

Français - Or. Anglais

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE**

Compte rendu de la discussion - Audience sur les données massives

Annexe au compte rendu succinct de la 126^{ème} réunion du Comité de la Concurrence tenue les 29 et 30 novembre 2016

Le présent document rédigé par le Secrétariat de l'OCDE est un compte rendu détaillé de la discussion tenue lors de la 126^e réunion du Comité de la concurrence qui a eu lieu les 29 et 30 novembre 2016.

On trouvera d'autres documents relatifs à ces débats à l'adresse suivante :

www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm

Contact : M. Antonio Capobianco, Expert de la concurrence de haut niveau
Courriel : Antonio.Capobianco@oecd.org.

JT03415557

RÉSUMÉ DES DÉBATS TENUS LORS DE LA RÉUNION DE L'AUDIENCE SUR LES DONNÉES MASSIVES

Rédigé par le Secrétariat

Le Comité de la concurrence tient une audience sur les données massives l'après-midi du 29 novembre 2016 sous la présidence de M. Frédéric Jenny. Cette discussion se fonde sur la note de référence intitulée *Données massives : adapter la politique à la concurrence à l'ère du numérique*, rédigée par le Secrétariat de l'OCDE avec le concours de M. Maurice Stucke. Les débats sont alimentés par les exposés présentés par un groupe d'experts issus des milieux universitaires, du secteur privé et d'organismes publics :

- **M. Maurice Stucke** (Professeur de droit au College of Law de l'Université du Tennessee et cofondateur de Konkurrenz Group)
- **M. Hal Varian** (Économiste en chef chez Google et Professeur à la Berkeley School of Information)
- **M. Geoffrey Manne** (Directeur exécutif de l'International Centre for Law and Economics et membre du Comité consultatif en matière de consommation de FCC)
- **Mme Annabelle Gawer** (Professeure d'économie numérique à l'Université de Surrey)
- **M. Alec Burnside** (Associé gérant chez Cadwalader)

L'audience sur les données massives vise à identifier certains des problèmes de concurrence découlant de l'utilisation grandissante des données des consommateurs à des fins commerciales, et à examiner les réactions possibles des autorités de la concurrence et d'autres organismes. Le président ouvre la table ronde en présentant les experts et organise la séance en trois parties consacrées respectivement à : l'impact des données massives sur l'innovation et le pouvoir de marché ; les conséquences des données massives sur l'application du droit de la concurrence ; et, abordée plus brièvement, la question de savoir si d'autres réglementations doivent être appliquées voire se substituer au rôle de la politique de la concurrence.

1. Impact des données massives sur l'innovation et le pouvoir de marché

Après avoir présenté l'économie des plateformes, Mme **Annabelle Gawer** explique que, si le concept de données massives est nouveau, il n'en va pas forcément de même pour tous les problèmes de concurrence qu'elles soulèvent. Les plateformes classiques confrontées à des coûts fixes élevés et servant d'interface entre de multiples produits tirent parti des économies d'échelle et de gamme. De même, les marchés multi-faces qui existaient déjà avant la révolution numérique ont généré des effets de réseau. On croit également à tort que ces effets de réseau aboutissent nécessairement à des marchés se caractérisant par une dynamique du « tout au gagnant », or il existe de nombreux exemples de marchés n'ayant pas été monopolisés.

Cependant, contrairement aux marchés classiques reposant sur de simples transactions monétaires entre les consommateurs et les fournisseurs, les données massives ont brouillé la frontière entre les activités des agents intervenant du côté de la demande et ceux intervenant du côté de l'offre, de sorte que les utilisateurs d'un service en ligne se comportent simultanément comme des consommateurs de services et des fournisseurs de

données. Ces données peuvent, quant à elles, être instantanément consommées par des entreprises en ligne afin d'améliorer la qualité des services, créant ainsi un cercle vertueux en temps réel sans précédent.

La parole est ensuite donnée à **M. Hal Varian**. Selon lui, les données ne constituent pas nécessairement une barrière à l'entrée car, quel qu'en soit le volume, il est aujourd'hui très peu coûteux de les collecter, les petites entreprises peuvent les générer très aisément par le biais de multiples mécanismes (caisses aux points de ventes, connexions Internet, capteurs, etc.), et la rentabilité de ces données est décroissante par rapport au nombre d'observations.

