poursuivant les deux objectifs évoqués précédemment¹⁸ : faire cesser la pratique dans une perspective de rétablissement de la concurrence et dissuader les autres acteurs du marché de recourir à de tels comportements¹⁹. C'est à la Commission Européenne – si l'atteinte affecte le marché européen – et à l'Autorité de concurrence (ADLC) – s'il s'agit du marché français – que sont octroyés ces pouvoirs administratifs de sanction,

¹⁴ Art. 101 TFUE, ex-art. 81 TCE, al. 1^{er}.

¹⁵ Art. 102 TFUE, ex-art. 82 TCE, al. 1^{er}.

¹⁶ CHANTREL E., « Efficience économique », Dictionnaire Concurrences, *in* : <https://www.concurrences.com/fr/dictionnaire/efficience-economique>.

¹⁷ Sauf lorsque les conditions d'exemptions sont remplies : v. art. L. 420-4 C. Com. et 101, §3 TFUE.

¹⁸ V. *Supra* §4.

¹⁹ ADLC, « Compétence contentieuse », *in* : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/competence-contentieuse>.

prévus par le règlement (CE) n°1/2003 et diverses dispositions du Code de commerce^{20 21}.

8. La diversité de l'arsenal répressif. Les autorités concernées peuvent donc ainsi imposer « *toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire effectivement cesser l'infraction* »²², telle que la modification de formules contractuelles, la renégociation de contrats ou encore l'obligation de publication de la décision. De surcroît, les autorités peuvent également assortir leur décision d'une sanction pécuniaire – une amende administrative – soumise au principe de proportionnalité et dont le montant ne peut excéder 10% du chiffre d'affaires total de l'exercice précédent²³. Ainsi, à titre d'exemple, dans l'affaire *Google Ads*, dans laquelle l'ADLC a condamné Google à hauteur de 150 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la publicité liée aux recherches, l'autorité a par ailleurs prononcé des injonctions, la société se trouvant ainsi dans l'obligation de : « *(i) clarifier les règles Google Ads, (ii) de clarifier les procédures de suspension afin d'éviter que celles-ci ne revêtent un caractère brutal et injustifié, et (iii) de mettre en place de mesures de prévention, de détection et de traitement des violations aux Règles Google Ads* »²⁴.

9. L'adéquation entre l'arsenal législatif et l'analyse économique du droit. La variété de ce dispositif de sanction permettrait ainsi de restaurer des conditions équitables de fonctionnement du marché et de rechercher l'efficacité optimale, en empêchant la réitération de la pratique. Effectivement, suivant une logique de *Law and Economics*²⁵, chaque acteur du marché étant rationnel, se livrerait à un calcul coût-avantage entre les bénéfices attendus de la mise en œuvre de la

²⁰ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, 16 déc. 2002, *relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*.

²¹ Art. L. 464-2-I, L. 464-2-II C. Com.

²² Art. 7, Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, 16 déc. 2002, *op cit*.

²³ Art. 23, § 2, Règlement (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, *op cit*.

²⁴ ADLC, 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*.

²⁵ MACKAAY E., ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, *op cit*.

pratique anticoncurrentielle et le risque encouru en cas de condamnation. Si le coût de la pratique anticoncurrentielle – la sanction – est supérieur aux gains escomptés par son exécution, il y renoncera. Le prononcé de peines sévères enverrait donc un signal aux acteurs du marché en ce sens.

10. La définition polysémique de l'efficacité en droit de la concurrence. En se fondant sur ce postulat, la définition à adopter concernant la notion d'efficacité dans le cadre de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles apparaît incertaine. Est-elle synonyme d'autorités de concurrence actives, d'une prohibition faisant l'objet de nombreuses décisions et aux sanctions exemplaires ? De fait, cela impliquerait que les atteintes au marché seraient détectées et remédiées par l'imposition de mesures comportementales ou structurelles et des amendes administratives rédhibitoires. Si une telle approche était retenue, le prononcé exponentiel de sanctions aux montants records, que ce soit au niveau européen²⁶ – avec une peine culminante de 4,3 milliards d'euros dans l'affaire *Google Android*²⁷ – ou interne²⁸ – avec un total d'environ 7,2 milliards d'euros entre 2010 et 2020 – paraîtrait donc être un gage d'efficacité. Toutefois, cette position peut-être aisément critiquable. La multiplication des sanctions ne serait-elle pas finalement un aveu d'impuissance de la part des autorités de concurrence ? *De facto*, si la notion d'efficacité était entendue au sens de l'interprétation de Hans Kelsen²⁹, cette intensification signifierait uniquement que la norme n'est pas « *suivie par les personnes à qui elle est destinée* » et que l'efficacité ne serait donc qu'apparente bien que la règle fasse l'objet d'une application qui semble effective^{30 31}.

11. La confrontation de la sanction *ex post* à l'économie numérique. À l'aune de l'économie numérique, la balance semblerait pencher pour la seconde

²⁶ Cf. annexe n° 1, JENIK C., « Les plus lourdes amendes infligées par l'UE », 18 juil. 2018, *in* : <https://fr.statista.com/infographie/10040/les-plus-lourdes-amendes-infligees-par-lue/>.

