

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES  
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans  
contrepartie financière**

Note de référence du Secrétariat

28 novembre 2018

Ce document a été préparé par le Secrétariat de l'OCDE pour servir de note de référence sous le point 2 de l'ordre du jour de la réunion conjointe du Comité de la concurrence et du Comité de la politique à l'égard des consommateurs qui se tiendra le 28 novembre 2018.

Les opinions exprimées et les arguments avancés dans ce document ne reflètent pas nécessairement le point de vue officiel de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays Membres.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :

<http://www.oecd.org/fr/daf/concurrence/quality-considerations-in-the-zero-price-economy.htm>

Pour toute question relative à ce document, merci de prendre contact avec M. Antonio Capobianco  
[courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org]

JT03439610

## *Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans contrepartie financière*

Note de référence du Secrétariat\*

*La plupart des consommateurs se voient proposer chaque jour des produits gratuits. Les modèles économiques reposant sur la gratuité des produits ne sont pas nouveaux, mais dans le secteur numérique, de nouveaux marchés sans contrepartie financière sont apparus, qui possèdent leurs propres caractéristiques et sont d'une large ampleur.*

*Le présent document expose les aspects potentiels de la concurrence par la qualité sur les marchés sans contrepartie financière et leurs modèles économiques, tels que la vie privée et la sécurité des données, le contenu publicitaire, la facilité de passage d'une plateforme à l'autre et les possibilités de choix sur des marchés complémentaires.*

*Alors qu'il existe une base conceptuelle pour identifier les problèmes de concurrence sur les marchés sans contrepartie financière, de nombreuses difficultés pratiques d'ordre analytique et juridique peuvent se poser. Ces difficultés peuvent toutefois être résolues par les autorités de la concurrence dans de nombreux cas.*

*Si la concurrence ne s'exerce pas comme elle le devrait sur un marché sans contrepartie financière et que les outils de mise en œuvre de la concurrence ne peuvent y remédier, les autorités de protection des consommateurs et des données ont de nombreuses possibilités d'action.*

*En tout état de cause, les autorités de la concurrence et de la protection des consommateurs et des données peuvent jouer un rôle complémentaire pour promouvoir des marchés sans contrepartie financière concurrentiels. Aussi leur coopération est-elle indispensable, particulièrement en ce qui concerne les actions de sensibilisation et la réglementation.*

---

\* Le présent document a été préparé par James Mancini et Cristina Volpin de la Division de la concurrence de l'OCDE, avec la contribution de Michael Donohue et Dries Cuijpers de la Division de la politique de l'économie numérique.

## *Table des matières*

<b>Problématique de la qualité dans les secteurs numériques de l'économie sans contrepartie financière.....</b>	<b>2</b>
<b>1. Introduction .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Aspects de la concurrence par la qualité dans l'économie sans contrepartie financière .....</b>	<b>7</b>
2.1. Vie privée et sécurité des données .....	7
2.2. Contenu publicitaire.....	9
2.3. Facilité de transfert et choix sur les marchés complémentaires.....	10
2.4. Autres aspects de la qualité.....	11
<b>3. Questions de concurrence liées à la qualité sur les marchés sans contrepartie financière .....</b>	<b>12</b>
3.1. Fondement conceptuel des aspects de la qualité dans les affaires de concurrence .....	12
3.1.1. Théorie du préjudice au regard de la vie privée .....	12
3.1.2. Théorie du préjudice au regard de l'innovation .....	13
3.1.3. Théorie du préjudice au regard du transfert et du choix.....	13
3.1.4. Autres théories du préjudice au regard de la qualité .....	14
3.2. Difficultés analytiques de l'application du droit de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière .....	15
3.2.1. Évaluer le pouvoir de marché et la domination.....	15
3.2.2. Définition du marché.....	16
3.2.3. Estimation quantitative des effets.....	16
3.2.4. Prise en compte des marchés associés et des marchés multiface.....	18
3.3. Difficultés juridiques de l'application du droit de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière .....	19
3.3.1. Applicabilité du droit de la concurrence aux marchés sans contrepartie financière.....	20
3.3.2. Mesures correctives.....	25
<b>4. Questions de la protection des consommateurs et des données associées à la qualité sur les marchés sans contrepartie financière .....</b>	<b>27</b>
4.1. Origine des problèmes du côté de la demande sur les marchés sans contrepartie financière du secteur numérique.....	27
4.1.1. Asymétries de l'information.....	28
4.1.2. Biais comportementaux du consommateur .....	29
4.2. Applicabilité juridique de la législation sur la protection des données et des consommateurs aux produits gratuits.....	31
4.2.1. Objectifs de la protection des données, de la protection des consommateurs et du droit de la concurrence .....	31
4.2.2. Limites de l'application de la protection des données, de la protection des consommateurs et du droit de la concurrence aux transactions sans contrepartie financière.....	32
4.3. Collaborations possibles pour résoudre les problèmes du côté de la demande.....	35
4.3.1. Approches d'application des législations .....	36
4.3.2. Approches de sensibilisation et nouvelles mesures réglementaires potentielles .....	37
<b>5. Conclusion.....</b>	<b>41</b>
Notes de fin.....	43
Références.....	49

## 1. Introduction

1. La plupart des consommateurs se voient proposer au moins un produit sans contrepartie financière au cours d'une seule journée. Les modèles économiques axés sur la fourniture de produits gratuits ne sont pas nouveaux : les sociétés de média mettent depuis longtemps gratuitement à disposition des consommateurs du contenu radiophonique, télévisuel ou de presse papier, financé par les recettes publicitaires. Les marchés multifaces assortis d'une composante gratuite existent aussi depuis quelque temps en ce qui concerne les cartes de crédit, voire les centres commerciaux (Evans, 2011). Sur d'autres marchés, la gratuité peut faire partie d'une stratégie visant à vendre aux consommateurs des produits complémentaires, comme dans le cas souvent cité des entreprises proposant un rasoir gratuit dans l'espoir que les consommateurs deviennent ensuite des acheteurs réguliers les lames correspondantes.

2. Cependant, dans le secteur numérique, sont apparus de nouveaux marchés sans contrepartie financière qui possèdent leurs propres caractéristiques et sont d'une grande ampleur : sept des dix plus grandes entreprises mondiales proposent des produits et services gratuits sur les marchés numériques<sup>1</sup>. On estime que la valeur des données personnelles devrait atteindre près de 1 000 milliards EUR par an d'ici à 2020 rien qu'en Europe<sup>2</sup>.

3. Pour évaluer la dimension potentielle de la qualité sur un marché numérique sans contrepartie financière, il convient tout d'abord de se demander pourquoi une entreprise veut fournir le produit sans recevoir d'argent en échange. Bien que sur les marchés numériques, les coûts marginaux soient souvent faibles, ils sont rarement nuls (comme l'explique Newman, 2017), et les entreprises demandent généralement une contrepartie quelconque en échange de la fourniture de ces produits. La raison à l'origine de la gratuité d'un produit relève dans la plupart des cas de l'un des cas suivants :

- **acquisition de données** : la collecte des données utilisateurs devient un élément essentiel des modèles économiques des entreprises numériques pour améliorer la qualité de leurs services, élaborer de nouveaux produits, et monétiser les données en les vendant à des courtiers de données ou à d'autres entreprises. L'examen mené par le Comité de la concurrence de l'OCDE sur les mégadonnées s'intéresse de manière approfondie à ces modèles économiques et à leurs implications sur la concurrence (OCDE, 2016a) ;
- **publicité** : la fourniture de produits gratuits pour attirer l'attention des consommateurs, qui peuvent ensuite être orientés vers des publicités, est un modèle économique bien établi dans le secteur des médias. Cependant, sur les marchés numériques, ces publicités peuvent être adaptées aux consommateurs, ce qui renforce leur efficacité. Le rapport sur la publicité en ligne réalisé par le Comité de l'OCDE chargé de la politique en matière de consommation décrit ces modèles et leurs conséquences pour la politique de consommation (OCDE, à paraître) ;
- **création d'une base de clients** : la gratuité peut aussi faire partie de la stratégie d'une entreprise pour dégager à terme un revenu auprès des consommateurs, en proposant par exemple des essais gratuits limités dans le temps ou une option payante offrant davantage de fonctionnalités (parfois appelée « premiumisation »), en vendant des produits complémentaires (dont des produits non durables qui sont protégés de la concurrence par des restrictions de compatibilité ou la faible

propension des consommateurs à faire leurs achats ailleurs), ou d'autres produits en exploitant les liens instaurés avec les consommateurs bénéficiant des produits gratuits. La gratuité peut également être une stratégie visant à accroître rapidement sa part de marché lorsqu'un concurrent propose un produit similaire (Barnett, 2018). Les entreprises peuvent par ailleurs proposer des produits gratuits pour se constituer une large base de clients, qui augmentera leur attrait aux yeux d'autres entreprises pour une fusion éventuelle (Rubinfeld et Gal, 2016) ;

- **altruisme et autres objectifs de long terme** : certaines technologies, dites « en libre accès », sont disponibles gratuitement, sans dépendre de l'obtention des données utilisateurs ou de revenus publicitaires. Elles peuvent être proposées sans volonté de dégager des bénéfices, pour appliquer des principes philosophiques plus larges sur l'accès aux technologies et l'innovation. Des entreprises à but lucratif participent parfois au développement des technologies en libre accès parce qu'elles en tirent de la valeur. C'est le cas par exemple du système d'exploitation Linux (Newman, 2017). Bien que les conséquences de ces technologies sur le fonctionnement global des marchés suscitent des inquiétudes (voir par exemple Rubinfeld et Gal, 2016), le présent document se limitera aux trois premiers modèles économiques, compte tenu de leur rapport avec le droit de la concurrence et de la protection des données et des consommateurs.
4. Cela conduit à se poser l'une des questions associées à l'analyse de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière : quelle est la nature de la transaction, si elle existe, entre les fournisseurs et les consommateurs de produits gratuits ?
  5. Selon un certain point de vue, puisqu'aucun échange d'argent intervient, il n'existe pas de transaction. Alors que les entreprises peuvent investir des ressources dans la collecte et le traitement des données ou le développement de services publicitaires, les consommateurs ne perdent finalement rien lorsque leurs données ou leur attention sont utilisées pour gagner de l'argent. Wismer et Rasek (OCDE, 2017) mettent par exemple en garde contre la tentation de chercher l'aspect négatif d'une transaction pour les consommateurs dans un marché multifaces si les produits gratuits sont payés par une autre partie (les publicitaires par exemple), étant donné que la concurrence continue de s'appliquer à ce segment du marché.
  6. Evans avance en revanche un point de vue contraire. Selon lui :
 

*L'argument selon lequel les produits gratuits ne sont pas vendus (...) n'est pas logique sur le plan économique. Les entreprises doivent toujours décider quelle quantité elles doivent fournir gratuitement et les consommateurs doivent toujours décider quelle quantité demander, étant donné qu'ils doivent généralement engager des ressources pour obtenir et consommer ces produits gratuits. En termes d'offre et de demande concurrentielles, ou dans le cadre standard d'une entreprise maximisant ses bénéfices en fixant un prix dans un contexte de baisse de la demande, un « prix gratuit » signifie simplement que le marché concurrentiel ou l'entreprise maximisant ses bénéfices fixe un prix égal à zéro. Zéro est un chiffre comme un autre. (Evans, 2011, p. 14)*
  7. On peut par ailleurs considérer qu'un prix monétaire égal à zéro ne signifie pas que les consommateurs ne donnent rien en échange des produits reçus. Vu sous cet angle, leurs données personnelles ou l'attention accordée aux publicités sont le prix payé pour les produits. Savage et Waldman (2015) soutiennent cette affirmation en soulignant le fait qu'il s'effectue un véritable arbitrage entre prix et données sur certains marchés. Une étude a

d’ailleurs montré que les applications mobiles les moins chères collectent davantage de données utilisateurs que les applications payantes (Kummer et Schulte, 2016). Par ailleurs, l’attention des consommateurs étant limitée et la valeur de leurs données risquant de diminuer compte tenu du nombre croissant d’entreprises qui peuvent y accéder, il convient de reconnaître la valeur conférée à la transaction par les consommateurs. Cette idée est conforme à la déclaration figurant dans la décision de la Commission européenne dans l’affaire du moteur de recherche Google (Shopping), selon laquelle : « Alors que les utilisateurs ne versent pas de contrepartie monétaire pour l’utilisation des services de recherche généraux, ils contribuent à la monétisation des services en fournissant des données à chaque recherche effectuée » (paragraphe 320)<sup>3</sup>. Les révisions apportées en 2016 ont élargi la portée de la Recommandation du Conseil sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique aux « transactions non monétaires », pour tenir compte de la nécessité de protéger les consommateurs dans ce contexte (OCDE, 2016).

8. Enfin, un dernier point de vue réfute l’idée qu’un prix gratuit équivaut à une absence de transaction, sans aller toutefois jusqu’à essayer de reconceptualiser les données ou l’attention aux publicités en termes de prix. Le concept bien établi de la qualité du produit fournit une base suffisante pour analyser sur le plan économique les marchés sans contrepartie financière, y compris dans un contexte de concurrence (voir par exemple Waehrer, 2016). Ce point de vue reconnaît notamment que le prix n’est qu’une dimension de la concurrence entre les entreprises. Alors que la qualité représente un aspect de la concurrence sur de nombreux marchés, sur les marchés sans contrepartie financière, elle sera le seul paramètre influant sur le bien-être du consommateur et le seul indicateur de l’impact des pratiques d’une entreprise ou des concentrations.

9. Les raisons qu’ont les entreprises de proposer des produits gratuits présentées ci-dessus – essentiellement la valeur que l’utilisation d’un tel produit par les consommateurs donne à l’entreprise – peuvent être rapprochées d’éléments similaires déterminant la qualité et donc la valeur du consommateur. L’ampleur de la collecte des données, et le degré selon lequel elle est associée à un consommateur donné, peut par exemple être perçue négativement en termes de bien-être du consommateur dans la mesure où elle touche à la vie privée. De même, plus un consommateur est exposé à des publicités en visualisant un contenu, moins la valeur qu’il en retire est élevée (en supposant que les publicités ne représentent pas pour lui un contenu ayant de la valeur). Un grand nombre de consommateurs sont contrariés lorsque les publicités en ligne gênent leur expérience sur Internet, en ralentissant ou en interrompant les services (OCDE, 2018b).

10. Cette approche présente toutefois également certaines difficultés, tant en termes d’analyses que de questions sur les biais des consommateurs et les limites de l’information. Le présent document s’appuiera sur les examens déjà conduits par l’OCDE sur les mégadonnées (OCDE, 2016a), les marchés multifaces (OCDE, 2017), les effets hors-prix des concentrations (OCDE, 2018) et le projet de l’OCDE « Vers le numérique »<sup>4</sup> pour étudier les questions liées à la qualité sur les marchés sans contrepartie financière. En particulier,

- **la section 2** résume les différents aspects de la concurrence par la qualité observés sur les marchés sans contrepartie financière ;
- **la section** Error! Reference source not found. examine comment il est possible de tenir compte de ces différents aspects de la qualité dans l’application du droit de la concurrence, ainsi que les difficultés analytiques et juridiques qui en découlent ;

- **la section 4** recense les problèmes que posent les marchés sans contrepartie financière du côté de la demande, ainsi que les éventuels dysfonctionnements qu'ils peuvent entraîner, les difficultés juridiques liées à l'application du droit sur la protection des consommateurs et des données sur ces marchés, et les solutions politiques envisagées pour résoudre ces difficultés ;
- **La section 5** apporte une conclusion.

## 2. Aspects de la concurrence par la qualité dans l'économie sans contrepartie financière

11. La nature de la concurrence par la qualité existant sur les marchés sans contrepartie financière n'est pas propre à ces marchés. L'absence de prix signifie toutefois que les termes de la transaction effectuée entre l'entreprise et les consommateurs peuvent être conceptualisés quasiment exclusivement en termes de qualité. Les conséquences sur la qualité seront par conséquent la principale mesure de l'impact sur les consommateurs d'une concentration ou des pratiques d'une entreprise, ainsi qu'un motif potentiel de collusion.

12. Comprendre pourquoi les entreprises proposent des produits gratuits peut être un point de départ pour distinguer les différents aspects de la concurrence par la qualité sur un marché. L'on peut évaluer les raisons présentées à la section 1, à savoir la publicité, l'acquisition de données ou l'instauration d'une relation client, pour savoir s'il existe un déterminant de la valeur correspondant pour le consommateur. Cette approche permet d'analyser les problèmes de concurrence à la fois en ce qui concerne les motivations des entreprises et leurs conséquences sur les consommateurs. Les aspects de la qualité abordés ici sont les suivants :

- **la vie privée et la sécurité des données**, à prendre en compte lorsque les modèles économiques sans contrepartie financière sont axés sur l'acquisition de données ;
- **la publicité**, à prendre en compte lorsque les produits gratuits sont financés par les recettes publicitaires ;
- **le choix**, qui peut représenter un aspect majeur de la qualité pour les consommateurs lorsque l'entreprise offre des produits gratuits pour l'achat de produits complémentaires ou de produits liés ;
- **d'autres aspects de la qualité**, tels que l'innovation et des mesures de la qualité propres à certains produits, qui englobent les grandes caractéristiques d'un produit mais ne sont pas nécessairement déterminantes dans un modèle économique sans contrepartie financière.

### 2.1. Vie privée et sécurité des données

13. La vie privée des consommateurs constitue une source de préoccupation croissante sur les marchés numériques. Les entreprises collectent un nombre de plus en plus grand de données à partir des interactions des consommateurs avec les produits gratuits qu'elles proposent, et des fonctions auxiliaires associées à ces produits. Facebook collecte par exemple les données des utilisateurs naviguant sur le site mais également sur les sites qui intègrent une fonctionnalité Facebook (Colangelo et Maggolino, 2018).

14. L'idée selon laquelle la vie privée des consommateurs représente l'un des aspects de la concurrence par la qualité a commencé à apparaître dans les décisions prises par certaines autorités de la concurrence (voir par exemple la décision de la Commission

européenne dans l'affaire *Microsoft/LinkedIn*<sup>5</sup>). Elle est néanmoins sujette à débat, en particulier concernant le fait de savoir si les consommateurs s'interrogent sur le respect de leur vie privée lorsqu'ils choisissent un produit et jusqu'à quel point la confidentialité proposée par les entreprises répond à la pression concurrentielle (OCDE, 2017b).

15. Dans le présent document, la vie privée envisagée comme un aspect de la qualité désigne principalement le contrôle que les consommateurs exercent sur la collecte de leurs données et la quantité collectée (nature des données collectées et fréquence des collectes), la manière dont les données sont utilisées, par l'entité qui les collecte et les tiers éventuels qui peuvent y accéder, et la manière dont elles sont protégées des utilisations non autorisées ou inappropriées. Les dispositifs de sauvegarde contribuent à ce que l'on nomme plus loin la sécurité des données, qui est l'un des éléments de la vie privée dans le contexte des données des consommateurs. Plusieurs éléments de la vie privée sont soumis à une législation sur la protection des données dans la plupart des juridictions.

16. Les événements qui se sont produits récemment sur les marchés numériques pourraient donner davantage de poids à l'idée selon laquelle la vie privée constitue un aspect de la concurrence. Parmi ces événements, on peut citer la décision de certains utilisateurs de changer de service de messagerie en raison des problèmes de confidentialité survenus lors de l'annonce de l'acquisition de la plateforme de messagerie WhatsApp par Facebook (Costa-Cabral et Lynskey, 2016), et le lancement de services axés sur la protection de la vie privée, tels que le moteur de recherche anonyme DuckDuckGo. La concurrence en matière de vie privée ne semble toutefois apparaître pour l'instant que dans une minorité d'affaires de concurrence. Cela peut s'expliquer par la volonté des entreprises de ne pas se démarquer en termes de protection de la vie privée (peut-être parce qu'il n'existe pas de pressions concurrentielles en la matière), et les difficultés des consommateurs à évaluer la qualité de la confidentialité des données.

17. Comme c'est le cas avec d'autres aspects de la concurrence hors-prix, la vie privée peut entraîner une différenciation horizontale. Les consommateurs pourraient montrer des préférences différentes quant à la quantité d'informations personnelles qu'ils sont prêts à communiquer aux entreprises et à la valeur qu'ils accordent aux dispositifs empêchant les accès non autorisés à ces données, par rapport à d'autres aspects de la qualité des produits gratuits.