En outre, les « cercles vertueux du nombre d'utilisateurs » s'apparentent au phénomène dit d'« apprentissage par la pratique », que l'on retrouve du côté de l'offre dans presque tous les secteurs. Les données sont d'une manière générale inutiles, à moins qu'en les analysant, il n'en découle des connaissances et des actions, ce qui exige de lourds investissements afin d'acquérir des actifs complémentaires tels que le matériel, les logiciels et les compétences spécialisées. Grâce à l'informatique en nuage et aux outils en accès libre, certains des coûts fixes liés à ces investissements sont devenus variables, permettant ainsi aux petites entreprises d'entrer sur le marché plus aisément. De ce fait, les données n'ont pas de valeur en soi ; le succès commercial dépend davantage de la capacité des entreprises de haute technologie à développer de nouveaux algorithmes prédictifs, à intégrer dans l'analyse de nouvelles variables exogènes et à attirer la main-d'œuvre possédant les compétences spécialisées requises.

Enfin, M. Varian note que, sur les marchés numériques, on observe que les entreprises en place se livrent généralement concurrence sur plusieurs produits et que les nouveaux entrants, qui apportent constamment de nouvelles idées, exercent une pression concurrentielle dynamique.

2. Implications pour l'application du droit de la concurrence

Dans la deuxième partie, consacrée à l'application du droit de la concurrence, **M. Maurice Stucke** fait remarquer que l'un des objectifs de la réunion est d'examiner si les forces du marché fourniront toujours aux consommateurs des mécanismes de protection de leur vie privée. Alors que les forces du marché favorisent l'émergence d'un nombre croissant de produits et services gratuits, les consommateurs ont le sentiment d'avoir perdu le contrôle de leurs propres données. Les effets de réseau créés par ces données, telles que les atteintes à la vie privée des consommateurs (résultant, par exemple, de la collecte de données sensibles ou de l'utilisation des données d'une façon contraire aux souhaits des consommateurs), peuvent permettre aux entreprises d'exercer un pouvoir de marché en se livrant à une concurrence par la qualité. Ces effets de réseau ne sont ni bons ni mauvais en soi, car ils peuvent également améliorer la qualité des produits, mais il convient tout de même d'en tenir compte lors de toute analyse de la concurrence. Les entreprises en position dominante étant en mesure d'affaiblir la protection de la vie privée et de l'amener à des niveaux bien inférieurs à ce que souhaiteraient de nombreux consommateurs, on ne peut tenir pour acquis que les marchés en ligne se corrigeront d'eux-mêmes sur ce point. Toutefois, pour les autorités de la concurrence, il va de plus en plus de soi que la protection de la vie privée peut être l'un des paramètres de la concurrence par la qualité.

Par ailleurs, la question se pose de savoir si les autorités de la concurrence possèdent les moyens d'action nécessaires pour évaluer les implications des données massives sur la concurrence. Malheureusement, la plupart des outils dont elles disposent, tel que le critère de l'augmentation limitée mais significative et non transitoire des prix (test SSNIP), se concentrent sur les effets de prix, et il n'existe pas encore d'outils d'analyse sophistiqués permettant d'accéder à d'autres paramètres. Les participants à une précédente table ronde de l'OCDE ont proposé d'autres outils, tels que le critère de la baisse limitée mais significative et non transitoire de la qualité (test SSNDQ), mais ils demeurent difficiles à mettre en œuvre faute de bons indicateurs de la qualité. M. Stucke conclut sa présentation en formulant quelques recommandations à l'intention des autorités de la concurrence. Il les invite notamment à identifier les points d'intersection entre la protection de la vie privée et la politique de la concurrence, à renforcer la coopération entre elles, à mettre au point de nouveaux outils leur permettant de mesurer les effets de la qualité et à s'attaquer aux pratiques d'exclusion liées aux données massives. Une autre difficulté tient au fait que les fusions motivées par l'acquisition de données peuvent défier les catégories classiques du droit de la concurrence (horizontales, verticales ou conglomérats).

À l'inverse de M. Stucke, **M. Geoffrey Manne** fait valoir que le droit de la concurrence ne se prête guère à la promotion du droit au respect de la vie privée, qui devrait relever de la politique de protection des consommateurs. En effet, les entreprises n'ont pas besoin de détenir un pouvoir de marché pour porter atteinte à ce droit et, quand bien même elles le font, il faudrait tout de même démontrer que cette pratique constitue en soi un abus de position dominante.

En outre, les caractéristiques d'un produit ne sont pas toutes nécessairement utiles aux fins d'une analyse de la concurrence. En dépit des affirmations selon lesquelles les consommateurs accordent de la valeur au respect de leur vie privée, les faits montrent qu'ils sont généralement prêts à divulguer des informations sensibles en contrepartie d'un petit avantage, ce qui semble indiquer que la vie privée a une valeur inférieure à que ce l'on estime généralement. Par conséquent, l'intégration de ce paramètre dans le droit de la concurrence risque de rendre l'application de celui-ci plus subjective, dans la mesure où il est intrinsèquement difficile de mesurer si les consommateurs sont disposés à payer pour le respect de leur vie privée et où, tôt ou tard, la prise en compte de cet aspect pourrait empêcher les entreprises d'utiliser ces données pour améliorer effectivement la qualité de leurs produits.