²⁷ CE, 18 juil. 2018, *Google Android*, aff. AT.40099.

²⁸ Cf. annexe n° 2, ADLC, « Montant des sanctions depuis 2010 », *in* : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/chiffres-cles>.

²⁹ V. *Supra* §1.

³⁰ BOBBIO N., *Teoria generale del diritto*, *op cit.*, p. 23 ; V. *Supra* §2.

³¹ V. *Supra* § 2-3.

hypothèse et ce, pour plusieurs raisons. Au préalable, il convient de souligner la temporalité paradoxale du droit – aux longues et fastidieuses procédures – et du numérique, à la rapidité inégalée. Cette dissociation entre réalité du marché et les affres de la procédure juridique emporte des conséquences pratiques, les gains à retirer de la pratique anticoncurrentielle prenant lieu entre l’ouverture de l’enquête et le prononcé d’une sanction, et pouvant provoquer des effets irrémédiables sur le marché. De plus, les caractéristiques des plateformes d’intermédiation numériques, tels que le fonctionnement sur un marché biface ou la place préminente des effets de réseaux^{32 33}, complexifient la tâche des autorités de concurrence dans la détermination des remèdes appropriés. Finalement, bien que les sanctions pécuniaires atteignent des montants qui semblent démesurées, celles-ci ne représentent finalement qu’une somme insignifiante pour des entreprises dont le chiffre d’affaires dépasse le PIB de certains États³⁴.

12. Le constat contemporain d’inefficacité. La sanction *ex post* traditionnelle montre donc des limites, un consensus semblant s’esquisser sur leur insuffisance, les Professeurs Michal Gal et Nicolas Petit ayant souligné qu’il est généralement admis que « *les remèdes du droit de la concurrence appliqués aux marchés numériques n’ont pas rempli [leurs] objectifs et ont grandement été inefficaces* »³⁵. Il sera donc intéressant de mener une réflexion approfondie sur les considérations ayant sous-tendu ces propos, à travers des exemples jurisprudentiels, telle que l’affaire *Google Shopping* ou *Microsoft*. Cette analyse permettra de s’interroger sur le bien-fondé de cette hypothèse d’inefficacité contemporaine de la sanction *ex post* à travers le prisme de ses deux objectifs, celle-ci semblant connaître une diminution progressive de son aspect

³² ROCHET J.-C., TIROLE J., « Platform competition in two-sided markets », *JEEA*, Juin 2003, 1(4), pp. 990-1029.

³³ ZOGHEIB J.-M., « Effet de réseau », Dictionnaire de droit de la concurrence, *Concurrences*, art. n° 12231.

³⁴ Cf. annexe n° 3, GAUDIAUT T., « Les GAFAM signent une croissance à deux chiffres en 2020 », *in* : <https://fr.statista.com/infographie/21595/croissance-chiffre-affaires-gafam/>.

³⁵ GAL M., PETIT N., « Radical Restorative Remedies for Digital Markets », *Berkeley Technol. Law J.*, Vol. 37, n° 1, 2021 : « *It is generally agreed that antitrust remedies applied to date in digital markets have not met these goals and have largely been ineffective* ».

comminatoire (I) paradoxale à la correction régressive de l'atteinte au marché (II).

I. La diminution progressive de l'aspect comminatoire

13. La diminution progressive de l'aspect comminatoire. Confrontée aux plateformes d'intermédiation numériques, la sanction *ex post* classique des pratiques anticoncurrentielles ne paraît plus être en mesure d'empêcher la répétition des pratiques. En effet, bien que la sanction pécuniaire reflète une efficacité apparente (A), avec le prononcé exponentiel d'amendes, celle-ci connaît en réalité une remise en cause croissante de son aspect dissuasif (B).

A) L'efficacité apparente de la sanction pécuniaire

14. L'équilibre entre proportionnalité et finalité de la sanction. L'efficacité de la sanction des pratiques anticoncurrentielles pourrait se mesurer à sa capacité à trouver un juste milieu entre le principe de proportionnalité selon lequel les autorités ne doivent pas dépasser « *les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché* »³⁶, et ledit objectif dont la dissuasion est l'une des composantes. Dans cette perspective, doivent être pris en compte le gain illicite et le préjudice subi mais également la probabilité de détection du comportement pour calculer le montant de la sanction, qui doit être supérieur au profit que peut espérer l'auteur de l'acte illicite³⁷, afin qu'il soit rationnel pour lui de ne pas le commettre³⁸.

15. Le prononcé logique de sanctions pécuniaires au montant exponentiel. Compte tenu de ces éléments, il est donc finalement logique que les sanctions pécuniaires, en matière de pratiques anticoncurrentielles, connaissent une

³⁶ TPICE, 27 sept. 2006, *Jungbunzlauer c. Commission*, aff. T-43/02, *Rec.* 2006, p. II-3435, pt 226.

³⁷ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, Dalloz, 2020, p. 276.