18. L'analyse de la sécurité des données sur un marché, concept plus étroit que la protection de la vie privée, s'avère en quelque sorte plus simple. Bien que les consommateurs évaluent de manière très différente la protection de leurs données personnelles, l'on peut néanmoins s'attendre à ce qu'ils préfèrent généralement un haut niveau de sécurité, en supposant que les autres aspects de la qualité ne changent pas (la protection de la vie privée serait donc davantage un élément de différenciation verticale). Autrement dit, aucun groupe de consommateurs ne préfère un niveau de sécurité inférieur, toutes choses égales par ailleurs. L'hétérogénéité des consommateurs résultera uniquement des arbitrages qu'ils effectuent. Par exemple, une entreprise proposant un haut niveau de sécurité peut avoir besoin de vendre plus de publicités pour financer ses investissements. La réglementation sur la protection des données définit la responsabilité des entreprises et un niveau minimal de sécurité des données, mais les entreprises peuvent appliquer un niveau supérieur à des fins concurrentielles ou à tout le moins, de gestion des risques. À cet égard, la sécurité des données constitue en quelque sorte un aspect standard de la qualité.

19. Les consommateurs sont confrontés à un ensemble d'options plus compliqué lorsqu'ils doivent évaluer la dimension de la protection de la vie privée associée à un service donné. Comme pour la sécurité des données, les entreprises ont certaines

obligations réglementaires envers les consommateurs (ainsi qu'on le verra plus loin, des voix s'élèvent pour renforcer ces protections). Un grand nombre de solutions en matière de protection de la vie privée souvent associées à une caractéristique donnée du produit peuvent toutefois encore être proposées aux consommateurs.

20. Ce choix est parfois explicite. Un prestataire de services numériques peut par exemple donner à ses clients la possibilité de recevoir du contenu personnalisé s'ils répondent à des questionnaires ou acceptent que leurs données soient collectées. Dans d'autres cas, même si les consommateurs n'aiment pas l'idée de partager leurs données, ils peuvent néanmoins accepter de le faire pour bénéficier d'un service proposé gratuitement.

21. On peut différencier la collecte de données en fonction de son utilisation du point de vue d'un consommateur. Les données peuvent en particulier accroître la valeur que certains consommateurs retirent d'un service. Waehrer (2016) déconseille ainsi de considérer systématiquement la collecte de données comme un élément négatif puisque, dans de nombreux cas, les entreprises investissent dans ce processus pour améliorer la qualité de leurs services, de leurs moteurs de recherche par exemple. Le document OCDE (2016a) décrit les innovations et les améliorations de qualité générées par l'exploitation des données clients.

22. Pour comprendre les effets sur les consommateurs d'un certain type de pratiques ou de transactions, il faut par conséquent comprendre les préférences des consommateurs, c'est-à-dire la valeur qu'ils accordent à la protection de la vie privée par rapport aux avantages que peut leur offrir l'entreprise en échange de ces informations. La différence existant entre les préférences indiquées par les consommateurs et leur comportement réel peut parfois compliquer la détermination de ces éléments.

## 2.2. Contenu publicitaire

23. L'un des modèles économiques bien établis pour la fourniture de produits sans contrepartie financière repose sur l'utilisation de contenu pour attirer les consommateurs, puis d'exposer ces derniers à des publicités lorsqu'ils consultent ce contenu.

24. Du point de vue du consommateur, un contenu publicitaire peut présenter une dimension qualitative dans la mesure où les consommateurs, ou tout du moins, certains d'entre eux, préfèrent (1) être exposés au moins de publicités possibles et (2) être exposés à des publicités de qualité. Les préférences des consommateurs peuvent toutefois se révéler extrêmement disparates en matière de publicité : certains peuvent trouver un intérêt à des publicités qui leur font découvrir de nouveaux produits ou qui fournissent elles-mêmes du contenu.

25. Comme dans le cas de la collecte de données, le contenu publicitaire conduit le consommateur à faire un compromis. La diffusion de plus de publicités peut permettre à l'entreprise proposant un produit gratuit à investir dans plus de qualité. Certains services en ligne gratuits proposent aussi une offre premium permettant de ne pas voir de publicités en contrepartie du paiement d'un certain montant. Les consommateurs ont ainsi la possibilité de traduire en termes monétaires la valeur qu'ils accordent au fait de ne pas voir de publicités.

26. Selon Evans (2011), les modèles économiques fondés sur la publicité génèrent de la valeur tant que les publicitaires sont disposés à payer plus pour proposer une publicité que ce que le client est prêt à payer pour ne pas voir cette publicité. Cependant, ainsi que nous le verrons dans la section 4, les asymétries d'information peuvent conduire à des

situations de marché défavorables si les services gratuits sont financés par la publicité. Par exemple, l'incapacité des consommateurs à évaluer les paramètres de l'algorithme d'un moteur de recherche peut entraîner une distorsion des motivations des entreprises fournissant les moteurs de recherche, des utilisateurs et des publicitaires. Les entreprises pourraient ainsi être incitées à fournir des résultats de moins bonne qualité pour favoriser les publicitaires, qui les paient, sans que les consommateurs ne s'en aperçoivent ou ne puissent réagir (Stucke et Ezechia, 2016).

27. Par ailleurs, l'analyse de la vie privée comme un aspect de la concurrence par la qualité peut devenir plus compliquée si les données collectées sont utilisées pour personnaliser les publicités diffusées. Ratliff et Rubinfeld (2014) estiment que la personnalisation de la publicité peut, pour le consommateur, améliorer la qualité de cette dernière. Cependant, dans une enquête réalisée aux États-Unis, la majorité des personnes interrogées ont répondu qu'elles ne voulaient pas que leurs données soient utilisées pour personnaliser les publicités auxquelles elles sont soumises (Turow *et al*, 2009). On ne sait pas jusqu'à quel point les consommateurs traduisent leurs préférences dans leurs décisions d'achat, plusieurs études laissant supposer que la personnalisation des publicités augmente leur efficacité (Tucker, 2012). Cette augmentation équivaut à une amélioration de la qualité de la publicité sur le marché associé, publicité qui finance les modèles économiques proposant des services sans contrepartie financière.

28. Alors que certains services en ligne, tels que Gmail, permettent aux consommateurs de choisir si les publicités reçues (par le biais de bannières publicitaires dans le cas de Gmail) seront personnalisées en fonction de leurs centres d'intérêt (à partir par exemple de l'historique de leurs recherches), certaines études montrent que les consommateurs ne consacreront volontairement pas du temps à sélectionner des paramètres de confidentialité plus stricts (Gross et Acquisti, 2005), même si cette option leur est proposée. Cela peut toutefois s'expliquer par les asymétries d'information et les biais de comportement examinés dans la section 4. La limite différenciant ce qui constitue un aspect de la concurrence de ce qui relève de la protection des consommateurs n'est peut-être pas très bien définie dans ces cas précis.

### **2.3. Facilité de transfert et choix sur les marchés complémentaires**

29. Les entreprises peuvent fournir des produits sans contrepartie financière dans l'optique de pouvoir instaurer une relation client qui leur permettra à l'avenir de vendre des produits à un certain prix. Elles peuvent proposer un bien ou un service gratuit tout en facturant parallèlement un produit complémentaire, offrant ainsi des services « premium » moyennant le paiement d'un certain montant, ou en proposant la gratuité des services pendant une période limitée (périodes d'essai). Parmi les raisons conduisant à offrir des produits gratuits, on peut citer aussi les stratégies déployées par les nouvelles entreprises pour accroître leur valeur aux yeux d'acquéreurs potentiels, ou les stratégies temporaires à prix nul anticoncurrentielles destinées à écarter les concurrents, et qui seront suivies d'une augmentation des prix.

30. Du point de vue du consommateur, les éléments associés à la notion de qualité sur les marchés sans contrepartie financière pourraient comprendre la compatibilité des produits gratuits avec les produits complémentaires payants, la facilité à changer de plateforme (et le coût éventuel de transfert, tel que le temps passé à créer un nouveau compte client) et la durée et les conditions de l'offre gratuite. La portabilité des données peut également représenter un élément de qualité et permettre une différenciation

horizontale. Elle est désormais reconnue comme un droit dans l'UE par le Règlement général sur la protection des données.

## 2.4. Autres aspects de la qualité

31. Si la protection de la vie privée et la sécurité des données, le contenu publicitaire, le choix des produits complémentaires et la facilité à changer de plateforme représentent les aspects de la qualité les plus souvent associés au modèle économique reposant sur une offre de produit sans contrepartie financière, d'autres peuvent être pris en considération dans le cadre de la concurrence. Comme sur la plupart des autres marchés, les produits sans contrepartie financière présentent de nombreuses caractéristiques qui influent sur la valeur obtenue par les consommateurs, qui font montre de leur côté de préférences hétérogènes.

32. L'innovation est ainsi l'une des dimensions à prendre en compte pour la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière. Ainsi que le décrit le document OCDE (2018), les pressions concurrentielles peuvent favoriser les efforts d'innovation et entraîner la création de produits de meilleure qualité ou entièrement nouveaux. Lorsque le prix observé sur un marché est égal à zéro, l'une des possibilités qu'ont les entreprises de gagner une part de marché consiste à offrir des fonctionnalités améliorées ou de nouvelles fonctions. Ainsi, dans l'affaire *Google Shopping*, la Commission européenne a noté que « dans la mesure où les utilisateurs s'attendent à bénéficier d'un service gratuit, si l'entreprise décide de ne plus innover, elle risque de diminuer son attractivité, selon le niveau d'innovation de son marché » (paragraphe 268)<sup>6</sup>. La gratuité risque aussi de limiter les ressources dont disposent les entreprises pour mener ces efforts d'innovation, notamment celles qui ne dégagent pas de revenus de la vente de produits complémentaires intégrés verticalement ou d'autres produits associés.

33. Certains observateurs s'inquiètent de « l'effet de gratuité », décrit dans la section 4 ci-après, qui empêche les entreprises de proposer des innovations utiles, du point de vue des consommateurs, parce qu'elles ne peuvent pas commencer à imposer un prix sur un marché sans contrepartie financière (voir par exemple Rubinfeld et Gal, 2016). Cette préoccupation peut également s'appliquer à d'autres domaines de la concurrence par la qualité : si les consommateurs se montrent peu disposés à payer un bien qu'ils obtiennent habituellement gratuitement, la capacité des entreprises à proposer une offre différenciée de qualité supérieure mais moyennant un certain prix peut s'en trouver limitée.

34. Il est donc possible que la concurrence par la qualité s'avère relativement plus restreinte sur certains marchés sans contrepartie financière, la question du prix supplantant tous les autres aspects de la concurrence. Il convient toutefois de ne pas tirer de cette observation des conclusions trop tranchées. L'analyse de la concurrence ne doit pas commencer à intégrer les aspects de la qualité auxquels les consommateurs « devraient » prêter attention, du point de vue des analystes, mais plutôt se concentrer sur les aspects auxquels les consommateurs déclarent accorder de l'importance (pour davantage de précisions, voir le document OCDE, 2018).

35. Excepté l'innovation, les aspects de la qualité sur les marchés sans contrepartie financière du secteur numérique dépendent du marché et peuvent englober la vitesse, la fiabilité, la précision des résultats d'une recherche, la convivialité, la fonctionnalité et la personnalisation. Ces dimensions de la concurrence peuvent être fortement influencées par les effets de réseau et la collecte des données (par exemple, les avantages apportés par la méthode des essais et des erreurs aux moteurs de recherche).

### 3. Questions de concurrence liées à la qualité sur les marchés sans contrepartie financière

36. Tous les aspects de la concurrence par la qualité décrits ci-dessus peuvent devenir une question centrale dans les affaires de concurrence concernant des marchés sans contrepartie financière, telles que des concentrations, des ententes et des abus de position dominante, qui sont sans doute les plus examinés. Cette section exposera rapidement le fondement conceptuel de la problématique de la qualité sur les marchés sans contrepartie financière dans les affaires de concurrence, ainsi que les difficultés analytiques et juridiques qu'elle pose.

#### 3.1. Fondement conceptuel des aspects de la qualité dans les affaires de concurrence

37. La problématique de la qualité peut suivre une logique identique à celle de tout autre élément d'une affaire de concurrence, mais sur les marchés sans contrepartie financière, elle revêt une importance particulière lorsqu'il s'agit d'établir des théories du préjudice.

##### 3.1.1. Théorie du préjudice au regard de la vie privée

38. Sur un marché sans contrepartie financière sur lequel la vie privée peut constituer un aspect de la qualité, des affaires de concurrence peuvent se produire dans les cas suivants :

- **concentrations** : les effets unilatéraux des concentrations anticoncurrentielles peuvent se manifester par le biais d'une détérioration de la qualité de la vie privée sur les marchés, si les entreprises qui fusionnent faisaient preuve auparavant d'une discipline concurrentielle en la matière. Pour mettre en évidence les effets possibles d'une transaction de cette nature, Stucke et Grunes (2015) analysent l'exemple d'une grande entreprise bien implantée qui acquiert un petit concurrent qui s'est positionné comme un prestataire garantissant une confidentialité des données de grande qualité, pour étudier si cette fusion peut être considérée comme anticoncurrentielle bien qu'elle n'ait pas d'incidence sur les prix ;
- **ententes** : bien qu'aucune affaire de ce type ne se soit produite jusqu'à présent, une collusion entraînant une restriction de la protection de la vie privée des consommateurs pourrait constituer une infraction au droit des ententes, comme tout autre accord sur la qualité, la production ou les prix ;
- **abus de position dominante** : l'un des principaux sujets abordés par la littérature traitant du droit de la concurrence en matière de protection de la vie privée concerne les abus. Le document OCDE (2016) définit les différents abus associés à l'utilisation des données susceptibles d'être pris en compte par les autorités de la concurrence, en particulier les comportements d'éviction. Certains ont toutefois également avancé la possibilité d'examiner si la politique de protection des données et de protection de la vie privée d'une entreprise dominante pouvait constituer une forme d'abus d'exploitation. Par exemple, l'enquête menée sur Facebook par le Bundeskartellamt, l'office allemand de lutte contre les ententes, cherche à déterminer si des abus d'exploitation peuvent se produire lors de l'utilisation et de l'acquisition des données des utilisateurs<sup>7</sup>. Le Président du Bundeskartellamt a noté à cet égard :

*La protection des données, la protection des consommateurs et la protection de la concurrence se rejoignent lorsque les données, comme dans l'affaire*

*Facebook, représentent un élément essentiel à la domination économique d'une société. Le réseau social offre d'une part un service gratuit et d'autre part un espace publicitaire intéressant, qui se révèle extrêmement précieux car Facebook dispose de volumes considérables de données personnelles. Dans l'exercice de ces activités entrepreneuriales, Facebook doit respecter les règles et les réglementations. Le droit de la concurrence interdit à une entreprise d'abuser de son pouvoir de marché<sup>8</sup>.*

39. Pour Costa-Cabral et Lynskey, la législation sur la protection des données peut contribuer à déterminer si des abus d'exploitation se sont produits en l'absence de toute indication fournie par les prix – notamment de déterminer si la législation sur la protection des données a été enfreinte ou si une entreprise a abusé de sa position dominante pour obtenir « *de manière légale une diminution du contrôle des données personnelles ou une augmentation de leur exploitation* » (Costa-Cabral et Lynskey, 2016, p. 18).

### **3.1.2. Théorie du préjudice au regard de l'innovation**

40. Bien que les situations dans lesquelles la publicité peut faire l'objet d'une collusion demeurent relativement limitées, l'impact de la publicité sur la qualité des produits gratuits peut constituer un point important dans les affaires d'abus de position dominante et de concentration. Il convient de reconnaître que la puissance de marché peut exercer une incidence sur la partie publicitaire du marché et sur la partie orientée vers les consommateurs. Disposer simplement d'un marché très concurrentiel dans le domaine de la publicité ne garantit pas que le pouvoir de marché ne s'exercera pas sur le marché de contenu associé, qui ainsi que le souligne la section 3.2, est considéré comme un marché d'un point de vue juridique, même si aucun prix n'est facturé aux consommateurs. Il conviendrait donc de prendre en compte les options proposées aux consommateurs sur le versant gratuit du marché en cas d'une détérioration notable de la qualité liée à la publicité. Newman (2015) cherche par exemple à déterminer si l'on s'est suffisamment intéressé à cette partie du marché lors de l'examen de la fusion des stations de radio aux États-Unis. Le contenu publicitaire a en effet augmenté après la fusion, ce qui a pu entraîner une dégradation de la qualité, du point de vue des auditeurs.

41. Prat et Valletti (2018) étudient comment il est possible d'analyser la concurrence entre des entreprises telles que des plateformes de réseaux sociaux dans un contexte de concentration, en ce qui concerne l'attention des utilisateurs. Autrement dit, la façon dont les entreprises se livrent concurrence pour attirer l'attention limitée des utilisateurs.

### **3.1.3. Théorie du préjudice au regard du transfert et du choix**

42. Hormis le fait évident qu'une concentration peut diminuer les choix du consommateur, la littérature relative à la concurrence consacrée aux choix des consommateurs sur les marchés sans contrepartie financière s'intéresse essentiellement aux pratiques d'éviction. Barnett (2018) s'inquiète de la stratégie consistant, sur les marchés numériques, à associer un produit gratuit à un produit payant. C'est ce qu'il nomme une « stratégie de concentration », puisqu'elle empêche l'arrivée sur le marché de toute nouvelle société spécialisée dans le produit proposé gratuitement par l'entreprise en place.

43. Pour déterminer si une pratique commerciale limitant le choix du consommateur, telle que des achats liés, doit être considérée comme une pratique d'éviction sur les marchés sans contrepartie financière, Rubinfeld et Gal (2016) proposent d'examiner en premier lieu le but d'un tel comportement. La décision d'offrir un produit gratuit et de le lier à un produit payant reflète-elle la volonté d'une entreprise dominante d'exclure des concurrents, ce qui

lui permettra d'augmenter ses prix à l'avenir ? D'après les auteurs, cet examen doit être suivi d'une définition du marché reconnaissant la manière dont les décisions prises par les entreprises tiennent généralement compte de la totalité des bénéfices rapportés par les produits liés (plutôt que ceux des produits gratuits et payants pris séparément).

44. Cependant, comme nous le verrons dans la section 3.3., il peut s'avérer difficile de poursuivre une affaire d'achat lié au titre du droit de la concurrence, qui nécessite de prouver qu'une certaine forme de coercition a été exercée si un produit a été fourni gratuitement (Rubinfeld et Gal, 2016). L'examen des stratégies gratuites peut aussi se révéler compliqué en raison de la nécessité de prendre en compte toutes les parties du marché (les consommateurs et les publicitaires ou les courtiers de données) avant de conclure qu'un marché sans contrepartie financière est réellement abusif.

45. Une autre question se pose lorsque l'offre gratuite n'est pas une caractéristique permanente du modèle économique de l'entreprise, mais une action menée pour attirer des utilisateurs qui pourront se transformer ultérieurement en consommateurs payants. Là encore, l'objectif de l'entreprise peut contribuer dans un premier temps à comprendre l'impact de son comportement. L'offre gratuite temporaire est-elle destinée à compenser le fait qu'il s'agit d'un produit expérimental, autrement dit que les consommateurs veulent le tester avant de l'acheter ? Ou l'offre est-elle destinée à capter des consommateurs qui, après une augmentation des prix, seront dissuadés de partir en raison des coûts de transfert, d'une portabilité limitée des données ou de l'absence d'autres possibilités (les concurrents ayant pu être exclus du marché, voir par exemple Gal and Rubinfeld, 2016) ?

#### *3.1.4. Autres théories du préjudice au regard de la qualité*

46. Comme sur les marchés classiques, sinon plus encore, les concentrations anticoncurrentielles peuvent avoir une incidence sur d'autres mesures de la qualité sur les marchés sans contrepartie financière. Les accords limitant la concurrence entre les entreprises peuvent aussi se fonder sur un aspect particulier de la qualité. Dans ce domaine également, c'est la question de l'abus de position dominante qui a suscité le plus de débats dans la sphère du droit de la concurrence.