Enfin, pour dissiper la crainte fréquente que les données puissent être utilisées pour créer un monopole dans un secteur, M. Manne appuie les propos de M. Varian selon lequel la collecte de ces données est peu coûteuse et qu'elle peut s'effectuer à partir de nombreuses sources différentes, notamment en raison de la taille considérable du secteur des courtiers en données.

Dans son intervention, **M. Alec Burnside**, le dernier expert à s'exprimer, va dans le même sens que M. Stucke en ce qui concerne le lien entre la politique de la concurrence et le respect de la vie privée, tout en reconnaissant que, dans de nombreux cas, les atteintes à la vie privée ne devraient pas susciter de préoccupations du point de vue de la concurrence (par exemple, si elles sont le fait d'une petite entreprise intervenant dans un marché concurrentiel). Cependant, il est possible que la législation sur le respect de la vie privée ne suffise pas à elle seule, dans la mesure où, sur les marchés numériques, le principe fondamental d'utilisation exclusive des données aux fins consenties par le consommateur (la personne concernée) est constamment mis à mal.

Enfin, M. Burnside note qu'il importe d'assurer la cohérence entre la politique de la concurrence et la protection des consommateurs, mentionnant les récents travaux du Contrôleur européen de la protection des données à ce sujet.

À ce stade, le président donne la parole aux délégués dont les pays ont déjà été confrontés à certains des problèmes évoqués par les experts, en commençant par le représentant du BIAC, puis l'Allemagne, la France, l'Union européenne et les États-Unis.

Le BIAC donne la parole à Chris Meyers, Conseiller juridique associé pour la concurrence chez Microsoft, qui appuie les propos de M. Varian concernant le fait que les données sont abondantes et n'ont de valeur que si elles sont convenablement structurées et classées. Il présente ensuite le point de vue de Microsoft selon lequel nombre d'outils dont disposent les autorités de la concurrence, de grilles d'analyse et de théories du préjudice peuvent être appliqués à l'analyse des fusions motivées par l'acquisition de données et aux pratiques unilatérales, tout en reconnaissant qu'il importe de tenir compte des particularités des données.

Le BIAC ajoute trois autres points. Tout d'abord, du fait des nombreux avantages qu'elles génèrent pour les consommateurs, les données massives ne causent pas systématiquement de préjudice, et ne doivent donc pas en soi faire l'objet d'un traitement particulier. Ensuite, quels que soient les effets de réseau ou les cercles vertueux susceptibles d'aboutir à la constitution d'une position dominante, aucune intervention des autorités de la concurrence n'est justifiée s'agissant des données massives en l'absence de tout comportement d'exclusion anticoncurrentiel. Enfin, le BIAC fait valoir que l'effet de la collecte et de la diffusion de données sur des paramètres non conventionnels de la concurrence, tel que le respect de la vie privée, doit être dissocié du droit de la concurrence et qu'il relève d'autres organismes publics possédant des compétences spécialisées dans ce domaine.

L'**Allemagne** présente l'expérience du Bundeskartellamt dans le domaine de l'analyse de l'économie numérique, et mentionne les articles consacrés par cet organisme aux plateformes et l'étude relatives aux données massives qu'il a menée avec l'Autorité de la concurrence française, ainsi que certains de ses travaux préparatoires. Dans les affaires de concurrence, les données peuvent être un paramètre important pour évaluer le pouvoir de marché. Les effets de réseau étant susceptibles d'aboutir à des situations dites de « tout au gagnant », les organismes doivent adapter les théories du préjudice aux évolutions du secteur. Dans le cadre d'une enquête en cours, le Bundeskartellamt a ainsi considéré que les données constituaient un facteur potentiel de pouvoir de marché dans l'évaluation qu'il a réalisée sur une entreprise en position dominante, et examine actuellement si les conventions de services qui réduisent la protection des données pourraient constituer une forme d'exploitation abusive. Enfin, les autorités de la concurrence ont déjà commencé à se pencher sur la question des données personnelles, mais de nouvelles difficultés pourraient surgir dans l'avenir, car des données indispensables commencent à être produites et échangées par des machines.