³⁸ V. *Supra* §9.

croissance exponentielle allant de pair avec la mondialisation de l'économie et l'apparition de firmes multinationales au champ d'action mondial³⁹. En effet, l'entente ou l'abus de position dominante, plutôt que d'être astreintes à un marché local ou national, peuvent désormais affecter un marché infiniment plus vaste et ainsi causer un préjudice considérablement plus élevé. Le dommage subi étant plus étendu, la sanction connaîtra également une hausse. Certes, elle est toujours astreinte à la limite des 10% du chiffre d'affaires de l'année précédente⁴⁰, mais les dernières années ayant été marquées par l'émergence de pouvoirs privés économiques du numérique aux chiffres d'affaires incommensurables⁴¹ ⁴², le plafond de cette limitation augmente concomitamment.

16. L'insuffisance des sanctions pécuniaires. Cette situation mène en conséquence au prononcé d'amendes qualifiées records, telle que la condamnation d'Apple, Tech Data et Ingram Micro par l'ADLC à 1,1 milliards d'euros « *pour s'être rendue coupable d'ententes au sein de son réseau de distribution et d'abus de dépendance économique vis-à-vis de ses revendeurs indépendants « premium »* »⁴³. Néanmoins, ces sommes, mises en balance avec les gains attendus de la pratique anticoncurrentielle, ainsi que le chiffre d'affaires de ces entreprises – Apple ayant par exemple engrangé 294,1 milliards de dollars en 2020⁴⁴ – ne représentent plus une réelle menace pour ces pouvoirs privés économiques du numériques, l'aspect dissuasif de la sanction pécuniaire faisant l'objet d'un réel déclin.

³⁹ Cf. annexe n° 1 et n° 2 ; V. *Supra* § 10.

⁴⁰ Art. 23, § 2, Règlement (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, *op cit*.

⁴¹ FARJAT G., *Droit Économique*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1971 ; RACINE J.-B., SIIRIAINEN F., « Retour sur l'analyse substantielle en droit économique », *R.I.D.E.* 2007/3 (t.XXI, 3), pp. 259-291.

⁴² Cf. annexe n° 3.

⁴³ ADLC, « Apple, Tech Data et Ingram Micro sanctionnés », 16 mars 2020 ; ADLC, déc. n°20-D-04, 16 mars 2020, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple*.

⁴⁴ Cf. annexe n° 3.

B) La remise en cause croissante de l'aspect dissuasif de la sanction *ex post*

17. **L'émergence de pouvoirs privés économiques du numérique.** *Quid* de cette expression de pouvoirs privés économiques du numérique ? Dès 1971, le Professeur Gérard Farjat soulignait l'apparition de pouvoirs privés économiques, en marge du phénomène de concentration capitaliste, au « *pouvoir de décision analogue sur le plan matériel à celui de la puissance publique* »⁴⁵. Or, il paraît particulièrement opportun d'accorder une telle définition à certains acteurs de l'Economie numérique, dont les « GAFAM »⁴⁶. De fait, ces derniers endossent un réel rôle de régulateur privé au sein d'un écosystème élaboré à partir d'une activité historique et sur lequel ces plateformes jouent le rôle de contrôleur d'accès (« *gatekeeper* »)^{47 48}.

18. **La tentative de palliation par les procédures négociées.** L'aspect comminatoire des pratiques anticoncurrentielles était déjà en déclin, ainsi que peut l'illustrer cette phrase prononcée par un participant au *cartel de la lysine*, ayant pris place entre 1992 et 1995, « *les concurrents sont nos amis, les clients nos ennemis* »⁴⁹. Cette dernière démontre la volonté de s'engager dans une entente au mépris de la prohibition⁵⁰, et des consommateurs. Face à ce déclin, malgré des réserves initiales en droit européen et interne, des instruments complémentaires à la sanction *ex post*, les procédures négociées – la clémence, la transaction et

⁴⁵ ANTAKI N. N., « Compte rendu de [Farjat, Gérard, Droit économique, (Coll. Thémis), P.U.F., Paris, 1971, 443 p.] », *Études internationales*, Vol. 3, n° 1, 1972, pp. 99–100.

⁴⁶ Un acronyme qui devrait être désormais remplacé par celui de « GAMAM » : Google, Apple, Meta (Facebook), Amazon et Microsoft.

⁴⁷ Ainsi que sur des questions publiques telle que la modération des contenus violents sur Internet ; v. Proposition de règlement du 15 déc. 2020, *relatif à un marché intérieur des services numériques (Législation sur les services numériques) et modifiant la directive 2000/31/CE*, COM(2020) 825 final.

⁴⁸ V. Proposition de règlement du 15 déc. 2020, *relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques)*, COM/2020/842 final.

⁴⁹ CONNOR J. M., « "Our Customers Are Our Enemies": The Lysine Cartel of 1992-1995 », *Review of Industrial Organization*, Vol. 18, n° 1, Fév. 2001, pp. 5-21.