47. La théorie selon laquelle une entreprise dominante risque de porter préjudice aux consommateurs sur les marchés sans contrepartie financière en diminuant la qualité des produits est en particulier au cœur de certaines discussions. Ratliff et Rubinfeld (2014) examinent les facteurs incitant les entreprises à procéder ainsi, en particulier la volonté de diminuer ses coûts, étant donné que toute réaction des consommateurs induisant une baisse des achats entraîne un recul des gains dégagés par l'entreprise sur les marchés associés (publicité et vente des données, par exemple). Cette théorie suppose toutefois qu'il existe des alternatives qui ne pâtissent pas d'obstacles à l'entrée ou de puissants effets de réseau. Elle repose aussi sur la capacité des consommateurs à percevoir une éventuelle dégradation de la qualité, ce qui n'est pas évident, ainsi que le montrera la section 4, étant donné que les marchés numériques se caractérisent par de très importantes asymétries d'information entre entreprises et consommateurs. Le but poursuivi par l'entreprise est donc parfaitement clair lorsqu'elle diminue la qualité pour accroître la rentabilité d'un marché associé, en modifiant par exemple l'exactitude des résultats des recherches pour favoriser les publicitaires qui paient.

48. Selon Ezrachi et Stucke (2016), il est possible de vérifier dans une certaine mesure si la qualité des produits a été dégradée par les entreprises dominantes grâce au multi-hébergement, qui permet aux consommateurs de comparer la qualité des produits. Les entreprises peuvent aussi vouloir éviter l'effet négatif que produirait sur leur réputation la

révélation du fait qu'elles ont sciemment dégradé la qualité de leurs produits. Lorsqu'une entreprise dominante diminue la qualité d'un produit qui reste néanmoins celui qui offre toujours la meilleure qualité sur le marché, il est difficile de savoir si cette décision constitue un abus de position dominante – surtout si le comportement de l'entreprise ne vise pas particulièrement à protéger un monopole ou à tirer parti de sa position sur un marché associé (voir Ezrachi et Stucke, 2016 pour plus de détails à ce sujet).

### **3.2. Difficultés analytiques de l'application du droit de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière**

49. En l'absence de prix, l'analyse de la concurrence se heurte à de nombreuses difficultés conceptuelles et pratiques. Cette section aborde ces difficultés et certaines des approches préconisées pour les résoudre.

#### ***3.2.1. Évaluer le pouvoir de marché et la domination***

50. L'une des difficultés de l'analyse de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière consiste à déterminer le pouvoir de marché. La définition traditionnelle de cette notion, la capacité d'une entreprise à influencer sur les prix, risque en effet de ne pas s'appliquer aux marchés sans contrepartie financière. Même les plus grandes entreprises en ligne peuvent être contraintes de ne pas imposer un prix monétaire sur un marché où les produits sont habituellement proposés gratuitement. Quelles seraient par exemple les conséquences pour un moteur de recherche si chaque recherche était facturée ? Cela signifie-t-il qu'il n'existe pas de pouvoir de marché sur un marché sans contrepartie financière et qu'il n'existe donc pas non plus d'entreprise dominante sur ces marchés ? Le nombre croissant d'affaires concernant ces marchés laisse supposer que non. Pas plus qu'il n'est exact, peut-on affirmer, que l'absence de pouvoir de marché sur une partie d'un marché multifaces, celle de la publicité par exemple, signifie automatiquement que l'entreprise n'occupe pas une position dominante sur la partie gratuite du marché.

51. Le comportement des consommateurs sur les marchés sans contrepartie financière laisse supposer que dès lors qu'un produit est proposé gratuitement, il peut se révéler difficile de le faire payer ultérieurement (c'est « l'effet de gratuité » décrit dans la section 4), même si, dans certains cas exceptionnels, des produits gratuits et payants peuvent entrer en concurrence. Les marchés sans contrepartie financière représentent donc généralement une catégorie particulière de marchés, mais cela ne doit pas empêcher de rechercher une position dominante, de la même manière qu'on le ferait sur un marché présentant une forte élasticité de la demande par rapport au prix. Le fait qu'une entreprise n'ait d'autre choix que d'appliquer un prix nul ne signifie pas qu'elle ne pourrait pas modifier de manière unilatérale les termes de la transaction avec les consommateurs au détriment de ces derniers et à son propre avantage.

52. Par conséquent, la définition équivalente de la position dominante (capacité à augmenter les prix de manière unilatérale) sur un marché sans contrepartie financière pourrait être la capacité à diminuer la qualité de manière unilatérale, que cela concerne la protection de la vie privée, la sécurité des données, le contenu publicitaire, la facilité à changer de plateforme ou tout autre aspect déterminant la valeur du produit pour le consommateur. Il convient de mener une analyse au cas par cas pour évaluer ces conditions.

53. Les sections ci-après présentent quelques implications pratiques de cette approche.

### 3.2.2. Définition du marché

54. Même s'il est possible d'adapter les concepts de pouvoir de marché et de position dominante aux marchés sans contrepartie financière pour mettre l'accent sur la qualité, il subsiste plusieurs difficultés pratiques. Il peut se révéler beaucoup plus compliqué et moins mécanique de définir le marché, préalable indispensable à la définition du pouvoir de marché, que sur un simple marché classique de produits de base par exemple. Comme cela a été mentionné plus haut, la capacité des entreprises à augmenter les prix sur un marché sans contrepartie financière est limitée, ce qui signifie qu'un test SSNIP ne présentera probablement guère d'utilité pour définir le marché<sup>9</sup>. Dès lors, il existe un risque important que le processus de définition du marché soit soumis à une certaine subjectivité.

55. Souvent cité mais rarement appliqué, le test SSNDQ (diminution faible mais non négligeable et non transitoire de la qualité) offre une alternative au test SSNIP. Les données disponibles peuvent limiter les circonstances dans lesquelles il peut être utilisé (voir OCDE 2017, par exemple). Il fournit toutefois un cadre permettant de prendre en compte les aspects qualitatifs dans la définition du marché. Une approche qualitative est en effet nécessaire dans la plupart des cas et il convient d'éviter une définition du marché reposant sur une démarcation stricte.

56. Evans (2011) recense quelques-unes des difficultés soulevées par la définition du marché dans un marché à prix nul. Quel doit être par exemple l'étendue du marché des réseaux sociaux en ligne et des autres sites Web de contenu numérique dans la mesure où ces différents produits se livrent concurrence pour attirer l'attention des consommateurs ou est-il plus approprié de mesurer cette dynamique dans le cadre d'une analyse concurrentielle ? Des problèmes peuvent aussi se poser lors de l'évaluation de la concurrence entre des entreprises appliquant des modèles économiques totalement différents, mais qui peuvent être interchangeables du point de vue des consommateurs, comme c'est le cas par exemple de la musique écoutée en streaming ou téléchargée. Enfin, lorsque les mêmes produits sont proposés en version payante ou gratuite, il peut s'avérer approprié d'établir deux définitions du marché distinctes, surtout si les fonctionnalités des produits présentent des différences.

### 3.2.3. Estimation quantitative des effets

57. Au-delà de l'identification des concurrents, l'analyse quantitative rencontre certaines difficultés, notamment en ce qui concerne les effets d'une concentration unilatérale. Waehrer (2016) préconise d'effectuer une analyse des pressions baissières de la qualité lorsque la quantification des effets sur la qualité apparaît compliquée. Cette approche repose uniquement sur des ratios de diversion et les marges enregistrées avant la fusion. Les données des entreprises sur le passage des consommateurs d'un site à l'autre, soit leur expérimentation du marché, permettent de calculer les ratios de diversion, l'estimation de la demande totale ne pouvant être réalisée.

58. Il convient par ailleurs de sélectionner précisément les variables des parts de marché sur les marchés sans contrepartie financière : le chiffre d'affaires n'étant pas disponible, il faut trouver les paramètres les plus significatifs, comme la proportion d'utilisateurs ou la part d'interactions (nombre de vues de vidéos, de recherches ou de transactions réalisées). Cependant, se fier exclusivement à ces autres mesures des parts de marché peut conduire à des résultats trompeurs, comme le soulignent Prat et Valletti (2018). Ils notent que sur les marchés sur lesquels les entreprises se livrent concurrence pour attirer l'attention des utilisateurs (les plateformes de réseaux sociaux, par exemple), il faut remettre dans son contexte la part d'attention des utilisateurs captée par l'entreprise.

La mesure selon laquelle les utilisateurs des entreprises qui fusionnent utilisent plusieurs plateformes et les substituent les unes aux autres s'avère en particulier essentielle pour comprendre les effets d'une concentration sur la concurrence, une démarche en adéquation avec les approches classiques de l'évaluation de la concurrence.

59. Bien que pour certains spécialistes de la concurrence, les données ou l'attention portée à la publicité soient équivalentes au prix payé par les consommateurs, cette constatation ne permet pas de résoudre les difficultés de quantification. Les prix monétaires sont simples à analyser car la valeur de la monnaie est la même pour les acheteurs et les vendeurs. Sur les marchés sans contrepartie financière, l'équivalent idéal serait un échange dans lequel le vendeur et l'acheteur transcriraient en termes monétaires ce que représente pour eux un certain volume de données personnelles ou un certain degré d'exposition à la publicité.

60. Il n'existe toutefois pas de mesure de valeur simple pour les unités d'échange non monétaires, comme les données ou l'attention accordée à la publicité (OCDE, 2013). Il est difficile d'imaginer une situation sur un marché sans contrepartie financière dans laquelle les consommateurs estimerait la valeur du service qu'ils reçoivent, sur une plateforme de recherche en ligne par exemple, à partir du volume fixe de données personnelles qu'ils seraient disposés à fournir en échange. Il existe néanmoins des exceptions notables, comme les marchés sur lesquels les consommateurs ont la possibilité de payer pour ne pas recevoir de publicité ou préserver leur anonymat, ce qui leur permet d'attribuer une valeur monétaire à ces fonctions (qui pourrait être utilisée pour estimer les préjudices causés dans les actions civiles). Cet échange demeure toutefois conceptuel dans la plupart des cas (et soumis à de nombreuses difficultés, comme le montre le document OCDE, 2013) et, compte tenu des biais de comportement associés à l'obtention d'un produit gratuit décrits plus loin, l'analyse des données collectées et de l'attention portée à la publicité, comme n'importe quel autre aspect de la qualité, demeure l'approche la plus pratique.

61. Depuis les tables rondes organisées par le Comité de la concurrence de l'OCDE sur ce sujet en 2013 (OCDE, 2013a), l'introduction de nouvelles approches pour quantifier la qualité est restée limitée, surtout en ce qui concerne les marchés sans contrepartie financière. Quelques options permettent de créer des mesures quantitatives des paramètres concurrentiels sur ces marchés pour en quantifier les effets, ou tout du moins contribuer à classer les produits pour évaluer dans quelle mesure ils soumettent une entreprise donnée à des contraintes concurrentielles. Ces approches ne couvrent toutefois qu'une seule mesure de la qualité et présentent des limites importantes. Elles devraient de ce fait s'accompagner d'une analyse qualitative.

- **La publicité** représente sans doute le paramètre le plus simple. Il est aisé de déterminer le pourcentage d'une page Web comprenant des publicités ou la durée d'une publicité vidéo par minute de contenu. Ces mesures ne tiennent toutefois pas compte de la qualité et de la personnalisation de la publicité et tendraient par conséquent à corroborer l'hypothèse selon laquelle toutes les publicités ont le même effet sur le bien-être des consommateurs.
- **La vie privée** peut parfois être quantifiée, bien que les possibilités soient limitées par l'absence d'éléments de mesure significatifs du point de vue des consommateurs et de la concurrence. On pourrait utiliser les enquêtes de consommateurs pour mesurer la confiance accordée par les consommateurs aux dispositifs de protection de la vie privée mise en place par une entreprise, bien que ces perceptions ne correspondent pas nécessairement à la réalité. Les classements établis en fonction de l'exhaustivité et de la quantité de données relatives à la vie

privée qui sont divulguées peuvent être tout aussi trompeurs car ils doivent être envisagés en fonction de leur facilité de lecture et de leur compréhension. On pourrait classer le volume de données collectées par exemple selon (1) la portée de la collecte des données, c'est-à-dire le nombre de variables pour lesquelles sont collectées des données, (2) la fréquence de la collecte (par exemple, uniquement lorsque le consommateur crée un compte ou à chaque fois qu'il utilise le service), (3) le fait que la collecte est limitée à l'activité des consommateurs sur le service en question ou qu'elle se poursuit lorsque les consommateurs utilisent d'autres services, et (4) le degré selon lequel les données sont partagées avec d'autres parties, en interne, telles que d'autres entités de l'entreprise, et en externe, avec des courtiers de données par exemple. Pour être aussi informatif qu'un indicateur de la protection de la vie privée, le volume de données collectées doit toutefois être examiné au regard de la façon dont il est traité et exploité par les entreprises, et de leurs dispositifs de sécurité.

- **La facilité à changer de plateforme** peut être comparée à partir du nombre d'étapes et de la durée nécessaires pour passer d'un service à l'autre et du pourcentage de données que peuvent transférer les consommateurs. On pourrait également élaborer des indicateurs similaires portant sur la capacité des consommateurs à utiliser plusieurs plateformes.
- **Les prix forfaitaires ou les prix de souscription définitive** peuvent également contribuer à déterminer les prix lorsque des produits complémentaires ou des périodes d'essai limitées sont proposés avec les produits gratuits.
- **D'autres indicateurs de qualité** peuvent s'avérer particulièrement importants sur certains marchés sans contrepartie financière, comme celui du classement en ligne ou de l'évaluation de produits. Utilisés également dans certaines affaires de concurrence classiques, ils couvrent un ensemble plus complet d'éléments intéressants les consommateurs, mais doivent être traités avec précaution pour éviter toute orientation tendancieuse ou manipulation.

#### *3.2.4. Prise en compte des marchés associés et des marchés multifaces*

62. L'existence de marchés multifaces, ou du moins de marchés étroitement associés, constitue l'une des principales caractéristiques de nombreux marchés sans contrepartie financière du secteur numérique actuel. L'audition du Comité de la concurrence sur la révision des outils du droit de la concurrence pour les plateformes multifaces (OCDE, 2017) expose les difficultés particulières posées par les marchés multifaces et quelques stratégies permettant d'analyser ces derniers. Cette section porte principalement sur les problèmes rencontrés sur les marchés multifaces lorsque l'un des segments au moins propose la gratuité des produits.

63. Ratliff et Rubinfeld (2014) déconseillent de s'intéresser exclusivement au segment gratuit du marché. Ils vont jusqu'à affirmer que si une entreprise n'occupe pas une position dominante sur la partie du marché finançant les produits gratuits, soit la publicité ou la collecte des données, on ne peut estimer qu'elle se livre à des pratiques abusives. Par exemple, un moteur de recherche fournissant ce que l'on peut considérer comme un service de référencement gratuit pour les entreprises ne peut être accusé d'abus s'il refuse d'intégrer une entreprise donnée à ces résultats. Ce point de vue simplifie aussi certaines des difficultés liées aux marchés multifaces rencontrées dans l'analyse des concentrations, par exemple le fait de déterminer s'il faut mettre en balance les avantages apportés par le segment payant du marché et les préjudices potentiels entraînés par un autre segment.

64. De même, en ce qui concerne les contraintes verticales, Caffarra et Kühn (OCDE, 2017) proposent d'appliquer un cadre standard aux marchés multifaces comprenant un segment gratuit. Ils préconisent en particulier de se focaliser sur le segment payant de la plateforme, en considérant la base des utilisateurs de la partie gratuite comme un aspect de la qualité pour le segment payant.

65. Evans (2011) insiste au contraire sur l'importance d'examiner en même temps le bien-être des segments payant et gratuit d'un marché. Même si chacun des segments est défini séparément, il convient d'évaluer correctement la pression exercée par l'autre segment pour déterminer les effets concurrentiels sur le segment gratuit, et d'éviter une approche trop rigide pour la définition du marché. Ainsi que cela a été souligné lors de l'examen des plateformes multifaces par le Comité de la concurrence, l'on pourrait de cette façon obtenir un résultat identique qu'il s'agisse, d'un marché unique ou de plusieurs marchés interdépendants (OCDE, 2017).

66. À la différence de Ratliff et Rubinfeld, Evans (2011) et Waehrer (2016) estiment donc que des effets anticoncurrentiels peuvent apparaître uniquement sur le segment gratuit, dans le cas par exemple de concentrations entraînant une baisse de la qualité sur le segment gratuit sans induire aucun changement du segment payant. Waehrer (2016, p. 2) précise que « des effets anticoncurrentiels peuvent se produire du côté des consommateurs même si le côté de la publicité s'avère extrêmement concurrentiel ».

67. Lorsqu'un produit gratuit est proposé avec des produits complémentaires payants, Evans (2011) suggère d'effectuer une analyse de la concurrence similaire à celle menée pour la fourniture de produits durables avec celle de produits non durables (des rasoirs et des lames par exemple, voir OCDE 2017a pour un examen complet des questions de concurrence sur le marché de l'après-vente).

68. Il convient d'identifier avec attention les différents marchés associés à un produit gratuit, ce modèle économique pouvant en fait reposer sur plusieurs marchés payants. Par exemple, sur de nombreuses plateformes en ligne, les revenus dégagés sont proportionnels à la base d'utilisateurs concernée par la publicité et la collecte de données. Pour Costa-Cabral et Lynskey (2016), la part relative à la publicité n'est pas toujours correctement évaluée dans certaines affaires de concurrence et il conviendrait par conséquent d'envisager la définition d'un marché de la collecte de données (même si certaines entreprises utilisent les données en interne, sans les revendre à un tiers).

### **3.3. Difficultés juridiques de l'application du droit de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière**

69. Outre les difficultés analytiques rencontrées lors de l'évaluation de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière, des difficultés juridiques peuvent susciter des incertitudes concernant l'application du droit de la concurrence sur ces marchés. Les autorités de la concurrence et les tribunaux se sont jusqu'à présent surtout interrogés sur le fait de savoir si le droit de la concurrence s'applique ou non aux marchés sans contrepartie financière et ont conclu que la réponse est oui, du moins dans certaines affaires. Il y a donc eu relativement peu d'affaires axées sur la définition d'un marché antitrust et des différents aspects de la qualité comme paramètres de la concurrence. Cette section étudie les principales questions juridiques et le caractère approprié des mesures correctives du droit de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière. Certaines de ces questions concernent également l'application de la législation sur la protection des consommateurs

et la protection des données, qui tout comme le droit de la concurrence, peuvent traiter des sujets qui se chevauchent, comme on le verra dans la section 4.

### ***3.3.1. Applicabilité du droit de la concurrence aux marchés sans contrepartie financière***

70. L'une des premières questions à se poser est celle de savoir si le droit de la concurrence peut généralement s'appliquer aux pratiques ou aux concentrations qui ont lieu sur les marchés sans contrepartie financière. Dans la mesure où le droit de la concurrence s'intéresse souvent principalement à la nature et à l'impact d'une pratique précise, l'absence de prix ne constituera pas un obstacle, dans certaines circonstances du moins, pour traiter des pratiques perpétrées sur ces marchés. La section ci-après explique (1) si une entreprise doit être rentable pour être considérée comme une entité<sup>10</sup> entrant dans le périmètre d'application du droit de la concurrence, (2) si un marché antitrust peut être défini lorsqu'il existe des marchés sans contrepartie financière et quels aspects de la qualité peuvent constituer des paramètres de concurrence sur ces derniers, et (3) quelques points propres à certaines affaires, concernant par exemple des ententes ou des abus de position dominante.

71. Le droit de la concurrence s'applique normalement aux entreprises. Dans certaines juridictions, la question se pose de savoir s'il s'applique encore aux entreprises ou aux branches d'activités qui fournissent des produits ou des services gratuits, cette activité, selon sa définition stricte, ne générant pas de bénéfices. La recherche des bénéfices n'est toutefois généralement pas une condition nécessaire à l'application du droit de la concurrence et la fourniture d'un produit ou d'un service gratuit ne suffit pas à elle seule à soustraire l'entité à son application. Selon Odudu (2006), la *possibilité* qu'a une entreprise de dégager un bénéfice de son activité suffit normalement à ce qu'elle constitue une entité soumise au droit de la concurrence européen<sup>11</sup>. Comme cela a été décrit plus haut, à quelques exceptions près, les entreprises proposent généralement des produits gratuits en suivant un modèle économique lucratif bien précis. Aussi, bien qu'au sens strict du terme, une transaction gratuite n'implique pas d'échanges monétaires, elle ne représente qu'une partie d'un modèle économique plus large qui peut constituer une activité économique aux yeux de la plupart des juridictions.

72. Cette approche a été reprise dans les affaires relativement rares qui ont concerné jusqu'à aujourd'hui des marchés sans contrepartie financière. La gratuité ne semble ainsi pas avoir fait obstacle à l'application du droit de la concurrence par la Commission européenne (par exemple l'affaire des achats liés *Microsoft Windows Media Player*<sup>12</sup> et la fusion *Microsoft/Skype*<sup>13</sup>) et le Bureau britannique de la concurrence (prédécesseur de l'Autorité des marchés et de la concurrence).

73. Dans la fusion *Google/Waze*, le Bureau britannique de la concurrence a répondu à l'assertion selon laquelle le fait de proposer des produits gratuits suspendrait l'application du droit de la concurrence. Il a observé que la gratuité ne signifie pas automatiquement que l'entreprise ne prévoit pas de dégager des bénéfices à l'avenir, et indiqué notamment :

*Au titre de la Loi [sur les entreprises], une entreprise désigne l'activité menée par une société, qui inclut toute opération conduite pour obtenir un gain ou une rémunération. Aucune condition n'impose que ce gain ou cette rémunération soient issus de l'activité de la société ou qu'ils soient en cours ou immédiats. Il suffit que l'activité soit menée dans cet objectif. Une telle condition empêcherait d'appliquer la Loi à toute activité enregistrant des pertes ou se trouvant encore au stade d'investissement, avant que ne soit perçu un rendement (anticipé) de ce dernier.*

*Bien que Waze réalise [ ] un chiffre d'affaires au Royaume-Uni, c'est une entreprise puisqu'elle dégagne des recettes publicitaires, [ ] qu'elle génère des recettes publicitaires au Royaume-Uni, et que son chiffre d'affaires mondial n'est pas négligeable<sup>14</sup>.*

74. La limite doit toutefois de toute évidence être établie différemment. Comme le souligne Ferro (2015), le droit de la concurrence ne s'applique pas aux organisations caritatives ni à d'autres entités proposant des produits gratuits. Il suggère par conséquent de différencier les produits gratuits selon qu'ils sont fournis pour des raisons commerciales ou non commerciales, puisque dans ce dernier cas, ils ne sont pas soumis au droit de la concurrence dans certaines juridictions. Il affirme aussi qu'un marché sans contrepartie financière devrait être étroitement associé à la notion de rentabilité pour relever du droit de la concurrence. Notamment en cas de stratégies de subventionnement, Ferro indique qu'il conviendrait de différencier les stratégies selon qu'elles comprennent une subvention directe avec un produit payant ou une subvention indirecte, définie de la manière suivante (Ferro, 2015, p. 2) :

*La fourniture d'un service/produit gratuit peut apporter à l'entreprise des avantages concurrentiels grâce à la notoriété gagnée par sa marque à la survaleur. Elle peut fournir un grand nombre de produits/services gratuits (pour des raisons caritatives, de parrainage scientifique, etc.), mais on peut néanmoins prévoir que les actionnaires estimeront qu'elle a finalement quelque chose à gagner de cette activité.*

En résumé, Ferro (2015) déclare que le droit de la concurrence s'applique uniquement aux entités proposant des produits gratuits directement subventionnés par des produits payants. Par ailleurs, même dans ces affaires, il note que les décisions de la Cour européenne semblent restreindre l'application du droit de la concurrence aux cas dans lesquels le comportement incriminé a une incidence réelle ou possible sur le marché des produits payants, alors que les affaires plus récentes citées plus haut semblent reposer sur une conceptualisation plus large des marchés antitrust en Europe. Ce point de vue s'oppose à celui considérant les données collectées ou l'attention accordée à la publicité comme le prix « payé » par les consommateurs.

75. Bien que la rentabilité ne semble pas être une condition requise, d'autres questions peuvent se poser quant aux cas dans lesquels la fourniture de produits gratuits pourrait être définie comme un marché antitrust. Elles ont déjà été évoquées et résolues de façons différentes selon les juridictions. Dans l'affaire *KinderStart LLC vs. Google Inc.*, la Cour fédérale des États-Unis a par exemple conclu que :

*KinderStart ne cite aucune autorité indiquant que le droit de la concurrence s'intéresse à la concurrence en matière de fourniture de services gratuits. La fourniture de services [de moteur de recherche en ligne] peut contribuer à dégager un chiffre d'affaires à partir d'autres sources, mais KinderStart n'a pas allégué que quelqu'un payait Google pour effectuer des recherches. Aussi le marché des moteurs de recherche n'est-il pas un « marché » au sens du droit de la concurrence<sup>15</sup>.*

76. Evans (2011) note toutefois que cette décision n'empêche pas forcément de considérer les résultats des recherches en ligne et la publicité affichée par les moteurs de recherche comme un marché unique, ce qui signifierait que les produits proposés, qu'ils soient payants ou gratuits, relèvent d'un seul modèle économique. La définition du marché

ne semble pas avoir constitué un obstacle dans les décisions qu'ont prises la Commission européenne et le Royaume-Uni concernant les marchés gratuits.

77. La possibilité juridique d'accepter qu'un aspect de la qualité soit envisagé comme un paramètre de la concurrence n'a pas été examinée de manière approfondie. Elle a été brièvement citée dans la décision de la Commission européenne sur l'affaire *Microsoft/Skype*, qui a indiqué que, sur les marchés sans contrepartie financière, la concurrence par la qualité demeure l'un des domaines d'application prioritaire du droit de la concurrence (« *Puisque que les services de communication sont essentiellement fournis à titre gratuit, les consommateurs accordent davantage d'attention aux autres fonctions. La qualité représente donc un paramètre important de la concurrence.* »)<sup>16</sup>.

78. La vie privée est peut-être l'aspect de la qualité le plus étudié dans le cadre de l'applicabilité juridique. Certaines autorités de la concurrence commencent à s'interroger sur la limite entre le droit de la concurrence et la législation sur la protection des données dès lors qu'un marché est concerné par la collecte de données. La décision de la Commission fédérale du commerce américaine dans l'affaire *Google/DoubleClick*<sup>17</sup> et celle de la Commission européenne dans l'affaire *Facebook/Whatsapp*<sup>18</sup> ont mis en évidence que les autorités de la concurrence ne sont pas celles garantissant la protection des données. Cependant, si l'évaluation conduite par la Commission européenne pour cette affaire ne portait pas principalement sur la protection des données, les questions relatives à la vie privée ont été examinées dans les affaires de fusion *Microsoft/Skype*<sup>19</sup> et *Microsoft/LinkedIn*<sup>20</sup>. Dans cette dernière, la Commission européenne a noté que les effets d'éviction, qui marginalisent les concurrents proposant un degré plus élevé de protection de leur vie privée aux utilisateurs, « *restreindraient le choix des consommateurs en ce qui concerne ce paramètre important de la concurrence lors de la sélection [d'un réseau social professionnel]* »<sup>21</sup>.

79. Au-delà de ces questions sur l'applicabilité du droit de la concurrence et du rôle de la qualité comme paramètre de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière, des difficultés particulières peuvent apparaître selon les affaires. Nous examinons ci-après les principales d'entre elles.

### *Régimes de protection*

80. Le recours à des régimes de protection pourrait entraver l'application du droit de la concurrence en cas de comportement anticoncurrentiel sur un marché sans contrepartie financière (le sujet a été examiné en détail lors d'une table ronde organisée par l'OCDE, voir OCDE, 2017c). Certaines juridictions utilisent des régimes de protection législatifs pour définir les types de comportement qui justifient la mise en œuvre du droit de la concurrence. Les exemples classiques de ces régimes de protection sont les présomptions fondées sur la règle de raison aux États-Unis ou les règles *de minimis*<sup>22</sup> dans l'UE. Bien que ces tests préalables n'empêchent pas d'appliquer le droit de la concurrence aux marchés sans contrepartie financière, les incertitudes relatives à leur exécution précise (comme le manque de clarté de la définition du marché, en raison des difficultés présentées plus haut) peuvent entraîner d'importantes difficultés juridiques.

### *Effets d'une entente*

81. Une autre difficulté consiste à déterminer si la gratuité des produits empêche le comportement d'avoir des effets anticoncurrentiels concrets.

82. La plupart des réglementations sur la concurrence ne nécessitent pas d'analyse des effets d'une entente, qui en tant qu'infraction caractérisée au droit de la concurrence, est interdite en soi. Les ententes pouvant s'avérer particulièrement préjudiciables pour les consommateurs, et même celles dont les effets ne sont pas quantifiables font l'objet de poursuite. Les parties ne peuvent pas se défendre contre une accusation d'entente en prétendant ne pas avoir appliqué la hausse de prix fixée ou que l'accord sur les prix n'a pas eu d'incidence directe sur les prix payés par les consommateurs<sup>23</sup>.

83. Il semble par conséquent plausible d'affirmer qu'une analyse des effets ne serait pas nécessaire dans une affaire d'entente entre des fournisseurs de produits gratuits (Newman, 2016, p. 91). Selon Newman (2016, p. 91), la conclusion d'un accord sur la gratuité des produits nécessiterait en revanche une approche fondée sur les effets plutôt qu'une interdiction en soi. C'est le cas par exemple de l'affaire américaine *Wallace v IBM case*<sup>24</sup>, dans laquelle la diffusion du système libre Linux avec une licence publique générale, qui empêchait les utilisateurs de faire payer les travaux dérivés réalisés à partir du système, était présentée comme une entente sur les prix. Le juge a noté que l'accord ne limitait pas les échanges et encourageait au contraire la création de nouveaux produits dérivés. Il a conclu que « *même s'il fixe un prix nul, un accord conclu pour fixer un prix maximum aide généralement les consommateurs et est par conséquent évalué selon la règle de raison* ». Le même type d'approche fondée sur les effets pourrait certainement être adoptée dans le cas d'une entente entre fournisseurs de produits gratuits visant à définir ou abaisser la qualité des produits ou les dispositifs de confidentialité et de protection des données. Toujours selon Newman (2016, p. 92), cette approche plus souple ne devrait pas être appliquée à d'autres types d'entente, telle que des accords portant sur la répartition de marchés comprenant des produits gratuits.

#### *Constats de positions dominantes*

84. Le constat de position dominante sur un marché sans contrepartie financière, dans le but de déterminer un abus, s'accompagne aussi de quelques difficultés juridiques. Pour certains, ce constat ne peut se faire sur les marchés sans contrepartie financière. Cet argument a été repris par Google dans l'affaire *Google Shopping*, dans laquelle la société était accusée de systématiquement mettre en avant les résultats correspondant à ses propres services d'achat et de rétrograder ceux de ces concurrents. La partie consommateurs des marchés concernés identifiée par la décision relève des marchés sans contrepartie financière. Pour Google, étant donné que les services de recherche sont proposés gratuitement, il est impossible d'établir une position dominante. Cette observation a été rejetée par la Commission, qui a conclu que : (1) les utilisateurs contribuent à la monétisation des services du moteur de recherche de Google même s'ils ne paient pas de droits pour bénéficier de ces services, (2) d'autres éléments attestent de la puissance de marché, tels que la solidité et la stabilité des parts de marché de Google en termes de volume, les obstacles à l'entrée et à l'expansion, et l'absence de nouveau venu sur le marché, et (3) Google pouvait modifier la qualité de son service de recherche jusqu'à un certain point, sans encourir le risque d'un départ massif des utilisateurs du fait de l'utilisation peu fréquente de plusieurs plateformes et de l'effet de marque<sup>25</sup>.

85. Lors d'un constat d'abus de domination, l'interprétation et l'application du test déterminant l'abus peuvent susciter des questions. Aux États-Unis, l'un des exemples en la matière concerne des arrangements de vente liée contractuels, dans lesquels on désigne la contrainte comme « *la subordination de la vente d'un produit à l'achat d'un autre* »<sup>26</sup> Dans le passé, la vente a été interprétée comme l'échange de biens et d'argent, ce qui signifie qu'« *il ne peut exister d'arrangements de vente liée si le produit lié n'est pas vendu au*

*consommateur mais lui est fourni gratuitement* »<sup>27</sup>. Selon Newman (2016, p. 98-99), pour constater une infraction de vente liée, la question de savoir si une transaction gratuite doit être qualifiée de vente n'est pas pertinente et, comme dans l'affaire *Lucas Industries*<sup>28</sup>, l'évaluation doit s'attacher à déterminer si des contraintes ont été exercées.

86. Dans l'affaire de vente liée *Microsoft Windows Media Player*<sup>29</sup>, dans laquelle la Commission européenne a estimé que Microsoft liait le produit Media Player à son système d'exploitation, le critère de la contrainte a été reconnu dans la mesure où des caractéristiques techniques empêchent de désinstaller le logiciel. Selon la Commission, « *étant donné que la vente liée risque d'éliminer les concurrents, il importe peu que les consommateurs ne soient pas contraints d'acheter ou d'utiliser [Windows Media Player]. Dans la mesure où les consommateurs obtiennent « automatiquement » [le lecteur] – même s'il est fourni gratuitement – les autres fournisseurs souffrent d'un désavantage concurrentiel* »<sup>30</sup>. Le tribunal qui a statué en appel n'a pas considéré le fait que le produit supplémentaire soit proposé gratuitement comme un obstacle au constat d'abus, indiquant qu'aucun élément de la loi ou de la jurisprudence ne précise que « *les consommateurs doivent obligatoirement payer un certain prix pour le produit lié afin qu'il puisse être conclu qu'ils sont soumis à des obligations supplémentaires au sens de [l'article 102 du TFEU, lettre d)]* »<sup>31</sup>.

#### *Fixation de prix d'éviction*

87. Une autre difficulté concerne la fixation de prix d'éviction, les tests basés sur les coûts ne pouvant être appliqués sur les marchés sans contrepartie financière. L'assertion selon laquelle une offre de produits gratuits constituait une pratique de prix d'éviction a été rejetée en France (*Evermaps v Google*)<sup>32</sup> et abandonnée avant le procès au Royaume-Uni (*Streetmap v Google*)<sup>33</sup>. Ainsi que le soulignent Rubinfeld et Gal (2016, p. 555) :

*si l'on compare les coûts de production et la qualité des produits gratuits à ceux d'autres produits, des producteurs plus efficaces pourraient être contraints de quitter le marché. Le fournisseur de produits gratuits survit uniquement parce qu'il est disposé à perdre de l'argent sur ces produits (qu'il peut souvent récupérer ailleurs). Le test du concurrent aussi efficace ne peut donc pas être utilisé seul ou à titre principal pour montrer qu'il est porté atteinte au bien-être.*

88. Une étude commandée récemment pour la réforme de la Loi allemande sur les restrictions de la concurrence (Schweitzer *et al*, 2018) suggère qu'il serait possible d'adopter une nouvelle disposition empêchant l'éviction abusive des concurrents si elle conduit à renforcer les effets de réseau positifs, en limitant éventuellement l'utilisation de plusieurs plateformes et le passage de l'une à l'autre. Elle donne à penser que la dépendance et les pratiques d'exclusion excessives associées peuvent découler d'une situation dans laquelle « *une entreprise dépend, pour parvenir à créer une valeur substantielle sur un réseau de création de valeur, de l'accès à des données machines ou d'utilisation générées automatiquement qui sont exclusivement contrôlées par une autre entreprise* »<sup>34</sup>.

#### *Seuils de notification des concentrations*

89. Dans le cadre de l'application des règles de contrôle des concentrations aux modèles économiques à prix nul, les seuils de concentration actuel, fondés sur le chiffre d'affaires, peuvent entraîner des difficultés particulières. Des transactions potentiellement anticoncurrentielles impliquant des entreprises enregistrant un faible chiffre d'affaires, par exemple des entreprises fournissant des produits gratuits pour lancer leur modèle économique, risquent en effet de ne pas être prises en compte par les examens de

concentration (voir OCDE, 2015, pour une analyse de la façon dont certaines concentrations peuvent ne pas être notifiées). Si cette difficulté n'est pas propre aux marchés sans contrepartie financière, elle peut se révéler relativement courante compte tenu de la stratégie de certaines entreprises, telles que la stratégie explicite de proposer des produits gratuits pour se constituer une base de clients et devenir une cible d'acquisition intéressante (voir par exemple l'analyse de Rubinfeld et Gal, 2016). De nouveaux seuils de concentration fondés sur la valeur des transactions, en plus du chiffre d'affaires, ont été récemment introduits dans les lois sur la concurrence allemande et autrichienne<sup>35</sup> et pourraient résoudre cette difficulté.

### *Actions civiles*

90. La gratuité des produits peut susciter d'autres problèmes juridiques dans le cadre des actions civiles menées au titre du droit de la concurrence. Compte tenu de la gratuité des marchés ou des produits, les plaignants peuvent rencontrer des difficultés à prouver :

- **leur qualité** : dans certaines juridictions, l'obtention de la qualité de plaignant dans les actions civiles peut constituer un obstacle. Aux États-Unis par exemple, la loi exige des parties civiles réclamant des dommages et intérêts qu'elles apportent la preuve de l'existence d'un préjudice à une société ou un bien<sup>36</sup>. Sur les marchés gratuits, le préjudice subi ne porte pas sur un bien au sens classique du terme, mais sur des informations ou sur l'attention du consommateur. Bien que le sujet ait été très peu étudié jusqu'à présent, pour certains, dans la mesure où les informations et l'attention des consommateurs sont échangées ou commercialisées contre d'autres biens, elles pourraient être considérées comme un bien au sens de la loi Clayton (voir par exemple Newman, 2016, p. 55). Parallèlement à la question de la qualité du plaignant, les États-Unis posent un autre problème en demandant que soit prouvé le « préjudice antitrust », c'est-à-dire un préjudice que les lois sur la concurrence sont censées prévenir. Dans les actions civiles, les défendeurs peuvent mettre en avant la gratuité pour tenter de réfuter l'existence d'un préjudice antitrust ou d'un préjudice subi. Newman fait valoir que dans la mesure où un comportement anticoncurrentiel est révélé par « une baisse de la production, une qualité moindre ou une diminution de l'innovation » ou « des coûts d'informations et d'attention plus élevés », les plaignants devraient être autorisés à engager une action juridique (Newman, 2016, p. 58-60) ;
- **les dommages quantifiables** : la quantification des dommages est encore une autre difficulté rencontrée lors des actions civiles portant sur des produits gratuits, semblable à celle décrite à la section 3.2.1. L'incapacité à prouver les dommages dans ces affaires pourrait signifier que les actions civiles concernant ces marchés sont suffisamment importantes pour dissuader les comportements anticoncurrentiels (voir par exemple Newman, 2016, p. 89-90).

### *3.3.2. Mesures correctives*

91. Le fait que des théories du préjudice et des outils analytiques continuent d'être élaborés pour traiter des marchés gratuits pourrait indiquer qu'il est nécessaire de définir des approches souples et des mesures correctives adaptées aux conditions précises d'une affaire. Le droit de la concurrence ne fournit en effet pas toujours les meilleurs outils pour remédier aux préoccupations relatives à la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière.

92. Par exemple, la mesure corrective antitrust la plus traditionnelle, l'imposition d'une amende associée à l'ordre de mettre un terme au comportement incriminé, pourrait convenir dans le cas d'une entente sur un marché sans contrepartie financière. Cependant, dans le cas des comportements unilatéraux, les amendes ne remettent pas les choses dans l'état où elles étaient avant l'infraction et ne résolvent donc pas les effets du comportement (Botta et Wiedemann, 2018, p. 69). Compte tenu des biais comportementaux décrits plus loin, un comportement anticoncurrentiel associé à des produits gratuits pourrait produire des effets durables sur les marchés et d'autres mesures pourraient donc se révéler nécessaires.

93. Bary et De Bure (2017) soulignent les risques inhérents aux mesures correctives structurelles sur les marchés numériques très innovants. Ces marchés étant par définition difficiles à prévoir, des mesures correctives structurelles conçues trop hâtivement pourraient avoir des effets négatifs importants pour l'innovation et le bien-être des consommateurs à long terme. Les mesures correctives structurelles pourraient se révéler particulièrement inadaptées aux marchés sans contrepartie financière, les segments payant et gratuit du modèle économique ne pouvant pas être séparés facilement.

94. Malgré les préoccupations relatives à leur caractère exécutoire, les mesures comportementales offrent une flexibilité non négligeable aux autorités de la concurrence. Pour Botta et Wiedemann (2018, p. 72-74), étant donné qu'on ne sait pas exactement quels types de pratiques peuvent adopter les acteurs des marchés numériques, les mesures comportementales peuvent apporter certaines orientations dans des situations peu claires. Parmi celles qui ont été présentées comme des solutions adaptées aux abus d'exploitation commis par des sociétés dominantes du secteur numérique figurent le déploiement de sites Web de comparateurs de prix pour encourager les consommateurs à passer d'un site à l'autre, la fixation d'une limite au type et au volume de données pouvant être collectées par la plateforme et le partage des données collectées avec des concurrents (Botta et Wiedemann, 2018, p. 75-79).