⁵⁰ Bien que le cartel ait finalement été découvert et sanctionné : CE, 7 juin 2000, *Acides aminés*, aff. COMP/36.545/F3.

l'engagement⁵¹ – ont finalement été implantées dans une finalité d'efficacité de la procédure, permettant de « *régler davantage de cas avec moins de ressources* »⁵². Toutefois, ces alternatives à la sanction connaissent des limites, les engagements pouvant par exemple être l'objet d'irrespect par les entreprises. Ainsi, dans l'affaire *Microsoft*, ce dernier s'était engagé en 2009 à offrir un écran multi-choix aux utilisateurs pour une période de cinq ans afin qu'ils ne soient pas limités dans leur choix de navigateur web⁵³. Or, entre mai 2011 et juillet 2012, cet écran multi-choix n'a plus été proposé. Ce non-respect a finalement fait l'œuvre d'une sanction pécuniaire d'un total de 561 millions d'euros en mars 2013⁵⁴. Bien que ces procédures négociées puissent donc représenter une alternative satisfaisante à la sanction *ex post*, celle-ci reste donc indispensable *in fine*, mais tout de même insuffisamment dissuasive.

19. Le constat d'inefficacité face à la réitération des pratiques. Présentement, cette perte de l'aspect dissuasif devient de plus en plus significative, avec l'exécution de diverses pratiques anticoncurrentielles par ces pouvoirs privés économiques du numériques, Google ayant par exemple été condamné à trois reprises par la Commission Européenne en l'espace de trois ans pour abus de position dominante, dans les affaires *Google Search (AdSense)*⁵⁵, *Google Android* et *Google Shopping*^{56 57}. Le cumul de ces sanctions a atteint un montant avoisinant les 8 milliards d'euros, soit une part infime d'un chiffre d'affaires de plus de 182 milliards de dollars en 2020⁵⁸. De plus, il est à souligner que l'ADLC a également prononcé une décision à l'encontre de Google sur le même fondement et que de nombreuses enquêtes sont en cours, aux États-Unis et en

⁵¹ V. ADLC, « Compétence contentieuse », *in* : <https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/competence-contentieuse> ; la clémence étant restreinte à l'entente, ainsi que la transaction en droit européen.

⁵² MEZAGUER M., *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne, Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, Éd. Bruylant, 2015, p. 21.

⁵³ CE, « Abus de position dominante : la Commission accepte les engagements proposés par Microsoft pour permettre aux utilisateurs de choisir leur navigateur web », 16 déc. 2009.

⁵⁴ CE, « Abus de position dominante : la Commission sanctionne Microsoft pour non-respect de ses engagements concernant le choix du navigateur », 6 mars 2013.

⁵⁵ CE, 20 mars 2019, *Google Search (AdSense)*, aff. AT.40411.

⁵⁶ CE, 27 juin 2017, *Google Shopping*, aff. AT.39740.

⁵⁷ CE, 18 juil. 2018, *Google Android*, aff. AT.40099.

⁵⁸ Cf. annexe n° 3.

Europe⁵⁹ ⁶⁰ ⁶¹. Ce soudain foisonnement jurisprudentiel démontrerait bien que la sanction n'est plus en mesure d'empêcher la répétition des pratiques par son aspect comminatoire, d'autant plus que les injonctions assorties aux amendes administratives sont parfois inadaptées et n'apparaissent plus en mesure de corriger l'atteinte au marché.

II. La correction régressive de l'atteinte au marché

20. La correction régressive de l'atteinte au marché. Dans une perspective de rétablissement d'un marché concurrentiel pour corriger les effets de la pratique anticoncurrentielle, les autorités de concurrence disposent de remèdes dont la diversité apparaît conditionnelle (A), menant au prononcé de sanctions usuelles dont l'inadaptation à l'économie numérique est à souligner (B).

A) La diversité conditionnelle des remèdes correctifs

21. Le critère juridique de l'atteinte au marché. La condition de l'atteinte au marché revêt de nombreuses facettes en matière de pratique anticoncurrentielle. Elle peut être actuelle ou uniquement potentielle selon une jurisprudence constante puisqu'il suffit de démontrer qu'une pratique abusive « *tend[e] à restreindre la concurrence ou [qu'elle] est de nature à ou est susceptible d'avoir un tel effet* »⁶². De même, dans le cadre de l'entente, ce critère est réputé satisfait

⁵⁹ V. *Supra* §8 ; ADLC, déc. n°19-D-26,19 déc. 2019, *op cit*.

⁶⁰ *DoJ v. Google*, 20 oct. 2020, *in* : <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-monopolist-google-violating-antitrust-laws> ; v. *FTC v. Facebook Inc.*, Case 1:20-cv-03590-JEB, Revised, Doc. 75-1, Aug. 19, 2021.

⁶¹ CE, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission ouvre une enquête sur un possible comportement anticoncurrentiel de Google dans le secteur des technologies de publicité en ligne », 22 juin 2021 ; v. CE, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission adresse une communication des griefs à Amazon concernant l'utilisation des données non publiques de vendeurs indépendants et ouvre une seconde enquête sur ses pratiques en matière de commerce électronique », 10 nov. 2020.

⁶² CJUE, 19 avr. 2012, *Tomra Systems*, aff. C-549/10 P, pt 16.

si celle-ci a seulement pour objet de porter atteinte à la concurrence, même en absence d'effet⁶³. Dans cette dernière hypothèse, le rétablissement de la libre concurrence est donc aisé par une injonction de cessation de la pratique avant qu'elle ne parvienne à sa finalité anticoncurrentielle. Toutefois, lorsque tel est le cas, les remèdes à adopter devront être plus spécifiques à l'atteinte causée, qui doit avoir eu un effet sensible, c'est-à-dire significatif, sur le marché⁶⁴.