95. Botta et Wiedemann (2018, p. 81-82) estiment que les autorités de la concurrence pourraient imposer des mesures comportementales destinées à mettre en œuvre les règles de protection des données pour résoudre les asymétries d'information et les biais comportementaux propres aux marchés sans contrepartie financière (décrits dans la section 4, ci-après). Les autorités chargées de la protection des données pourraient ainsi participer aux négociations préalables aux engagements afin de garantir le respect des deux cadres juridiques.

96. Ces différentes mesures correctives posent néanmoins des difficultés considérables aux autorités de la concurrence, en termes de pouvoirs, mais aussi de connaissances et de ressources nécessaires pour les appliquer et les suivre. Ces difficultés paraissent particulièrement marquées en ce qui concerne (1) la cohérence entre l'application des dispositions sur la concurrence et les normes élaborées par la jurisprudence (d'autant qu'elles n'ont pas été conçues dans l'optique des marchés sans contrepartie financière), (2) l'organisation institutionnelle, qui peut manquer des pouvoirs ou de la structure permettant une coopération étroite avec les autorités chargées de la protection des données et de la législation sur la consommation lors de l'élaboration et de la négociation des engagements, (3) la capacité technique à adopter des engagements complexes sur le plan technologique, et (4) les ressources pour pouvoir suivre régulièrement les engagements mis en place et les modifier le cas échéant.

97. Bien que l'on puisse définir des engagements adaptés à la résolution de plusieurs problèmes de concurrence sur les marchés sans contrepartie financière, certaines questions

peuvent être traitées de façon plus efficace et plus économique en dehors du domaine de l'application du droit de la concurrence, en élaborant des mesures appropriées qui intègrent le chevauchement extrêmement important de la portée et des objectifs des réglementations sur la concurrence et de protection des données et des consommateurs. Les actions possibles pour atteindre cet objectif sont analysées dans la section 4.

#### **4. Questions de la protection des consommateurs et des données associées à la qualité sur les marchés sans contrepartie financière**

98. Un nombre croissant de recherches laisse penser que le fonctionnement des marchés sans contrepartie financière du secteur numérique présente des caractéristiques du côté de la demande susceptibles de freiner le processus concurrentiel et d'affecter le bien-être des consommateurs. Bien que la concurrence par la qualité soit un concept bien ancré dans l'analyse de la concurrence, le contrôle de l'application de la législation sur la concurrence ne peut manifestement pas régler à lui seul les préoccupations concernant la qualité sur les marchés sans contrepartie financière. Les autorités de protection des consommateurs et des données peuvent, dans l'exercice de leur mandat, contribuer à répondre à ces particularités du côté de la demande, améliorer le bien-être des consommateurs et définir les étapes conduisant à une plus grande concurrence par la qualité, même si ce concept est moins familier du domaine de la réglementation sur la protection des consommateurs ou des données.

99. Cette section décrit les caractéristiques du côté de la demande et les éventuelles questions sur la qualité qui peuvent se présenter sur les marchés sans contrepartie financière. Elle examine ensuite les difficultés juridiques posées par l'application de la législation sur la protection des consommateurs et des données. Enfin, elle expose les solutions qui vont au-delà du seul contrôle de l'application du droit de la concurrence. Les problèmes relatifs au côté de la demande sur les marchés numériques sans contrepartie financière ne peuvent bien souvent pas être clairement classés par catégorie de politique, de la concurrence, de la protection des consommateurs ou autre. La coopération réglementaire et l'élaboration de solutions coordonnées s'avèrent à ce titre particulièrement importantes.

##### **4.1. Origine des problèmes du côté de la demande sur les marchés sans contrepartie financière du secteur numérique**

100. Les autorités de la concurrence commencent à étudier les problèmes du côté de la demande qui risquent de freiner le fonctionnement des marchés, à la fois pour les diagnostiquer et élaborer des mesures correctives (voir par exemple OCDE, 2018a). Ces problèmes intéressent en revanche depuis longtemps les autorités de protection des consommateurs.

101. Les problèmes du côté de la demande sur les marchés sans contrepartie financière du secteur numérique recouvrent des éléments classiques (asymétries d'information) et d'autres, qui sont propres à ces marchés et potentiellement plus complexes (biais de comportement des consommateurs). Il importe de bien en comprendre l'origine pour que les jugements de valeur des autorités chargées de l'élaboration des mesures et de leur application n'influent sur l'analyse des résultats du marché, en supposant par exemple ce à quoi les consommateurs « devraient » prêter attention sans disposer de données suffisantes.

### 4.1.1. Asymétries de l'information

102. Comme pour les autres marchés de produits complexe, les marchés numériques sans contreparties financières présentent souvent des asymétries de l'information notables entre consommateurs et fournisseurs. Les consommateurs peuvent de ce fait se retrouver en butte à des manipulations (voir par exemple Acquisti *et al*, 2015) et dans l'impossibilité d'évaluer la qualité des services reçus.

103. Plus généralement, de nombreux produits numériques sans contrepartie financière sont des biens d'expérience (leur qualité ne pourra être évaluée que lorsqu'ils auront été consommés) ou des biens de confiance (leur qualité ne sera peut-être pas remarquée par les consommateurs). Les décisions des consommateurs peuvent par conséquent ne pas remplir leur fonction habituelle de discipline du comportement des entreprises, en particulier si les informations fournies aux consommateurs sont complexes ou trompeuses, si les consommateurs disposent de peu d'options différentes ou si les effets de réseau ou une piètre portabilité des données limitent leur mobilité. Par exemple, si une entreprise abaisse la qualité sur le segment gratuit d'un marché pour accroître ses gains sur le segment payant (comme cela a été présenté dans la section **Error! Reference source not found.**), les consommateurs sur le segment gratuit ne se rendent peut-être pas compte du changement, et de surcroît, du fait de certains biais, comme l'immobilisme, se montrent peu enclins à comparer les services proposés par les différents concurrents.

104. Prenons par exemple des services gratuits financés par la collecte de données personnelles. Les conditions générales fournies aux consommateurs lorsqu'ils acceptent ces services gratuits, et qui définissent les termes de la transaction passée entre eux-mêmes et le fournisseur, sont rarement lues par les consommateurs, ou leurs implications ne sont pas totalement comprises. Les entreprises peuvent aussi publier des informations complexes à dessein, pour limiter les réponses des consommateurs (c'est ce que l'on appelle « l'enveloppement », voir par exemple Gabaix et Laibson, 2005). Le communiqué du Bundeskartellamt annonçant l'ouverture d'une enquête sur Facebook met en avant des préoccupations similaires sur la clarté des conditions générales du site<sup>37</sup>.

105. Dans une étude expérimentale portant sur un réseau social fictif, 74 % des participants ont choisi de ne pas consulter les conditions générales du site et 98 % n'ont pas noté la disposition autorisant le fournisseur à communiquer ses données aux employeurs et aux autorités répressives (Obar et Oeldorf-Hirsch, 2018). Même si les consommateurs connaissent l'étendue des données qu'ils fournissent aux entreprises, ils peuvent ne pas apprécier leur utilisation potentielle, leur degré d'anonymat et le type de parties auxquelles elles peuvent être transmises. Aussi éprouvent-ils des difficultés à choisir entre des services gratuits et des services premium payants, qui proposent des degrés de qualité différents sur certains aspects, tels que la protection de la vie privée.

106. Sans informations suffisantes sur l'utilisation des données, qui ne sont pas nécessairement disponibles, même après une lecture complète et avertie des conditions générales d'utilisation des services gratuits, les consommateurs peuvent ne pas être en mesure d'évaluer les conditions de la transaction qu'ils réalisent avec le fournisseur. La technologie des mégadonnées ne cessant d'évoluer, les consommateurs peuvent fort bien ne pas saisir les implications de l'acceptation de la collecte des données, dont le but n'est parfois même pas connu de l'entreprise au moment de la collecte. Ces asymétries d'information jouent un rôle majeur si, compte tenu de la gratuité, la protection de la vie privée constitue l'un des rares aspects de la qualité définissant la valeur que le consommateur tire du produit.

#### 4.1.2. Biais comportementaux du consommateur

107. Les marchés sans contrepartie financière présentent aussi de nouveaux biais comportementaux, dont les conséquences diffèrent de ce que l'on pourrait attendre dans un environnement concurrentiel. Certains sont relativement simples à comprendre : les consommateurs peuvent décider que puisqu'ils reçoivent un produit gratuitement, il n'est pas indispensable de se préoccuper particulièrement des variations de sa qualité. Ce sentiment peut être partagé par les fournisseurs eux-mêmes, même si la législation sur la concurrence et la protection des consommateurs s'applique en règle générale aussi aux marchés sans contrepartie financière. Cette perception des consommateurs peut toutefois témoigner d'un biais d'optimisme et d'un accès à des informations limitées – rien ne prouve que les consommateurs sous-estiment l'efficacité de la publicité et le nombre de données qu'ils fournissent aux entreprises en contrepartie de produits gratuits (Newman, 2017). Les biais comportementaux sur les marchés sans contrepartie financière produisent deux effets caractéristiques, exposés ci-après.

##### *L'« effet de gratuité »*

108. L'« effet de gratuité » désigne l'effet démesuré que la gratuité produit sur les consommateurs et ses répercussions sur les marchés. On peut l'illustrer avec l'expérience menée par Shampan'er et Ariely (2016), qui consistait à offrir aux participants plusieurs barres chocolatées, de qualité variable, à des prix différents. Les barres de bonne qualité étaient initialement proposées à 0.27 \$, celles de moindre qualité à 0.02 \$. La diminution de leur prix à respectivement 0.26 et 0.01 \$, n'a pas fondamentalement modifié les décisions des consommateurs. En revanche, la baisse des prix à 0.25 et 0.00 \$ a entraîné un arbitrage notable en faveur des barres de qualité inférieure. Ce résultat prouve que « la valorisation des produits gratuits atteint un niveau supérieur à celui de leur différence coûts-avantages » (Shampan'er et Ariely, 2016, p. 12).

109. D'autres études mettent en évidence un effet similaire. Des consommateurs accordent par exemple plus d'importance à une réduction conduisant à la gratuité du produit qu'à une réduction nettement supérieure mais maintenant un prix nominal. De même, les consommateurs hésitent à accepter de payer un produit qui leur a été proposé gratuitement auparavant (voir par exemple les études examinées dans Rubinfeld et Gal, 2016).

110. Cet effet signifie que, sur certains marchés, la gratuité pourrait devenir plus probable que ne l'indiquerait une analyse objective des coûts et des avantages, vu la réaction des consommateurs. Il montre aussi que d'autres dimensions de la concurrence, telles que les différents aspects de la qualité décrits plus haut, peuvent passer après le prix dans l'esprit des consommateurs. Même une augmentation de prix mineure améliorant considérablement la qualité peut par conséquent ne pas permettre à un nouvel entrant de gagner des parts de marché.

111. Cette préoccupation pourrait s'avérer particulièrement pertinente lorsqu'un produit gratuit est lié à un produit payant, puisqu'un nombre démesuré de consommateurs peuvent sélectionner le produit gratuit, même si le prix des produits complémentaires dépasse le montant total d'une autre offre, dans laquelle les deux produits sont payants. En ce qui concerne les répercussions, Gal et Rubinfeld (2016, p. 535) notent que l'entreprise pratiquant la vente liée « devra investir moins dans la qualité du produit lié pour bénéficier d'un avantage compétitif », avec un résultat loin d'être optimal. Si sa stratégie consiste à fournir un produit gratuitement jusqu'à ce qu'elle ait évincé ses concurrents, elle risque de

provoquer une hausse des prix et un affaiblissement de la concurrence, tout en ayant besoin de fonds pour continuer à proposer le produit.

112. Il peut s'avérer difficile de savoir si l'effet de gratuité touche un marché sans contrepartie financière, surtout sans la possibilité de mener une étude ou une enquête complète, et s'il convient de mener des actions de sensibilisation auprès des consommateurs afin qu'ils en prennent conscience. Cet effet ne s'impose pas nécessairement sur tous les marchés sans contrepartie financière – les journaux expérimentent aujourd'hui des stratégies payantes qui limitent le contenu qui était auparavant fourni gratuitement. Et même si les consommateurs affirment qu'ils accordent de l'importance à un certain degré de qualité (une exposition minimale à la publicité, par exemple), le fait de ne rien avoir à payer peut parfois largement compenser une diminution de la qualité (voir Norman *et al*, 2016 pour un examen plus détaillé).

113. Waehrer (2016) constate que l'effet de gratuité peut aussi contribuer à maintenir les prix à un niveau élevé pour les consommateurs. C'est le cas lorsque les entreprises obtiennent des avantages de leurs clients, en collectant des données par exemple, alors qu'il serait théoriquement plus favorable au bien être de proposer certains services en ligne à un prix négatif (autrement dit, de payer les consommateurs). Cependant, étant donné que les consommateurs risqueraient de fausser les résultats en augmentant artificiellement le nombre de recherches effectuées par exemple, Waehrer estime que la gratuité restera probablement la norme, du moins sur certains marchés.

#### *Le paradoxe de la vie privée*

114. Le second effet, finalement assez proche de l'effet de gratuité, est ce que l'on appelle le « paradoxe de la vie privée » (voir par exemple Costa-Cabral et Lynskey, 2016, p. 14). Il désigne le fait que les consommateurs s'inquiètent de la protection de leur vie privée, et en font un aspect important de la qualité du produit, mais ne semblent prendre aucune décision concernant le produit en fonction de ce critère. Par exemple, dans une enquête de grande envergure menée aux États-Unis, 91 % des personnes interrogées ont déclaré que les consommateurs ne contrôlaient plus la façon dont les entreprises collectent et utilisent les données personnelles (Stucke et Grunes, 2015). Plusieurs autres études montrent que les consommateurs accordent une grande importance à la vie privée, mais ne sont disposés à payer qu'un montant peu élevé s'ils ont la possibilité d'améliorer la confidentialité des services numériques.

115. Les conclusions des études qui cherchent à déterminer l'existence du paradoxe de la vie privée s'avèrent toutefois contrastées (Kokolakis, 2017). Dans certains cas, les utilisateurs valorisent la divulgation de plus d'informations (sur les réseaux sociaux par exemple, tout du moins dans un certain milieu social). Des expériences montrent que des consommateurs sélectionnent les services en fonction de la protection de la vie privée. Dans l'une d'elles, les consommateurs se sont déclarés prêts à payer un montant forfaitaire (relativement bas) pour masquer l'historique de leur navigateur, leurs contacts, leur position et leurs coordonnées téléphoniques sur leurs appareils mobiles. Cette option existe aux États-Unis, un fournisseur d'accès à Internet proposant une remise aux abonnés qui acceptent de partager les données obtenues en naviguant sur Internet (Savage et Waldman, 2015). Cette situation n'équivaut toutefois pas nécessairement à un marché sans contrepartie financière soumis à l'effet de gratuité.

116. Comme dans le cas d'autres dysfonctionnements de marché, il conviendra de mener une analyse au cas par cas pour comprendre dans quelle mesure le paradoxe de la vie privée touche un marché donné. Parmi les biais propres à cet effet à rechercher figurent le biais

d'optimisme (qui sous-estime la probabilité que surviennent des événements négatifs), l'heuristique de l'affect (surestimation des risques liés à une activité non appréciée et sous-estimation de ceux associés à une activité appréciée), et l'escompte hyperbolique (escompte irrationnel des avantages ou préjudices à venir) (voir Kokolakis, 2017 pour davantage de précisions).

## 4.2. Applicabilité juridique de la législation sur la protection des données et des consommateurs aux produits gratuits

117. Bien que les politiques de concurrence, de protection des consommateurs et de protection de la vie privée poursuivent des objectifs différents, elles visent toutes principalement à régir les interactions entre les entreprises et les consommateurs et peuvent par conséquent se chevaucher sur de nombreux points (OCDE, 2010). Ces chevauchements ont été notés lors des nombreuses actions menées pour améliorer la coordination de ces trois domaines politiques et législatifs<sup>38</sup>. Peut-être plus encore que d'autres marchés, les marchés sans contrepartie financière présentent des caractéristiques qui nécessitent une telle coordination (Helberger *et al*, 2017, p. 1449).

118. Il convient d'effectuer deux distinctions majeures en ce qui concerne l'applicabilité de ces domaines politiques et législatifs aux produits numériques gratuits. Il faut tout d'abord distinguer les objectifs du droit de la concurrence, de la protection des consommateurs et de la protection des données. La seconde distinction porte sur la portée de la protection des consommateurs et la protection des données et partant, le degré d'application de ces domaines juridiques aux marchés sans contrepartie financière.

### 4.2.1. Objectifs de la protection des données, de la protection des consommateurs et du droit de la concurrence

119. La protection des données porte sur la protection du traitement des données personnelles des personnes physiques. Elle vise à leur fournir un niveau adapté de contrôle sur leurs données personnelles. Selon les juridictions, cet objectif peut consister à garantir que les consommateurs :

- sont informés de la collecte et du traitement de leurs données personnelles,
- ont donné leur accord pour le traitement de leurs données personnelles,
- peuvent consulter et modifier leurs données, et en demander la suppression,
- peuvent transférer leurs données personnelles.

120. Le droit de la consommation s'emploie à préserver l'intégrité des relations contractuelles entre le marchand de biens et de services et le consommateur. Il a pour objectif de protéger l'équité des échanges. Alors que la protection des données vise à prévenir les asymétries d'information et de pouvoir qui peuvent entraîner des abus dans le traitement des données personnelles, et met l'accent sur le droit individuel à la vie privée, la non-discrimination et la liberté d'association, le droit de la consommation a pour objectif de garantir l'égalité des conditions de concurrence lors de la fourniture de biens et de services aux consommateurs finaux (Costa-Cabral et Lynskey, 2017, p. 18).

121. Le droit de la concurrence et de la protection des consommateurs visent au bien-être du consommateur, mais cherchent à atteindre leur objectif des manières différentes<sup>39</sup>. Le droit de la concurrence s'attache à préserver les forces de la concurrence et garantit par conséquent que les entreprises résistent aux pressions de façon à maintenir les prix à un bas

niveau et la qualité à un niveau élevé, et à investir dans l'innovation, selon les conditions du marché. Ohlhausen et Okuliar (2015) notent qu'il conviendrait de limiter le droit de la concurrence aux pertes d'efficacité réelles ou potentielles et indiquent qu'il est adapté aux « grands préjudices macroéconomiques, principalement le maintien d'un processus efficace de détermination des prix sur les marchés, alors que les lois sur la protection des consommateurs s'intéressent à la préservation de l'intégrité de chaque offre contractuelle particulière ».

122. Le champ d'application de ces trois domaines juridiques reflète ces objectifs différents.

#### ***4.2.2. Limites de l'application de la protection des données, de la protection des consommateurs et du droit de la concurrence aux transactions sans contrepartie financière***

##### *Protection des données*

123. Les lois sur la protection des données protègent les droits d'une personne dont les données sont traitées et imposent des obligations aux parties qui détiennent et traitent ces données. Elles répondent notamment aux questions suivantes :

- Quelle est la portée des données que peut collecter et stocker une entreprise ?
- Quelles mesures de protection des données faut-il respecter lors de la transmission de donnée ?
- Quels processus de divulgation et de consentement actif faut-il appliquer pour répondre aux obligations relatives au consentement du consommateur ?

124. Costa-Cabral et Lyskey (2017) notent que le droit de la protection des données se distingue du droit de la concurrence au sens où il concerne les individus et s'applique uniquement au traitement des données. Ils indiquent également (p. 18-19) deux différences fondamentales entre ces deux domaines législatifs :

*Le droit de la concurrence vise à corriger des dysfonctionnements du marché extérieurs aux individus, telles que des collusions entre entreprises, alors que le droit de la protection des données vise à corriger des manquements internes, tels que des asymétries d'information et de pouvoir, qui empêchent les individus de réellement contrôler leurs données personnelles.*

125. Certaines des préoccupations relatives à la concurrence par la qualité sur les marchés sans contrepartie financière, comme la protection de la vie privée et la publicité, pourraient être résolues par les actions menées au titre de la protection des données (Kerber, 2016, p. 861). Selon certaines autorités de la concurrence, ces deux domaines législatifs se chevauchent partiellement, mais ne traitent pas le même type de préjudice subi par le consommateur et devraient par conséquent demeurer distincts. Par exemple, dans la déclaration concernant la fusion *Google/DoubleClick*, la Commission fédérale du commerce des États-Unis a précisé d'une part qu'elle ne possédait pas « l'autorité juridique lui permettant d'imposer des conditions à la fusion qui ne relèvent pas du domaine antitrust », et d'autre part que « réglementer les obligations relatives à la vie privée d'une seule entreprise pourrait porter un préjudice grave à la concurrence dans ce secteur vaste et qui évolue rapidement »<sup>40</sup>.