22. Les exemples multiples de dommages concurrentiels. Diverses techniques de « *cloisonnement et d'étouffement de la concurrence* » peuvent être employées pour arriver à cette fin⁶⁵, tels que l'accord sur les prix ou la répartition de marchés dans le cadre de l'entente^{66 67}, ou encore l'utilisation de clauses d'exclusivités⁶⁸, de clauses de la nation la plus favorisée⁶⁹, des stratégies de *self-preferencing*⁷⁰, au regard de l'abus de position dominante. Le résultat anticoncurrentiel de ces pratiques peut mener à la hausse des prix, la baisse de l'innovation, l'exclusion de concurrents du marché ou l'instauration de barrières à l'entrée dudit marché. Certaines de ces atteintes seront naturellement plus simples à réparer, avec par exemple une injonction comportementale portant sur la modification ou la suppression des clauses à effet anticoncurrentiel, ou une injonction de cessation de la pratique. D'autres, telle que l'exclusion de concurrents, qui revête un aspect définitif, ou l'instauration de barrières à l'entrée du marché, si elles deviennent quasi-incontestables, doivent faire l'objet de remèdes plus poussés.

⁶³ CJCE, 30 juin 1966, *LTM c/MBU*, aff. 56/65.

⁶⁴ PRIETO C., BOSCO D., *Droit européen de la concurrence, op cit.*, pp. 506-509 ; CJCE, 9 juil. 1969, *Völk*, aff. 5/69, pt 7.

⁶⁵ DECOCQ A., DECOCQ G., *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union Européenne*, LGDJ, 7^{ème} éd., 2016, p. 309.

⁶⁶ Par ex. : ADLC, déc. n°II-D-17, 8 déc. 2011, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des lessives*.

⁶⁷ Par ex. : CJCE, 6 avr. 2000, *ICI*, aff. C-286/95 P ; *Solvay*, aff. C-287/95 P.

⁶⁸ Par ex. : CJCE, 13 fév. 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. C-85/76, pt 90.

⁶⁹ Par ex. : ADLC, déc. n°19-D-23, 10 déc. 2019, *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne*.

⁷⁰ Par ex. : CE, 27 juin 2017, *Google Shopping*, aff. AT.39740.

23. Le rare recours aux mesures structurelles. Ces mesures sont au choix, comportementales – avec des obligations de faire ou de ne pas faire^{71 72} – ou structurelles lorsqu’il « *n’existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace* »⁷³. En effet, ces dernières sont les plus sévères, avec par exemple l’obligation de céder une partie de ses actifs ou la possibilité ultime de démantèlement de l’entreprise^{74 75}. Or, « *la préoccupation de concurrence repose sur le comportement des entreprises et non sur la structure de marché* »⁷⁶. En conséquence, il ne faut recourir aux mesures structurelles que si cela est strictement nécessaire. Toutefois, ces injonctions étant les plus poussées – et donc les plus dissuasives – leur rare utilisation, d’une part, participe à l’affaiblissement du pouvoir comminatoire de la sanction⁷⁷, et d’autre part, fait l’objet de vives critiques doctrinales et politiques⁷⁸. En effet, il est considéré par certains que la séparation des plateformes numériques est désormais l’unique moyen de rétablir un marché concurrentiel⁷⁹, les sanctions usuellement appliquées étant inadaptées à l’économie numérique.

⁷¹ V. *Supra* § 8.

⁷² Telle que la cessation de la pratique.

⁷³ Art. 7, Règlement (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, *op cit.*

⁷⁴ V. par ex. en droit américain : *U.S. v. United Shoe Mach. Corp.*, 1969 Trade Cas. (CCH), 72,688 (D. Mass. 1969).

⁷⁵ Cette possibilité n’ayant jamais été utilisée en droit européen et interne et n’ayant fait l’objet que de deux décisions en droit américain : *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1, 62 (1911) ; *U.S. v. AT&T Co.*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1983).

⁷⁶ CARTAPANIS M., « Engagements (pratiques anticoncurrentielles) », Dictionnaire de droit de la concurrence, *Concurrences*, art. n° 12301.

⁷⁷ V. *Supra*, § 14-19.

⁷⁸ V. par ex. : KHAN L. M., « The separation of Platforms and Commerce », *Col. L. Rev.*, Vol. 119, n° 4, 2019, pp. 973-1098 ; WARREN E., « Break up Big Tech », *in* : <https://2020.elizabethwarren.com/toolkit/break-up-big-tech>.

⁷⁹ V. par ex. : KHAN L. M., « The separation of Platforms and Commerce », *op cit.* ; WU T., *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, Nov. 2018.

B) L'inadaptation des sanctions usuelles à l'économie numérique

24. **La concevable irréversibilité du dommage concurrentiel.** Face au fonctionnement des plateformes d'intermédiation numériques⁸⁰, les mesures comportementales et sanctions pécuniaires deviendraient insuffisantes, n'étant plus « *susceptibles de mettre un terme aux pratiques [...] [et] de rendre à nouveau possible une concurrence à égalité des armes* »⁸¹. L'une des premières raisons à évoquer tient en la temporalité extrêmement lente du droit. À titre d'exemple, l'affaire *Google Shopping* avait été initiée en 2010, par suite de l'ouverture d'une enquête par la Commission Européenne⁸². Elle n'a fait l'objet d'une décision que sept ans plus tard⁸³, décision qui vient tout juste d'être confirmée par un arrêt du Tribunal de l'Union Européenne⁸⁴, un laps de temps de onze ans s'étant donc écoulé entre l'ouverture de la phase d'investigation et cette dernière décision, laps de temps durant lequel le marché aura connu des évolutions incontestables, dont l'éviction de concurrents. Il est donc concevable d'émettre « *des doutes quant à l'effectivité des procédures concurrentielles actuelles [...] et de l'efficacité des remèdes. Les sanctions pécuniaires pourraient être insuffisamment dissuasives si la firme dominante verrouille sa position de façon irréversible* »⁸⁵, cette irréversibilité pouvant s'étendre au dommage causé à la concurrence qui ne pourra donc être corrigé.

25. **L'inadéquation des remèdes usuels aux caractéristiques des plateformes numériques.** Finalement, même si le dommage s'avère réversible et que la pratique a pu être caractérisée, le choix d'un remède adéquat par les autorités de

⁸⁰ V. *Supra* § II.

⁸¹ MARTY F., « La concentration des marchés numériques : caractérisation d'un problème concurrentiel et discussion des propositions de remèdes », *Gaz. Pal.*, 15 sept. 2021, n° 42585, p. 46.

⁸² CE, « Antitrust: La Commission enquête sur des allégations d'infraction aux règles antitrust par Google », 30 nov. 2010.

⁸³ CE, 27 juin 2017, *Google Shopping*, aff. AT.39740.

⁸⁴ Trib. UE, 10 nov. 2021, *Google Shopping*, aff. T-612/17.

⁸⁵ MARTY F., « La concentration des marchés numériques : caractérisation d'un problème concurrentiel et discussion des propositions de remèdes », *op cit.*, p. 46.

concurrence – qui souffrent d’une importante asymétrie d’informations avec les entreprises – se complexifie en raison de l’inadaptation des outils juridiques traditionnels aux marchés numériques. Ainsi, en présence d’un marché biface, la plateforme numérique agissant en tant qu’intermédiaire entre deux faces de marchés distinctes⁸⁶, et d’effets de réseaux directs et indirects, l’attractivité de la plateforme accroissant avec le nombre d’utilisateurs, sur quelle face du marché le remède doit-il être mis en œuvre ? Par exemple, Google et Facebook sont deux acteurs incontournables du marché de la publicité en ligne, le premier grâce à son moteur de recherche, le deuxième grâce à son réseau social. Si les deux entreprises décidaient de former une entente sur le marché de la publicité en ligne, le remède appliqué devrait-il s’arrêter uniquement sur ce marché ou devrait-il être élargi au marché des moteurs de recherche et celui des réseaux sociaux ? En effet, si ces deux géants du numérique sont si attractifs pour les annonceurs publicitaires, c’est grâce aux effets de réseaux indirects. De fait, c’est leur colossale base d’utilisateur, acquise sur les marchés des réseaux sociaux et des moteurs de recherche, qui les rend incontournables pour les annonceurs publicitaires. Néanmoins, il ne faut pas oublier que la sanction doit être strictement nécessaire et proportionnée et donc prendre en considération toutes les faces du marché pourrait vraisemblablement contrevenir à ce principe⁸⁷.

26. La complexité de la détermination du remède approprié. La caractérisation de remèdes adéquats est donc une question très épineuse pour les autorités de concurrence, ce qui peut être illustré notamment par les détracteurs de la décision *Google Shopping*, les remèdes imposés ayant été qualifiés par certains comme n’étant guère utiles⁸⁸. En l’espèce, Google s’était livré à du *self-preferencing*, utilisant sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche en ligne pour favoriser son propre service de comparaison de prix, Google Shopping. Ce dernier était affiché en tête des résultats de recherche, au détriment des services rivaux de comparaison, rétrogradés en moyenne en page 4 des résultats. Pour mettre fin à cette pratique, et rétablir un fonctionnement

⁸⁶ ROCHET J.-C., TIROLE J., « Platform competition in two-sided markets », *op cit.*

⁸⁷ Art. 23, § 2, Règlement (CE) n° 1/2003, 16 déc. 2002, *op cit.*

⁸⁸ MARSDEN P., PODSZUN R., « Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement », *Konrad-Adenauer-Stiftung*, 2020, p. 15 : « *The remedy imposed by the European Commission is subject to criticism as not actually helpful* ».