126. La Commission européenne a adopté une approche similaire dans les affaires *Google/DoubleClick*<sup>41</sup> et *Facebook/WhatsApp*<sup>42</sup>. Dans cette dernière, portant sur des produits gratuits, la Commission a noté l'existence de la concurrence en matière de protection des données pour les services gratuits (voir Costa-Cabral et Lynskey, 2017, p. 25-26), mais a déclaré que :

*les préoccupations relatives à la protection de la vie privée suscitées par la concentration accrue des données contrôlées par Facebook consécutivement à la Transaction ne relèvent pas du droit de la concurrence de l'UE mais des règles de la protection des données de l'UE*<sup>43</sup>.

127. Pour Ohlhausen et Okuliar (2015, p. 152), le droit de la concurrence devrait s'appliquer « uniquement lorsque le préjudice potentiel correspond à une diminution réelle ou probable de l'efficacité économique. S'il est peu probable que la réalisation de la transaction entraîne une perte d'efficacité, une autre voie juridique sera plus appropriée et plus efficace ». Ils soulignent à cet égard qu'il ne faut pas confondre la portée et le rôle des législations sur la concurrence, la protection de la vie privée ou la protection des consommateurs, qui, selon eux, peuvent menacer les fondements théoriques du droit de la concurrence sans faire progresser la cause de la protection des consommateurs.

128. Costa-Cabral et Lynskey (2017, p. 29-31) estiment au contraire que les questions de la vie privée pourraient relever du domaine du droit de la concurrence, en utilisant la protection des données comme un cadre normatif d'analyse. Le droit de la protection des données pourrait constituer une limite à ne pas dépasser pour les entreprises et qu'il conviendrait d'intégrer à l'évaluation du droit de la concurrence. Ces deux domaines législatifs pourraient ainsi être cohérents et leurs évaluations s'enrichiraient mutuellement.

129. Il vaut peut-être toutefois mieux éviter de mélanger les cadres d'analyse pour que le droit de la concurrence et de la protection des données exercent un rôle de promotion de la concurrence sur la protection des données. Les autorités de la concurrence pourraient par exemple se concentrer sur les offres de protection de la vie privée qui vont au-delà des normes minimales définies dans le droit de la protection des données, si tant est que l'on peut considérer la vie privée comme une dimension de la concurrence sur le marché.

130. Les enquêtes menées par les autorités de la concurrence montrent que la vie privée peut constituer un paramètre de concurrence important et souvent un moteur de choix pour les consommateurs sur certains marchés, en particulier ceux sur lesquels aucune transaction monétaire n'a lieu. Aussi, la vie privée a été prise en compte dans un petit nombre d'affaires lors de l'évaluation de la concurrence d'une transaction. Dans l'affaire *Microsoft/LinkedIn*<sup>44</sup> par exemple, la Commission européenne a examiné si la fusion limitait le choix des consommateurs en matière de protection de la vie privée sur le marché des services des réseaux sociaux professionnels. Concernant les effets d'éviction, elle a noté que l'un des concurrents de LinkedIn proposait aux utilisateurs un processus d'inscription convivial, en leur demandant d'accepter activement sa politique de protection des données et en sollicitant leur consentement lors de la mise en place de nouveaux services ayant une incidence sur la collecte des données.

131. Cette approche est conforme à l'idée selon laquelle la promotion de la concurrence peut résoudre les problèmes que ne règle pas facilement la réglementation. L'on peut utiliser dans ce cas le droit de la concurrence et des consommateurs comme des outils corrigeant les asymétries d'information que le droit de la protection des données ne peut traiter seul en raison des limites qui lui sont propres.

132. La fourniture du consentement occupe souvent une place importante dans la législation sur la protection des données (Gürkaynak, 2015, p. 156). L'on remarque toutefois que la plupart des consommateurs acceptent le traitement de leurs données sans lire les informations à ce sujet. Selon une étude effectuée par McDonald et Cranor (2008, p. 563), il faudrait aux internautes 244 heures par an pour lire les politiques relatives à la protection de la vie privée des sites qu'ils consultent. Ce qui représente, selon les auteurs de l'étude, plus de la moitié du temps que les internautes passent normalement en ligne.

133. Une autre limite à l'obligation d'information imposée par le droit de la protection des données concerne la capacité des individus à comprendre ce qu'ils acceptent, même s'ils prennent le temps de lire les conditions générales. Ils peuvent ne pas disposer des connaissances et des informations suffisantes pour comprendre quelles données personnelles sont collectées, comment elles sont utilisées et quelle est leur valeur. Même lorsqu'ils lisent et acceptent la politique de collecte de données de l'entreprise, ils n'en comprennent souvent pas toutes les implications (Ben-Shahar et Schneider, 2011, p. 665).

134. D'autres limites à la protection des données apparaissent à la suite des changements occasionnés par la technologie du traitement massif des données. Rubinstein (2013) note que les modèles de consentement sont limités par le fait que (1) les entreprises qui effectuent de l'exploration des données ne savent souvent pas à l'avance ce qu'elles vont trouver et ne peuvent donc informer correctement les individus, (2) les utilisateurs ne peuvent véritablement accepter une utilisation de leurs données dont ils ne sont pas informés, (3) la limite entre les données à caractère personnel et non personnel n'est pas toujours bien définie. Rubinstein (2013) affirme par conséquent que certains des prémisses de la réglementation sur les données risquent de ne plus s'appliquer. Premièrement, la distinction entre données à caractère personnel et non personnel<sup>45</sup> s'estompe car les données non personnelles peuvent permettre de tirer des conclusions sur les consommateurs bien qu'elles ne relèvent pas de la législation sur la protection des données. L'application du droit de la protection des données à l'ensemble des données aurait de très larges conséquences, mais l'on peut craindre que la restriction de la législation actuelle aux seules données à caractère personnel soit insuffisante. Deuxièmement, la possibilité d'anonymiser les données pour protéger les utilisateurs du traçage et du profilage est remise en question, en raison des techniques avancées permettant la réidentification. Troisièmement, le volume massif de données collectées s'oppose au principe de la minimisation des données, selon lequel il convient de collecter le moins de données possible sur les personnes.

135. Certains auteurs estiment que des mesures correctives pourraient être apportées au droit de la concurrence pour régler certaines asymétries d'information que ne peut pas résoudre la protection des données, si elles résultent de problèmes de concurrence (Craig, 2014, p. 9). D'autres, comme Helberger *et al.* (2017, p. 1451) pensent que la mise en œuvre du droit de la protection des consommateurs pourrait compléter la protection des données, et proposent d'utiliser les principes du droit de la protection des consommateurs pour interpréter et appliquer les dispositions du droit de la protection des données.

### *Protection des consommateurs*

136. Comme cela a déjà été indiqué, le droit des consommateurs régit en général les interactions entre les consommateurs finaux et les entreprises qui proposent des produits ou des services. De nombreuses juridictions limitent son application aux personnes concluant des transactions dans un but personnel<sup>46</sup>.

137. La question fondamentale qui peut se poser dans certaines juridictions consiste à savoir si le droit des consommateurs peut s'appliquer à la fourniture de biens et services qui ne font pas l'objet d'un échange monétaire. Concernant la politique à adopter, le Conseil de l'OCDE a intégré les transactions non monétaires au champ d'application de la protection des consommateurs dans le secteur du commerce électronique (OCDE, 2016). La question de l'applicabilité du droit des consommateurs à l'obtention de produits gratuits n'a toutefois pas encore été pleinement étudiée (Helberger *et al.*, 2017, p. 1442). Par exemple, dans la directive relative aux droits des consommateurs, qui définit certains droits contractuels fondamentaux pour les consommateurs de l'UE, un « contrat de vente » ou un « contrat de service » désigne la fourniture de biens ou de services moyennant le paiement d'un certain prix (ou l'engagement par le consommateur à payer ce prix). Le problème se pose lorsque le niveau de protection garanti par le système est moindre pour les consommateurs qui ne paient pas un prix monétaire. Cependant, dans le système juridique européen, certains instruments législatifs paraissent inclure cette catégorie de consommateurs dans le champ d'application de la protection. La directive sur les pratiques commerciales déloyales et la proposition de directive sur la fourniture de contenu numérique comportent en particulier des dispositions qui n'établissent pas de distinction expresse entre les différentes formes de paiement fourni par le consommateur. Dans d'autres juridictions, les transactions non monétaires peuvent être traitées par les autorités de la concurrence dans le cadre des abus de confiance et de l'iniquité.

138. Dans le cas des produits gratuits, le droit des consommateurs porte surtout sur la fourniture d'informations permettant aux consommateurs d'exercer leur choix en toute connaissance de cause. Il pourrait s'appliquer aux aspects de la qualité associés à la vie privée et à la publicité, en particulier pour résoudre les dysfonctionnements du marché résultant d'asymétries d'information et de biais comportementaux des consommateurs (Kerber, 2016, p. 861). Selon ce point de vue, le droit des consommateurs et la protection des données couvrent en partie les mêmes questions (Kerber, 2016, p. 863).

139. Des préoccupations propres à la collecte des données peuvent se faire jour dans le cadre de la protection des consommateurs. Certaines juridictions ont invoqué le droit des consommateurs pour évaluer l'équité des conditions générales de la politique de la vie privée de Google, Facebook, iTunes, Instagram, LinkedIn, Twitter, Tinder et Runkeeper. Certaines législations sur la protection des consommateurs pourraient être interprétées pour régir des situations dans lesquelles les données ont été obtenues sans consentement express du consommateur (par exemple, des données fournies par les cookies de traçage d'un site Web) (Helberger *et al.*, 2017). Kerber (2016) souligne que dans ce cas, le manque de transparence sur la façon dont l'entreprise collecte et utilise les données représente le principal motif de préoccupation. Ce manque de transparence pourrait constituer une pratique commerciale déloyale, une violation des droits du consommateur ou une publicité mensongère<sup>47</sup>.

140. Étant donné que les législations sur la protection des données et la protection des consommateurs pourraient régir la même pratique, à savoir la collecte des données, leurs autorités respectives, s'il s'agit d'autorités distinctes, ont de nombreuses occasions de coordonner leurs interventions. Les différentes approches possibles à cet égard sont décrites ci-après.

### 4.3. Collaborations possibles pour résoudre les problèmes du côté de la demande

141. Compte tenu des difficultés liées à l'application exclusive de mesures correctives au titre du droit de la concurrence pour résoudre les problèmes du côté de la demande qui

se posent sur les marchés sans contrepartie financière, une séparation stricte des domaines d'action des autorités de la concurrence, de la protection des consommateurs et de la protection des données n'apporterait certainement pas des résultats optimaux, à la fois en termes de bien-être et de protection des consommateurs. C'est pourquoi il conviendrait sans doute d'appliquer ces trois politiques en parallèle afin de garantir la concurrence et la protection des consommateurs sur les marchés sans contrepartie financière.

#### *4.3.1. Approches d'application des législations*

142. Il n'existe pas de modèle unique pour l'attribution des responsabilités en matière d'application des législations. La plupart des autorités de la concurrence sont toutefois investies de pouvoirs qui dépassent l'exécution du droit de la concurrence. Plus de 30 d'entre elles font également exécuter la législation sur la protection des consommateurs (Kovacic and Hyman, 2013, p. 2), par exemple au Royaume-Uni, en Italie, en Pologne et aux États-Unis. Certaines juridictions, comme l'Espagne et les Pays-Bas, leur confient en outre la réglementation du secteur des réseaux. Enfin, dans d'autres pays, les autorités de réglementation sectorielles appliquent le droit de la concurrence ou de la protection des consommateurs dans leur secteur de tutelle (de Streel et Sibony, 2017).

143. Diverses formes de coopération entre les autorités existent déjà. Plusieurs instances de protection des consommateurs coopèrent activement avec les autres autorités nationales pour mettre en œuvre la législation sur la protection des consommateurs<sup>48</sup>. Cette coopération peut se fonder sur des cadres juridiques ou d'autres arrangements et comprendre un partage des informations, une collaboration sur l'élaboration d'orientations destinées aux entreprises, des enquêtes et des mesures d'exécution du droit<sup>49</sup>.

144. Les premiers défenseurs d'une approche commune de l'application du droit sur les marchés numériques ont été l'OCDE, avec la Recommandation du Conseil relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations contre le spam<sup>50</sup>, et le Contrôleur européen de la protection des données, avec la publication en 2014 de son avis préliminaire sur la vie privée et la compétitivité à l'ère de la collecte de données massives. Ce dernier préconisait un dialogue plus étroit, dépassant les limites de leur domaine d'action, entre les autorités de réglementation et les experts, dans l'optique d'améliorer l'exécution du droit de la concurrence et de la protection des consommateurs et d'encourager les marchés à proposer des services respectant davantage la vie privée. D'autres vont plus loin encore et plaident en faveur de l'élaboration d'une stratégie commune par les autorités de la concurrence, les instances de protection des consommateurs et les autorités de surveillance de la protection des données (Kerber, 2016, p. 866).

145. Les autorités de la concurrence, de protection des données et de protection des consommateurs pourraient coopérer au cours de plusieurs phases de leurs processus d'investigation, notamment sur la collecte et le partage des données, et de la détermination des mesures correctives. Botta et Wiedemann (2018) partent par exemple du principe que l'idée de consentement dans la protection des données se fonde sur des hypothèses qui ne se vérifient pas et qu'une coopération entre les autorités de la protection des données et de la concurrence lors de la conception des mesures correctives pourraient résoudre plus efficacement la question des limites des politiques de consentement. Ainsi que cela a déjà été indiqué, ils estiment notamment que les autorités de protection des données pourraient participer aux négociations préalables à la mise en place des engagements, pour garantir le respect de la législation sur la protection des données parallèlement à l'application du droit de la concurrence (Botta et Wiedemann, 2018, p. 81-82).

146. Dans son avis 8/2016, le Contrôleur européen de la protection des données recommande une approche structurelle de cette coopération lors des enquêtes et propose de créer un réseau (Digital Clearing House, centre d'échange numérique) destiné à faciliter le partage des informations entre les autorités de réglementation sur les éventuelles infractions commises sur les marchés en ligne. Ce réseau serait notamment chargé d'« *utiliser les normes de protection des données et de protection des consommateurs pour déterminer des « théories du préjudice » en rapport avec des affaires de contrôle de concentrations et de pratiques d'exploitation abusives [...] »*, de proposer des solutions réglementaires pour certains marchés et d'évaluer l'impact des mesures correctives<sup>51</sup>.

147. Ainsi que cela a déjà été exposé plus haut, l'intégration des problèmes relatifs à la protection des données ou des consommateurs à l'évaluation de la concurrence offrirait aux autorités une autre possibilité de coopérer. C'est le point de vue que semblent avoir adopté le Bundeskartellamt allemand et l'Autorité française de la concurrence dans le document sur le droit de la concurrence et les données rédigé en commun, qui précise que :

*“ le fait que certains instruments juridiques permettent de résoudre des questions sensibles relatives aux données à caractère personnel ne signifie pas que le droit de la concurrence ne s'applique pas à ces dernières. D'une manière générale, les obligations réglementaires imposées par d'autres corpus législatifs peuvent être prises en compte, ne serait-ce qu'à titre informatif, lors de la réalisation d'une évaluation juridique au titre du droit de la concurrence »<sup>52</sup>.*

Le Bundeskartellamt semble avoir retenu cette approche dans les enquêtes menées sur Facebook<sup>53</sup>.

148. Enfin, une forme plus souple de coopération pourrait consister à solliciter l'avis purement consultatif d'autres autorités, dont l'évaluation paraîtrait adaptée à l'affaire examinée, avant de rendre une décision définitive.

#### ***4.3.2. Approches de sensibilisation et nouvelles mesures réglementaires potentielles***

149. Outre la coopération en matière d'application du droit, les politiques de concurrence, de protection des consommateurs et de protection des données peuvent parfois sensibiliser en douceur les consommateurs, les entreprises, voire les législateurs, si de nouvelles mesures réglementaires s'avèrent nécessaires.

150. Les Lignes directrices de l'OCDE sur la vie privée<sup>54</sup>, la Recommandation du Conseil sur la gestion du risque de sécurité numérique pour la prospérité économique et sociale<sup>55</sup> et la Recommandation du Conseil sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique<sup>56</sup> offrent un cadre d'action destiné à favoriser la confiance dans les services numériques. Ces documents illustrent la nécessité de traiter les questions qui apparaissent dans le secteur numérique, comme la gestion de l'identité numérique dans les transactions en ligne, l'assurance des risques numériques, l'accès aux données et la portabilité ou encore la discrimination algorithmique, au moyen d'actions coordonnées menées par les pouvoirs publics concernés. L'on observe en particulier une interconnectivité croissante entre sécurité numérique, vie privée et protection des consommateurs<sup>57</sup>.

151. L'utilisation des études de marché pourrait permettre aux autorités de la concurrence et de la protection des données et des consommateurs d'agir ensemble. Ainsi que le note le document OCDE (2018), les études de marché sont utiles pour traiter les problèmes du côté de la demande qui ne relèvent pas du mandat d'exécution des autorités

de la concurrence. En collaboration avec les autorités de réglementation sectorielles, ces trois organes différents pourraient considérablement accroître la capacité des études de marché à considérer d'un point de vue global les caractéristiques du côté de la demande des marchés sans contrepartie financière et se charger du suivi éventuel de ces études. Les instances de protection des consommateurs peuvent aussi être bien placées pour travailler avec les autorités de la concurrence à la conception de mesures de sensibilisation des consommateurs ou de propositions de réformes de la réglementation pour résoudre les problèmes de concurrence du côté de la demande qui ne sont pas couverts par les études de marché. Le 9<sup>e</sup> amendement à la Loi sur la concurrence allemande a adopté les modifications institutionnelles nécessaires à cette approche. Il donne au Bundeskartellamt les moyens de mener des enquêtes sectorielles s'il soupçonne l'existence de graves problèmes relatifs à la protection des consommateurs.

152. Ces efforts pourraient se révéler particulièrement utiles pour traiter deux dysfonctionnements de marché qui risquent de ne pas être réglés uniquement par des mesures d'exécution : les asymétries d'information d'une part, et les biais comportementaux d'autre part. Ils doivent essentiellement porter sur deux problèmes<sup>58</sup> :

- **le manque de connaissances des consommateurs** : par exemple, les consommateurs ne savent pas qu'ils bénéficient d'un niveau de protection de la vie privée peu élevé et ne demandent pas de services destinés à l'améliorer ;
- **les choix limités des consommateurs** : les consommateurs savent qu'ils bénéficient d'un niveau de protection de la vie privée peu élevé, mais n'agissent pas parce qu'ils ne le peuvent pas ou parce qu'ils ne savent pas comment faire.

Les mesures possibles pour résoudre ces problèmes sont décrites ci-dessous. Bien qu'elles mettent l'accent sur les approches relatives à la question de la vie privée, elles pourraient être adaptées à tout autre aspect de la concurrence sur les marchés sans contrepartie financière.

#### *Encourager la concurrence sur la vie privée avec les informations destinées aux consommateurs*

153. Sur les marchés sans contrepartie financière, les consommateurs ne pensent pas nécessairement à toutes les conséquences sur leur vie privée de leurs décisions en raison de l'absence d'information et de leur incapacité à traiter les informations qui leur sont fournies. Les entreprises peuvent par conséquent rester à l'abri des pressions en faveur d'une amélioration de la qualité de la vie privée et adopter un comportement visant à brouiller encore davantage les connaissances des consommateurs.

154. De nombreuses propositions ont été faites pour améliorer les informations à la disposition des consommateurs et encourager ces derniers à participer activement aux décisions relatives à la vie privée. Elles comprennent la création de cadres juridiques plus conviviaux imposant des obligations de communication, ainsi que des mesures de sensibilisation adaptées aux besoins des consommateurs et qui favorisent la concurrence au-delà d'un niveau minimum. Certaines de ces propositions sont présentées ci-après.

- **Imposer la communication de certaines informations** relatives à la collecte de données, telles que :
  - la valeur des informations personnelles collectées par les entreprises, dont le prix facturé aux acheteurs des données collectées (de Streel et Sibony, 2017, p. 33-34) ;

- la durée de stockage des données ;
  - l'utilisation ou non d'algorithmes pour traiter les données (de Streel et Sibony, 2017, p. 33) ;
  - les informations sur la qualité des services gratuits fournis, avec par exemple la publication d'avis de consommateurs exempts de manipulation (de Streel et Sibony, 2017, p. 33).
- **Donner aux consommateurs la possibilité de revoir régulièrement leur consentement à la collecte des données ou leur envoyer des notifications ponctuelles.** Cette mesure résoudrait le fait que l'on ne puisse pas prévoir la manière dont seront utilisées les données à l'avenir au moment où le consommateur accepte leur collecte. Le moment où sont envoyées ces notifications est également essentiel à leur efficacité (de Streel et Sibony, 2017, p. 38) : le moment où le consommateur reçoit les informations a en effet une incidence majeure sur l'efficacité de ces dernières (OCDE, à paraître).
  - **Accroître les connaissances des consommateurs** sur les aspects techniques de la vie privée et du traitement des données au moyen de campagnes d'information menées par les autorités de protection des consommateurs et des données.
  - **Définir des normes minimales relatives à l'intelligibilité des clauses contractuelles** dans le secteur numérique (voir par exemple l'avis du Contrôleur européen de la protection des données, 2014).
  - **Simplifier les informations mises à disposition des consommateurs**, en faisant en sorte qu'ils reçoivent uniquement des informations pertinentes et en utilisant des techniques novatrices pour diffuser les concepts essentiels, comme l'illustrent les exemples ci-dessous.
    - Le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada a indiqué que les entreprises pouvaient prendre des mesures innovantes pour réduire au minimum les limites présentées par les obligations en matière de consentement :
 

*Par exemple, les organisations pourraient améliorer leur politique de confidentialité au moyen de cartes de données, d'outils infographiques dynamiques et interactifs ou de courtes vidéos. Les icônes peuvent aussi être utiles comme outil complémentaire afin que les individus comprennent d'un seul coup d'œil comment leurs renseignements personnels sont utilisés. Les « icônes de protection de la vie privée » illustrent une approche axée sur les symboles utilisée pour présenter les caractéristiques des politiques de confidentialité, par exemple en ce qui a trait à la conservation des données, à leur utilisation par des tiers et à l'accessibilité pour les organismes d'application de la loi<sup>59</sup>.*
    - Pour répondre au fait que les consommateurs ne lisent généralement pas les informations qui leur sont fournies, il a été également proposé d'adopter un système de symboles pour les conditions générales, qui fournirait un ensemble d'informations simples à comprendre sur le niveau global de protection de la vie privée et des données (de Streel et Sibony, 2017, p. 35).

- Des systèmes de certification pourraient aussi informer les consommateurs des normes relatives à la vie privée à l'aide d'un code convivial, comme le propose le Contrôleur européen de la protection des données (2014).
- L'utilisation de couleurs différentes pour l'arrière-plan ou le texte est également préconisée pour les publicités en ligne, domaine dans lequel les consommateurs peuvent faire l'objet de manipulation (OCDE, 2018b).

155. La concurrence pourrait être renforcée en favorisant une prise en compte plus globale de la transparence, étant donné que les entreprises seraient incitées à se livrer concurrence sur les aspects de la qualité de la vie privée, comme la facilité avec laquelle les consommateurs peuvent contrôler leurs données<sup>60</sup>.

*Garantir que les consommateurs disposent de plusieurs choix et peuvent les utiliser*

156. L'incapacité des consommateurs à faire un choix entre plusieurs fournisseurs de produits gratuits concurrents et à passer de l'un à l'autre limite également le développement de la concurrence relative à la vie privée. Des coûts de transfert élevés peuvent par exemple faire partie d'une stratégie mise en place par les entreprises pour empêcher les consommateurs de transférer leurs données vers une plateforme concurrente. Les consommateurs peuvent en outre sous-estimer les avantages que leur apporterait le passage à une autre plateforme et ne pas étudier sérieusement les autres fournisseurs de produits gratuits possibles.

157. Le Contrôleur européen de la protection des données remarque que cet état de fait nuit à la qualité du consentement donné par les consommateurs, surtout s'il leur est proposé uniquement une offre binaire (un bien ou un service en contrepartie de la fourniture de données) et que l'entreprise prestataire domine le marché<sup>61</sup>. L'on ignore si les consommateurs accordent leur consentement au sens plein du terme lorsqu'ils acceptent les conditions contractuelles d'un fournisseur de produits gratuits en position dominante.

158. Les autorités de la concurrence et de la protection des consommateurs et des données peuvent détecter les marchés sur lesquels la capacité des consommateurs à effectuer un choix et à changer de plateforme est restreinte, et déterminer si une réforme de la réglementation ou des mesures de sensibilisation sont nécessaires. Ce processus pourrait examiner si des obstacles anticoncurrentiels s'opposent à la mise en place d'autres modèles économiques, tels que la fourniture de produits payants offrant une meilleure protection de la vie privée. Il pourrait aussi inclure les mesures décrites ci-dessous.

- **L'obligation d'appliquer une politique de consentement actif, plutôt que de refus actif, de la collecte de données**, afin d'instituer par défaut un niveau de protection de la vie privée plus élevé (Kerber, 2016, p. 862).
- **La promotion de la portabilité des données**, qui a été identifiée comme un facteur clé de la concurrence<sup>62</sup> en raison de sa capacité à diminuer les risques d'exploitation de consommateurs captifs et à attirer de nouveaux acteurs sur le marché. Dans l'UE, le Règlement général sur la protection des données a renforcé la capacité des personnes à passer d'une plateforme à l'autre en leur reconnaissant expressément le droit « de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et [...] de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle », ou « d'obtenir que

les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre, lorsque cela est techniquement possible »<sup>63</sup>. Des recommandations ont par ailleurs été formulées au plan national afin d'étudier la manière dont la portabilité des données favorise la concurrence entre les intermédiaires, tels que les outils de comparaison numériques<sup>64</sup>. Des entreprises privées ont également lancé des actions pour rendre la portabilité possible et relativement facile (Google Takeout, par exemple)<sup>65</sup>.

- **La reconnaissance des droits de propriété sur les données à caractère personnel**, comme le propose Kerber (2016), donnerait aux personnes la possibilité de véritablement choisir ou non la divulgation de leurs données et de les vendre ou d'autoriser leur utilisation directement sur le marché plutôt que par le biais de plateformes. Accorder des droits de propriété sur les données à caractère personnel soulève toutefois un certain nombre de questions qui n'ont pas encore été totalement résolues. Il se peut par exemple que la distinction entre données à caractère personnel et non personnel ne soit pas suffisamment précise.

159. Certains signes montrent que les services permettant aux consommateurs de contrôler leurs données personnelles se développent, en réponse à la plus grande sensibilisation des consommateurs à cet égard et à un possible renforcement de l'attention des autorités de réglementation. Comme nous l'avons indiqué plus haut, Google, Microsoft, Twitter et Facebook préparent un projet visant à améliorer la portabilité des données pour les consommateurs (Brandom, 2018).

160. Apparaissent également de nouvelles entreprises qui exploitent les dernières avancées technologiques, comme la blockchain. The Tide Foundation utilise par exemple une technologie qui crypte les informations personnelles des consommateurs de manière à ce que seuls ces derniers puissent y accéder (Shapiro, 2018). Une entreprise souhaitant envoyer une publicité ciblée à des consommateurs précis pourrait ainsi passer par Tide pour proposer à ces derniers de la recevoir. Les consommateurs concernés choisiraient d'accepter ou non la publicité, moyennant une rémunération. Les consommateurs et les fournisseurs de données se partageraient ainsi les sommes payées par les publicitaires, ce qui tiendrait compte de la valeur apportée par chacune des parties (les données en elles-mêmes, leur compilation et leur formatage).

## 5. Conclusion

161. Ce document explore les difficultés associées à l'analyse et à la résolution des problèmes posés par la concurrence par la qualité sur les marchés sans contrepartie financière dans le secteur numérique. La gamme croissante de produits proposés gratuitement aux consommateurs et le poids économique de ces marchés laissent penser qu'ils continueront à exiger une attention particulière de la part des autorités de la concurrence et de la protection des données et des consommateurs, ainsi que plus généralement, des responsables de l'élaboration des politiques.

162. Dans certaines juridictions, l'application du droit de la concurrence aux marchés sans contrepartie financière peut se heurter à des obstacles juridiques. Certains observateurs préconisent toutefois de considérer les interactions entre les consommateurs et les fournisseurs de produits gratuits comme une transaction, et, dans plusieurs juridictions, la jurisprudence va dans le sens de cette proposition.

163. Les aspects de la concurrence par la qualité qui concernent particulièrement les marchés sans contrepartie financière, compte tenu de leurs modèles économiques, comprennent la vie privée et la sécurité des données, le contenu publicitaire, la facilité de passage d'une plateforme à l'autre, et le choix de produits complémentaires. D'autres aspects propres à chaque marché peuvent également jouer un rôle important.

164. En l'absence de prix, l'analyse de la concurrence peut rencontrer des difficultés conceptuelles et pratiques. La question de savoir si une entreprise qui propose des produits gratuits peut réellement exercer une position dominante ou être tenue responsable d'un contenu abusif continue de faire débat. Bien que certains chercheurs proposent d'y répondre en considérant l'attention accordée à la publicité ou les données des consommateurs comme le « paiement » effectué par les consommateurs en contrepartie des services obtenus, l'utilisation des théories bien établies du préjudice pourrait s'avérer plus adaptée pour examiner ces particularités. D'autres documents préconisent de s'intéresser au segment payant des marchés, suggérant ainsi que l'absence de domination de l'entreprise sur le segment payant signifie que ses pratiques sur le segment gratuit ne devraient pas être un motif de préoccupation au titre des cadres d'analyse bien établis. On peut toutefois reprocher à ce raisonnement de ne pas tenir compte des pratiques qui tirent avantage des asymétries d'information et dégagent un profit en dégradant la qualité sur les marchés sans contrepartie financière qui présentent des effets de réseau importants.

165. Dès lors, la meilleure approche conceptuelle pourrait être de considérer la qualité comme un indicateur des termes de l'échange entre l'entreprise et le consommateur. Il convient sans doute d'éviter toute définition rigide du marché, et des éléments quantitatifs pourraient éventuellement être examinés avec attention s'ils reflètent le modèle économique des entreprises proposant des produits gratuits.

166. S'il est parfois possible de surmonter les difficultés analytiques des marchés numériques sans contrepartie financière, ces derniers soulèvent néanmoins des préoccupations plus larges et peuvent soulever des problèmes de concurrence qui ne peuvent être résolus uniquement au moyen de l'application du droit. Outre les asymétries d'information, un certain nombre de schémas comportementaux sont associés aux produits gratuits et peuvent produire des effets négatifs sur le marché. Plus généralement, des études s'inquiètent des conséquences de la gratuité des produits sur l'innovation et les incitations à la concurrence par la qualité.

167. Les autorités de la concurrence ne peuvent à elles seules résoudre ces difficultés. Aussi, une collaboration entre les autorités de protection des consommateurs, de la concurrence, de la protection des données et d'autres autorités peut s'avérer davantage nécessaire que sur d'autres marchés. Elle peut prendre la forme d'une approche coordonnée des affaires, de mesures de sensibilisation modérée pour informer les consommateurs, voire de propositions de nouvelles mesures de réglementation. La gratuité des produits proposés ne signifie donc pas que les autorités de la concurrence et celles de protection des données et des consommateurs doivent se désintéresser des marchés concernés. L'ampleur des marchés sans contrepartie financière et la diversité des préoccupations qu'ils soulèvent laissent penser qu'il reste encore beaucoup à faire.

## Notes de fin

<sup>1</sup> PriceWaterhouseCoopers (2018), « Global Top 100 companies by market capitalisation: 31 March 2018 update », <https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/assets/pdf/global-top-100-companies-2018-report.pdf>.

<sup>2</sup> Commission européenne (2017), « Fiche d'information : Questions et réponses: la réforme de la protection des données », [http://europa.eu/rapid/press-release MEMO-17-1441\\_fr.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1441_fr.htm).

<sup>3</sup> Commission européenne (2017), Decision C(2017) 4444, Case AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, 27 juillet, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf).

<sup>4</sup> Voir le projet « Vers le numérique » de l'OCDE, <http://www.oecd.org/going-digital/>.

<sup>5</sup> Commission européenne (2016), C(2016) 8404, Case M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, 6 décembre 2016, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124\\_1349\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf).

<sup>6</sup> Commission européenne (2017), Decision C(2017) 4444, Case AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, 27 juillet 2017, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf).

<sup>7</sup> Bundeskartellamt (2017), « Background information on the Facebook proceeding », [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions\\_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier\\_Facebook.pdf?blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Diskussions_Hintergrundpapiere/2017/Hintergrundpapier_Facebook.pdf?blob=publicationFile&v=6).

<sup>8</sup> Bundeskartellamt (2017), « Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive », [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html).

<sup>9</sup> Sauf si un marché unique est défini pour les deux côtés, payant et gratuit, d'une plateforme, auquel cas on pourrait considérer une augmentation faible mais significative et non transitoire des prix (SSNIP) sur le côté payant comme une hausse du prix total de la transaction. Voir OCDE, 2018 pour davantage de détails.

<sup>10</sup> La loi américaine Sherman Antitrust s'applique à quiconque se livrant à des pratiques entravant le commerce ou à une monopolisation. La loi canadienne sur la concurrence concerne toute personne qui prend part à un accord anticoncurrentiel, l'accepte ou le signe. Le droit de la concurrence de l'UE suit une approche fonctionnelle centrée sur la notion d'entreprise, définie par la jurisprudence comme une entité réalisant une activité économique.

<sup>11</sup> Selon O. Odudu, *The Boundaries of EC Competition Law - The Scope of Article 81*, Oxford University Press (2006), p. 26 et 35-36, pour qu'une entreprise réalise une activité économique au titre du droit de la concurrence européen, elle doit remplir les trois conditions suivantes : i) proposer des produits sur un marché, ii) supporter un risque économique ou financier, iii) avoir la possibilité de dégager des bénéfices de cette activité. Cette dernière condition a été ajoutée par la jurisprudence plus particulièrement pour les entités publiques.

<sup>12</sup> Commission européenne (2004), Décision C(2004)900 du 24 mars 2004, Affaire COMP/C-3/37.792 *Microsoft*, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/37792/37792\\_4177\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf).

<sup>13</sup> Commission européenne (2011), Décision C(2011)7279 du 7 octobre 2011, Affaire COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281\\_924\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf).

<sup>14</sup> Office of Fair Trading, *Motorola Mobility Holding (Google, Inc.)/Waze Mobile Limited*, ME/6167/13, 17 décembre 2013, <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk>

[/20140402225142/http://www.ofc.gov.uk/shared\\_ofc/mergers\\_ea02/2013/motorola.pdf](http://20140402225142/http://www.ofc.gov.uk/shared_ofc/mergers_ea02/2013/motorola.pdf), paragraphe 8.

<sup>15</sup> *Kinderstart.com LLC v. Google Inc.* N.D.Cal., 2007, No. C 06-2057 JF (RS), p. 4.

<sup>16</sup> Commission européenne (2011), Décision C(2011) 7279 du 7 octobre 2011, Affaire COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281\\_924\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf), paragraphe 81.

<sup>17</sup> Communiqué de la Federal Trade Commission sur l'affaire *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, 20 décembre 2007.

<sup>18</sup> Commission européenne, 3 octobre 2014, COMP/M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf), para. 164.

<sup>19</sup> Commission européenne (2011), Décision C(2011)7279 du 7 octobre 2011, Affaire COMP/M.6281 – *Microsoft/Skype*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281\\_924\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6281_924_2.pdf).

<sup>20</sup> Commission européenne (2016), Décision C(2016)8404, Affaire M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, 6 décembre 2016, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124\\_1349\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf).

<sup>21</sup> Commission européenne, Décision C(2016)8404, Affaire M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, 6 December 2016, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124\\_1349\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf), paragraphe 350.

<sup>22</sup> Communication concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (communication *De Minimis*) [2014] JO C291/01.

<sup>23</sup> Voir par exemple en UE, T-377/06, *Comap SA v European Commission*, EU:T:2011:108, paragraphe 99 ; T-587/08 *Fresh Del Monte*, EU:T:2013:129, paragraphe 549 ; T-308/94, *Cascades SA v European Commission*, EU:T:1998:90, paragraphe 230 ; C-8/08, *T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV and Vodafone Libertel NV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, EU:C:2009:343, paragraphe 39.

<sup>24</sup> *Wallace v International Business Machines Corp.*, 467 F.3d 1104 (Cour d'appel des États-Unis, 7<sup>e</sup> Circuit, 2006) à 1107.

<sup>25</sup> Commission européenne (2017), Décision C(2017) 4444, Affaire AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, 27 juillet 2017, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf), paragraphes 319-324.

<sup>26</sup> *Jefferson Parish Hospital District No. 2 v Hyde*, 466 US 2 (1984) at 12-13; *Illinois Tool Works Inc. v Independ. Ink Inc.*, 547 US 28, 45-46 (2006), cité par John M Newman, « Antitrust in Zero-price Markets: Applications », 94 *Washington University Law Review* 49, p. 97.

<sup>27</sup> *Stephen Jay Photography, Ltd. V. Olan Mills Inc.*, 903 F.2d 988 (1990) à 9 (citation du tribunal du district).

<sup>28</sup> *Lucas Indus. Inc. v. Kendiesel Inc.*, Civ. 93-4480, 1995 WL 350050, à 9 (D.N.J. 9 juin 1995), cité par John M Newman, « Antitrust in Zero-price Markets: Applications », 94 *Washington University Law Review* 49, p. 99.

<sup>29</sup> Décision de la Commission C(2004)900 du 24 mai 2004, Affaire COMP/C-3/37.792 *Microsoft*.

<sup>30</sup> Voir le paragraphe 833.

<sup>31</sup> Affaire T-201/04, *Microsoft Corp. v Commission*, ECR 2007 II-03601, EU:T:2007:289, paragraphe 969.

<sup>32</sup> Cour d'appel de Paris, *Soc. Evermaps v Google Inc.*, 12/02931, jugement du 25 novembre 2015, [http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/google\\_ca\\_25nov\\_15.pdf](http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/google_ca_25nov_15.pdf).

<sup>33</sup> Cour de justice du Royaume-Uni, *Streetmap.EU Ltd v Google Inc. & Ors* [2016] EWHC 253 (Ch) (12 février 2016), <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/253.html>.

<sup>34</sup> Voir le résumé en anglais : H. Schweitzer, J. Haucap, W. Kerber et R. Welker (2018), « Modernising the law on abuse of market power, Summary of the Report's Recommendation », [https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Studien/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen-zusammenfassung-englisch.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Studien/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen-zusammenfassung-englisch.pdf?__blob=publicationFile&v=3), p. 5.

<sup>35</sup> Section 35 (1a) de la Loi allemande sur la concurrence (GWB) et section 9(4) de la Loi autrichienne 2005 sur les cartels (KartG). Le Bundeskartellamt et le Bundeswettbewerbsbehörde ont publié une note d'orientation sur les seuils des valeurs des transactions pour la notification obligatoire préalable à la fusion. Une traduction en anglais est disponible à l'adresse : [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden\\_Transaktionsschwelle.pdf;jsessionid=4FE3CEA16AE3D102189EF28952F5BE78.1\\_cid362?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Leitfaden/Leitfaden_Transaktionsschwelle.pdf;jsessionid=4FE3CEA16AE3D102189EF28952F5BE78.1_cid362?__blob=publicationFile&v=2).

<sup>36</sup> La section 4 de la loi Clayton prévoit que « *quiconque subira un préjudice dans sa société ou son bien du fait de tout acte interdit au titre des lois antitrust peut intenter des poursuites [...] et percevra un dédommagement correspondant au triple des dommages subis, au coût des poursuites, comprenant les honoraires d'un montant raisonnable versés à un avocat* ».

<sup>37</sup> Bundeskartellamt (2017), « Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive », [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19\\_12\\_2017\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html).

<sup>38</sup> L'avis préliminaire du Contrôleur européen de la protection des données a constitué l'une des mesures novatrices prise par l'Europe en la matière. Il demandait l'intégration des droits de la protection des données et la mise en œuvre du droit de la concurrence. Contrôleur européen de la protection des données (2014), « Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives : l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique », [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26\\_competition\\_law\\_big\\_data\\_fr.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_fr.pdf). Des travaux en ce sens ont aussi été réalisés par la Commission allemande des monopoles (Monopolkommission) (2015), Competition policy: The challenge of digital markets, Special Report No. 68.