équitable et concurrentiel du marché en question, la Commission Européenne a donc enjoint Google « [d'] *appliquer aux services de comparaison de prix concurrents les mêmes procédés et les mêmes méthodes de placement et d'affichage sur ses pages de résultats de recherche qu'à son propre service de comparaison de prix* »⁸⁹. Or, trois ans après, malgré la création d'un système d'enchères pour les comparateurs de prix concurrents, moins d'un pour cent du trafic d'utilisateurs est dirigé vers les services rivaux comparateurs⁹⁰. La surveillance de ce remède apparaît donc pour l'instant inefficace en ce qu'il n'a pas eu les effets escomptés.

27. Péroraisons sur l'efficacité de la sanction *ex post* des pratiques anticoncurrentielles. Cette dernière affaire est symptomatique d'une certaine réalité où la sanction *ex post* des pratiques anticoncurrentielles apparaît comme non seulement insuffisante, mais parfois inefficace. Ainsi que l'énonce Frédéric Marty, « *la définition d'un remède adéquat pour corriger ses effets [de la pratique anticoncurrentielle] ne va pas de soi. Le dommage à la concurrence peut être déjà irréversible, les éventuels remèdes comportementaux peuvent conduire à une régulation asymétrique de la concurrence et la surveillance de leur effectivité coûteuse et difficile* »⁹¹. Nonobstant ce constat, il est nécessaire d'ajouter que « *l'inefficacité ne se confond pas forcément avec inutilité* »⁹². Ainsi, même si la sanction traditionnelle *ex post* des pratiques anticoncurrentielles montre des limites, elle reste tout de même indispensable. De surcroît, elle peut être palliée par des procédures alternatives permettant de « *réconcilier le temps économique avec le temps de la procédure* » ou encore par des mesures provisoires « *opportun[es] dans les secteurs innovants,*

⁸⁹ CE, « Pratiques anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix », 27 juin 2017.

⁹⁰ Financial Times, « Google Shopping accused of failing to address competition problems », 28 sept. 2020, *in* : <https://www.ft.com/content/4c6fo6b9-a984-429e-b397-332a1779bd71>.

⁹¹ MARTY F., « La concentration des marchés numériques : caractérisation d'un problème concurrentiel et discussion des propositions de remèdes », *op cit.*, p. 46.

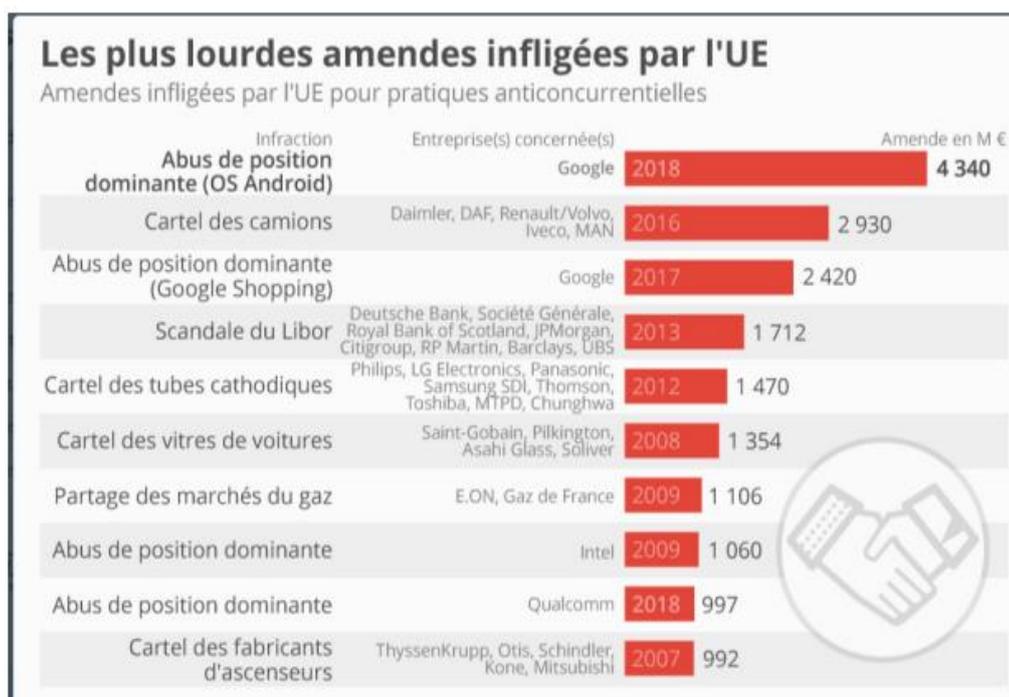
⁹² CHAMPEIL-DESPLATS V., « Penser l'efficacité de la norme », *op cit.*, p. 373.

notamment numériques où il faut agir vite »^{93 94}. Ainsi, même si la sanction *ex post* ne peut pas être considérée comme entièrement efficace, elle est au mieux irréfutablement effective.

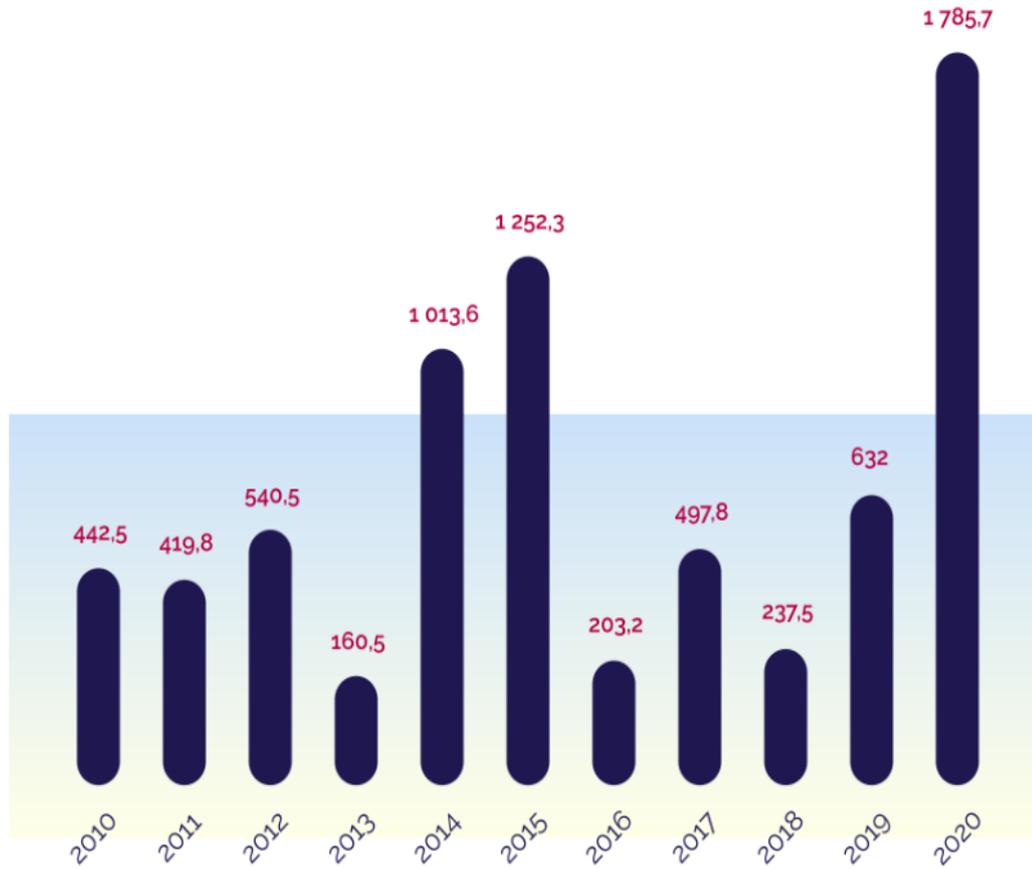
⁹³ LASSERRE B., « La politique des engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles : premiers pas et premier bilan en France », *32^{ème} Conférence on International Antitrust Law and Policy*, Université de Fordham, 2005.

⁹⁴ MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la concurrence interne et européen*, *op cit.*, p. 318.

Annexe n° 1: JENIK C., « Les plus lourdes amendes infligées par l'UE », 18 juil. 2018, *in* : <https://fr.statista.com/infographie/10040/les-plus-lourdes-amendes-infligees-par-lue/>.



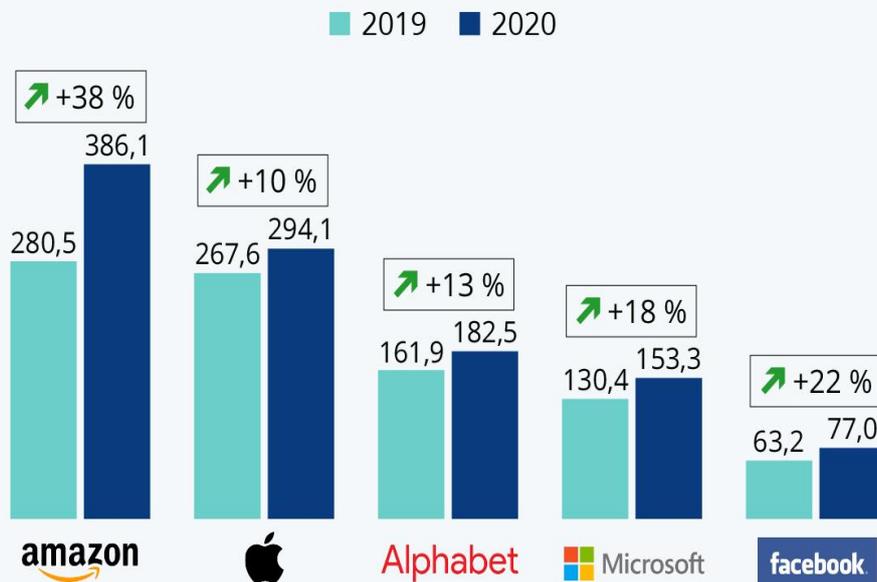
Annexe n°2: ADLC, « Montant des sanctions depuis 2010 », in : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/chiffres-cles>.



Annexe n° 3 : GAUDIAUT T., « Les GAFAM signent une croissance à deux chiffres en 2020 », in : <https://fr.statista.com/infographie/21595/croissance-chiffre-affaires-gafam/>.

GAFAM : une croissance à deux chiffres en 2020

Chiffre d'affaires annuel des entreprises, en milliards de dollars US



Sources : rapports d'entreprise



statista