<sup>39</sup> Voir OCDE (2010), p. 32 ; R. H. Bork (1967), « The Goals of Antitrust Policy », *The American Economic Review*, vol. 57, n° 2, <https://www.jstor.org/stable/1821625> ; affaires conjointes T-213/01 et T-214/01, *Österreichische Postsparkasse AG and Bank für Arbeit und Wirtschaft AG v European Commission*, EU:T:2006:151, paragraphe 115 ; affaire C-209/10, *Post Danmark A/S v Konkurrencerådet*, EU:C:2012:172, paragraphe 20.

<sup>40</sup> Communiqué de la Federal Trade Commission sur *Google/DoubleClick*, FTC File No. 071-0170, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/418081/071220googledec-commstmt.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/418081/071220googledec-commstmt.pdf), p. 2-3.

<sup>41</sup> Commission européenne, 11 mars 2008, COMP/M.4731 - *Google/ DoubleClick*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731\\_20080311\\_20682\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m4731_20080311_20682_en.pdf), paragraphe 368.

<sup>42</sup> Commission européenne, 3 octobre 2014, COMP/M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf).

<sup>43</sup> Commission européenne, 3 octobre 2014, COMP/M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf), para. 164.

<sup>44</sup> Commission européenne, Décision C(2016)8404, Case M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, 6 décembre 2016, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124\\_1349\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf), paragraphe 350. Voir aussi, concernant les services de communication avec les consommateurs, Commission européenne, 3 octobre 2014, COMP/M.7217 - *Facebook/Whatsapp*, [http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217\\_20141003\\_20310\\_3962132\\_EN.pdf](http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf), paragraphes 87 et 102 et note de bas de page 79.

<sup>45</sup> Selon le Règlement général sur la protection des données entré en vigueur cette année en UE, les données à caractère personnel désignent « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable », et le traitement d'une activité, « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique ».

<sup>46</sup> Cette définition est fournie par la Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 304, 22.11.2011, p. 64–88.

<sup>47</sup> Dans son orientation concernant l'application de la Directive relative aux pratiques commerciales déloyales (DCPD), Document de travail des services de la Commission, Orientations concernant la mise en œuvre/l'application de la Directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales accompagnant le document « Communication de la commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Une approche globale visant à stimuler le commerce électronique transfrontière pour les citoyens et les entreprises d'Europe » SWD/2016/0163 final, la Commission européenne reconnaît « la valeur économique des informations relatives aux préférences des consommateurs, à leurs données à caractère personnel et aux autres contenus générés par les utilisateurs ». L'orientation précise également que la commercialisation de produits « à titre gratuit » ou similaires, qui sont en fait fournis en échange de ces données, peut constituer une pratique trompeuse.

<sup>48</sup> OCDE (2018), *Toolkit for Protecting Digital Consumers: A Resource for G20 Policy Makers*, <https://www.oecd.org/sti/consumer/toolkit-for-protecting-digital-consumers.pdf>, p. 65.

<sup>49</sup> OCDE (2018), « Consumer protection enforcement in a global digital marketplace », *Documents de travail de l'OCDE sur l'économie numérique*, n° 266, Éditions OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/f041e4ad-en>.

<sup>50</sup> OCDE (2006), Recommandation du Conseil relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations contre le spam, OECD/LEGAL/0344, [https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/118/118\\_fr.pdf](https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/118/118_fr.pdf).

<sup>51</sup> Contrôleur européen de la protection des données, « Avis 8/2016 - Avis du CEPD sur une application cohérente des droits fondamentaux à l'ère des données massives (Big Data) », [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23\\_bigdata\\_opinion\\_fr.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-09-23_bigdata_opinion_fr.pdf), p. 15.

<sup>52</sup> Bundeskartellamt et Autorité de la concurrence, « Competition Law and Data », 10 mai 2016, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2), p. 23.

<sup>53</sup> Bundeskartellamt, « Background Information on the Facebook proceeding », p. 2.

<sup>54</sup> OCDE (2013), « Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel », OCDE, Paris, [http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd\\_privacy\\_framework.pdf](http://www.oecd.org/sti/ieconomy/oecd_privacy_framework.pdf).

<sup>55</sup> OCDE (2015), « Recommandation du Conseil sur la gestion du risque de sécurité numérique pour la prospérité économique et sociale », OCDE, Paris, <http://www.oecd.org/fr/publications/la-gestion-du-risque-de-securite-numerique-pour-la-prosperite-economique-et-sociale-9789264246089-fr.htm>.

<sup>56</sup> OCDE (2016), « Recommandation du Conseil sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique », OCDE, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264255258-en>.

<sup>57</sup> M. Donohue, E. Ronchi and L. Bernat (2016), OECD Observer, “Bridging policy silos to boost trust online”, [http://oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/5589/Bridging\\_policy\\_silos\\_to\\_boost\\_trust\\_online.html](http://oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/5589/Bridging_policy_silos_to_boost_trust_online.html).

<sup>58</sup> Contrôleur européen de la protection des données (2014), « Vie privée et compétitivité à l’ère de la collecte de données massives : l’interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l’économie numérique », voir : [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26\\_competition\\_law\\_big\\_data\\_fr.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_fr.pdf), p. 33-36.

<sup>59</sup> Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (2016), « Consentement et protection de la vie privée - Document de discussion sur les améliorations possibles au consentement sous le régime de la Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques », [https://www.priv.gc.ca/media/1807/consent\\_201605\\_f.pdf](https://www.priv.gc.ca/media/1807/consent_201605_f.pdf), p. 12. Pour davantage d’informations sur les icônes de la vie privée, voir M. Popova (2011), « Mozilla's Privacy Icons: A Visual Language for Data Rights », <http://bigthink.com/design-for-good/mozillas-privacy-icons-a-visual-language-for-data-rights>.

<sup>60</sup> Contrôleur européen de la protection des données (2014), « Vie privée et compétitivité à l’ère de la collecte de données massives : l’interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l’économie numérique », voir : [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26\\_competition\\_law\\_big\\_data\\_fr.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_fr.pdf), p. 33.

<sup>61</sup> Contrôleur européen de la protection des données (2014), « Vie privée et compétitivité à l’ère de la collecte de données massives : l’interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l’économie numérique », voir : [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26\\_competition\\_law\\_big\\_data\\_fr.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_fr.pdf), p. 34-35.

<sup>62</sup> Voir notamment L. Zingales et G. Rolnik (2017), « A Way to Own Your Social-Media Data », *New York Times*, [https://www.nytimes.com/2017/06/30/opinion/social-data-google-facebook-europe.html?\\_r=1&mttrref=www.aei.org&gwh=9548B05E4B7FACF812B51619635EC9C1&gwt=&pay&assetType=opinion](https://www.nytimes.com/2017/06/30/opinion/social-data-google-facebook-europe.html?_r=1&mttrref=www.aei.org&gwh=9548B05E4B7FACF812B51619635EC9C1&gwt=&pay&assetType=opinion); W. Kerber (2016), « Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, n° 1, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw150>, p. 862-863 ; G. Colangelo et M. Maggolino (2018), « Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S. », *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum Working Papers*, n° 31, p. 11. Au sujet des risques associés à la portabilité des données, voir P. Swire et Y. Lagos (2013), « Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique », *Maryland Law Review*, vol. 72, n° 2, pp. 379 ff ; I. Graef (2015), « Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union », *Telecommunications Policy*, vol. 39, n° 6, <https://ssrn.com/abstract=2296906>.

<sup>63</sup> Article 20 du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement

général sur la protection des données) (« Règlement général sur la protection des données »)  
<http://data.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>.

<sup>64</sup> UK CMA (2017), « Guidance on Digital comparison tools: summary of final report », <https://www.gov.uk/government/publications/digital-comparison-tools-summary-of-final-report/digital-comparison-tools-summary-of-final-report>.

<sup>65</sup> Google Takeout est un service Google qui permet de télécharger des données enregistrées sur différentes plateformes Google (+1s, Buzz, Contacts, albums Picasa, profils Google, Gmail, Voice) sur un ordinateur. Il a été lancé en septembre 2011.

## Références

- Acquisti, A., K. Brandimarte, G. Loewenstein (2015), « Privacy and human behaviour in the age of information », *Science*, vol. 347, <http://science.sciencemag.org/content/347/6221/509>.
- Barnett, J. (2018), « The costs of free: commoditization, bundling and concentration », *Journal of Institutional Economics*, <https://doi.org/10.1017/S1744137418000012>.
- Bary, L. et F. De Bure (2017), « Disruptive Innovation and Merger Remedies: How to Predict the Unpredictable? », *Concurrences*, vol. 3, n° 1-9.
- Ben-Shahar, O. et C. E. Schneider (2011), « The failure of mandated disclosure », 159 *University of Pennsylvania Law Review*, [https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume159/issue3/BenShaharSchneider159U.Pa.L.Rev.647\(2011\).pdf](https://www.law.upenn.edu/journals/lawreview/articles/volume159/issue3/BenShaharSchneider159U.Pa.L.Rev.647(2011).pdf).
- Bork, R. H. (1967), « The Goals of Antitrust Policy », *The American Economic Review*, vol. 57, n° 2, <https://www.jstor.org/stable/1821625>.
- Botta, M. et K. Wiedemann (2018), « EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita », [http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload\\_documents/Botta%20and%20Wiedemann.pdf](http://www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/Botta%20and%20Wiedemann.pdf).
- Brandom, R. (2018), « Google, Facebook, Microsoft, and Twitter partner for ambitious new data project - An open-source collaboration for ‘the future of portability’ », <https://www.theverge.com/cdn.ampproject.org/c/s/www.theverge.com/platform/amp/2018/7/20/17589246/data-transfer-project-google-facebook-microsoft-twitter>.
- Colangelo, G. et M. Maggiolino (2018), « Data Accumulation and the Privacy-Antitrust Interface: Insights from the Facebook case for the EU and the U.S. », *Stanford-Vienna Transatlantic Technology Law Forum Working Papers*, n° 31.
- Costa-Cabral, F. et O. Lynskey (2017), « Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 1, [http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey\\_Family%20ties%20the%20intersection%20between\\_Author\\_2016\\_LSERO.pdf](http://eprints.lse.ac.uk/68470/7/Lynskey_Family%20ties%20the%20intersection%20between_Author_2016_LSERO.pdf).
- Craig, R. (2014), « Is Facebook’s WhatsApp deal a privacy disappointment? », *Data Protection Law and Policy*, vol. 11, n° 10.
- de Streel, A. et A.-L. Sibony (2017), « Towards Smarter Consumer Protection Rules for the Digital Society – Project Report », [http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/171005\\_CERRE\\_DigitalConsumerProtection\\_FinalReport.pdf](http://www.cerre.eu/sites/cerre/files/171005_CERRE_DigitalConsumerProtection_FinalReport.pdf).
- Donohue, M., E. Ronchi et L. Bernat (2016), OECD Observer, “ Bridging policy silos to boost trust online », [http://oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/5589/Bridging\\_policy\\_silos\\_to\\_boost\\_trust\\_online.html](http://oecdobserver.org/news/fullstory.php/aid/5589/Bridging_policy_silos_to_boost_trust_online.html).
- Evans, D. (2011), « The Antitrust Economics of Free », *John M. Olin Law & Economics Working Paper, University of Chicago*, n° 555, [https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=law\\_and\\_economics](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1483&context=law_and_economics).
- Ferro, M. (2015), « ‘Ceci n’est pas un marché’: Gratuïté et concurrence », *Revue de Droits de la Concurrence/Competition Law Journal*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2493236](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493236).

- Gabaix, X. et D. Laibson (2005), « Shrouded Attributes, Consumer Myopia, and Information Suppression in Competitive Markets », <http://www.econ.yale.edu/~shiller/behmacro/2003-11/gabaix-laibson.pdf>
- Graef, I. (2015), « Mandating Portability and Interoperability in Online Social Networks: Regulatory and Competition Law Issues in the European Union », *Telecommunications Policy*, vol. 39, n° 6, <https://ssrn.com/abstract=2296906>.
- Gross, R. et A. Acquisti (2005), « Information Revelation and Privacy in Online Social Networks », *Workshop on Privacy in the Electronic Society*, <https://dataprivacylab.org/projects/facebook/facebook1.pdf>.
- Gürkaynak, G., A. Güner et A. Gizem Yaşar (2015), « Competition law and personal data crossing in digital markets », in *Liber Amicorum I. S. Forrester*, vol. II.
- Helberger, N., F. Zuiderveen Borgesius et A. Reyna (2017), « The Perfect Match? A closer look at the relationship between EU consumer law and data protection law », *Common Market Law Review*, vol. 54, n° 5.
- Kerber, W. (2016), « Digital markets, data, and privacy: competition law, consumer law and data protection », *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 11, n° 1, <https://doi.org/10.1093/jiplp/jpw150>.
- Kokolakis, S. (2017), « Privacy attitudes and privacy behaviour: A review of current research on the privacy paradox phenomenon », *Computers & Security*, vol. 64, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404815001017>.
- Kovacic, W. E. et D. A. Hyman (2013), Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Dive or Conquer?, [http://scholarship.law.gwu.edu/faculty\\_publications/631](http://scholarship.law.gwu.edu/faculty_publications/631).
- Kummer, M. et P. Schulte (2016), « When Private Information Settles the Bill: Money and Privacy in Google's Market for Smartphone Applications », *Centre for European Economic Research*, Discussion Paper n° 16-031, <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp16031.pdf>.
- McDonald, A. M. et L. F. Cranor (2008), « The Cost of Reading Privacy Policies », *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 4, n° 3, [https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/72839/ISJLP\\_V4N3\\_543.pdf](https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/72839/ISJLP_V4N3_543.pdf).
- Newman, J. (2017), « The Myth of Free », *George Washington Law Review*, vol. 86, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2827277](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2827277).
- Newman, J. (2016), « Antitrust in Zero-price Markets: Applications », *Washington University Law Review*, vol. 94, n° 1, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2681304](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2681304).
- Newman, J. (2015), « Antitrust in Zero-price Markets: Foundations », *University of Pennsylvania Law Review*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2474874](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2474874).
- Norman, G. et al (2016), « Competition and consumer data: The good, the bad, and the ugly », *Research in Economics*, vol. 70, n° 4, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1090944316301752>.
- Obar, J. et A. Oeldorf-Hirsch (2018), « The Biggest Lie on the Internet: Ignoring the Privacy Policies and Terms of Service Policies of Social Networking Services », *The 44th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2757465>.
- Odudu, O. (2006), *The Boundaries of EC Competition Law - The Scope of Article 81*, Oxford University Press.
- OCDE (à paraître), *Online Advertising: Trends, Benefits and Risks for Consumers*.

- OCDE (2018b), « Summary of Roundtable on Advertising », *Les tables rondes sur la politique de la concurrence*, [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP\(2018\)12/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP(2018)12/FINAL&docLanguage=En).
- OCDE (2018a), « Consumer-facing remedies », *Les tables rondes sur la politique de la concurrence*, <http://www.oecd.org/competition/consumer-facing-remedies.htm>.
- OCDE (2018), « Non-price effects of mergers », *Les tables rondes sur la politique de la concurrence*, <http://www.oecd.org/daf/competition/non-price-effects-of-mergers.htm>.
- OCDE (2017c), « Safe harbours and legal presumptions in competition law », *Les tables rondes sur la politique de la concurrence*, <http://www.oecd.org/daf/competition/safe-harbours-and-legal-presumptions-in-competition-law.htm>.
- OCDE (2017b), *Perspectives de l'économie numérique de l'OCDE 2017*, <https://doi.org/10.1787/9789264282483-fr>.
- OCDE (2017a), « Problèmes de concurrence sur les marchés de l'après-vente », *Les tables rondes sur la politique de la concurrence*, <http://www.oecd.org/fr/concurrence/rethinking-antitrust-enforcement-tools-in-multi-sided-markets.htm>.
- OCDE (2017), « Rethinking the use of traditional antitrust enforcement tools in multi-sided markets », *Competition Committee Hearing*, <http://www.oecd.org/fr/concurrence/rethinking-antitrust-enforcement-tools-in-multi-sided-markets.htm>.
- OCDE (2016a), « Données massives : Adapter la politique de la concurrence à l'ère du numérique », OCDE, Paris, <http://www.oecd.org/fr/concurrence/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>.
- OCDE (2016), « Recommandation du Conseil sur la protection du consommateur dans le contexte du commerce électronique », <https://www.oecd.org/fr/internet/consommateurs/ECommerce-Recommendation-2016-FR.pdf>.
- OCDE (2015), « Audition sur les innovations de rupture : Note de réflexion du Secrétariat », OCDE, Paris, [DAF/COMP\(2015\)3](http://www.oecd.org/daf/COMP(2015)3)
- OCDE (2013a), « The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis », *Les tables rondes sur la politique de la concurrence*, <http://www.oecd.org/daf/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>.
- OCDE (2013), « Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value », *Documents de travail de l'OCDE sur l'économie numérique*, n° 220, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en>.
- OCDE (2010), *Guide pour le développement des politiques de consommation*, Éditions OCDE, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264079687-fr>.
- Ohlhausen, M. K. et A. P. Okuliar (2015), « Competition, Consumer Protection and the Right [Approach] to Privacy », *Antitrust Law Journal*, vol. 80, n° 1, [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/686541/ohlhausenokuliaralj.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/686541/ohlhausenokuliaralj.pdf).
- Prat, A. et T. Valletti (2018), « Attention Oligopoly », [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3197930](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3197930).
- Ratliff, J. et D. Rubinfeld (2014), « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability? », *Journal of Competition Law and Economics*, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2473210](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2473210).

- Rubinfeld, D. et M. Gal (2016), « The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement », *Antitrust Law Journal*, vol. 80, n° 401, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2529425](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529425).
- Rubinstein, I. S. (2013), « Big Data: The End of Privacy or a New Beginning », *International Data Privacy Law*, vol. 3, n° 2, <https://ssrn.com/abstract=2157659>.
- Savage, S. et D. Waldman (2015), « Privacy tradeoffs in smartphone applications », *Economics Letters*, vol. 137, <https://ideas.repec.org/a/eee/eolet/v137y2015icp171-175.html>.
- Schweitzer, H. et al. (2018), « Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) Projekt Nr. 66/17 », <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen.html>.
- Shampan'er, K. et D. Ariely (2016), « How Small is Zero-price? The True Value of Free Products », *Federal Reserve Bank of Boston Working Papers*, n° 06-16, <https://www.bostonfed.org/-/media/Documents/Workingpapers/PDF/wp0616.pdf>.
- Shapiro, J. (2018), « Tide Foundation pitches blockchain solution to digital advertising privacy woes », *Financial Review*, <https://www.afr.com/business/media-and-marketing/advertising/the-tide-turns-the-elegant-blockchain-solution-to-20180822-h14cmm>.
- Stucke, M. et A. Ezrachi (2016), « When competition fails to optimize quality: A look at search engines », *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 18, n° 70, <https://pdfs.semanticscholar.org/1740/e4e7e18381eeb1d379d59c87745aafa235ea.pdf>.
- Stucke, M. et P. Grunes (2015), « Debunking the Myths Over Big Data and Antitrust », *CPI Antitrust Chronicle*, <http://ssrn.com/abstract=2612562>.
- Swire, P. et Y. Lagos (2013), « Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique », *Maryland Law Review*, vol. 72, n° 2.
- Tucker, C. (2012), « The economics of advertising and privacy », *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, n° 3, <https://dspace.mit.edu/handle/1721.1/99168>.
- Turow, J. et al. (2009), « Americans Reject Tailored Advertising and Three Activities that Enable It », *University of Pennsylvania Annenberg School for Communications Departmental Papers*, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1478214>.
- Waehrer, K. (2016), « Online services and the analysis of competitive merger effects in privacy protections and other quality dimensions », [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2701927](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701927).
- Zingales, L. et G. Rolnik (2017), « A Way to Own Your Social-Media Data », *New York Times*, [https://www.nytimes.com/2017/06/30/opinion/social-data-google-facebook-europe.html?\\_r=1&mtref=www.aei.org&gwh=9548B05E4B7FACF812B51619635EC9C1&gwt=pay&assetType=opinion/](https://www.nytimes.com/2017/06/30/opinion/social-data-google-facebook-europe.html?_r=1&mtref=www.aei.org&gwh=9548B05E4B7FACF812B51619635EC9C1&gwt=pay&assetType=opinion/).