L'intervention de la **France** met l'accent sur deux points concernant le rôle des données sur la concurrence. D'une part, la collecte des données des consommateurs a donné un prix à l'utilisation de plateformes en ligne qui étaient autrefois gratuites. Ainsi, de la même manière que les fusions sont évaluées en fonction de leurs effets potentiels sur les prix, l'analyse des fusions devrait également tenir compte du risque de transferts accrus de données. Pour cela, des facteurs classiques doivent être pris en compte, tels que l'existence ou non d'entrants potentiels exerçant une pression concurrentielle et le fait que les entreprises se livrent ou non effectivement concurrence sur les dimensions du

respect de la vie privée ou de la confidentialité des données. D'autre part, les données massives modifient la nature de la concurrence entre les opérateurs numériques, en verrouillant les marchés au profit des fournisseurs qui contrôlent les données personnelles. Elles accroissent ainsi les coûts de transfert de prestataire et créent des barrières à l'entrée. Les autorités de la concurrence devraient donc soigneusement examiner au cas par cas dans quelle mesure les résultats des entreprises dépendent de leur capacité à collecter des données ; évaluer le degré de substituabilité entre différents ensembles de données ; et déterminer le volume de données nécessaire à un nouvel entrant pour livrer concurrence aux acteurs établis.

Après avoir noté que le débat sur les données massives a été extrêmement général s'agissant des potentielles théories du préjudice, la **Commission européenne** souligne deux préoccupations essentielles concernant les implications qu'ont les données pour l'application du droit de la concurrence. D'une part, les entreprises en ligne ne procurent pas le niveau de respect de la vie privée souhaité par les consommateurs. Sur ce point, la protection des données comme mesure de la qualité peut potentiellement être un aspect important de la politique de la concurrence, mais elle n'importe pas nécessairement à tous les consommateurs. En dépit des préoccupations courantes que nombre de questions liées données personnelles soulèvent sur les marchés sans contrepartie financière, ces marchés ont été traités dans de nombreux affaires par le droit européen de la protection des données, le droit européen de la protection des consommateurs et le droit européen de la concurrence. D'autre part, certains fournisseurs de services en ligne collectent un grand volume de données afin d'améliorer leurs produits, accumulant un avantage insurmontable sur leurs concurrents. Dans ce cas, la Commission européenne propose de considérer ces données comme tout autre intrant. Par exemple, en cas de fusion verticale, il faudrait tenir compte des risques de verrouillage, tandis qu'en cas de pratiques d'exclusion abusive, il conviendrait de d'étudier soigneusement les mesures correctives telles que l'obligation de partager les données. Mais, avant toute intervention de ce type, il est essentiel de déterminer si les données sont un élément clé du succès du produit, si elles sont reproductibles ou disponibles auprès d'autres sources, et à quelle vitesse elles deviennent obsolètes.

La Federal Trade Commission (FTC) des **États-Unis** évoque certaines des raisons expliquant le grand intérêt porté par les spécialistes de la concurrence aux données massives. Les entreprises rassemblent des données depuis longtemps, mais elles collectent de plus en plus un grand volume d'informations privées auprès des consommateurs grâce au pistage multi-appareils, en partie permis par l'essor de l'Internet, des objets, de l'intelligence artificielle et de la réalité virtuelle. En outre, les outils modernes d'analyse des données confèrent aux entreprises un pouvoir considérable de déduction et de prédiction. En ce qui concerne les implications pour les autorités de la concurrence, il est essentiel d'analyser si les données accroissent le pouvoir de marché. Par exemple, au cours d'une ancienne enquête sur une notification de fusion, la FTC a analysé si la conjugaison des bases de données des deux parties renforcerait le pouvoir de marché de l'entité fusionnée. Il va de soi, pour elle aussi, que les effets sur le respect de la vie privée peuvent être un sujet de préoccupation, étant toutefois entendu qu'à moins que des éléments ne prouvent que la concurrence s'exerce sur cette dimension, ces inquiétudes doivent être traitées par une autorité chargée de la protection des données. En d'autres termes, s'il est important de comprendre comment les entreprises utilisent les données massives et d'envisager de nouvelles théories du préjudice, toute mesure prise par les autorités de la concurrence doit être justifiée par l'existence d'une atteinte au jeu de la concurrence.

3. Règlementation des données et politique de la concurrence

Le président lance la troisième partie de la table ronde afin d'examiner si et comment on pourrait faire appel à une réglementation des données, à la place ou en complément de l'application du droit de la concurrence, pour traiter certaines des préoccupations recensées précédemment. Il donne la parole au Contrôleur européen de la protection des données, puis au Royaume-Uni.

Le représentant du Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) de l'**Union européenne** souligne que l'exercice d'un pouvoir de marché allié à l'analyse des informations et données personnelles peut porter atteinte aux droits fondamentaux, non seulement en matière de respect de la vie privée, mais aussi de libre choix des consommateurs, de liberté d'expression et de non-discrimination. Il partage l'avis que le droit de la concurrence n'a pas vocation à traiter des atteintes à la vie privée et de la protection des données, mais reconnaît que, dans certaines limites, l'application du droit de la concurrence pourrait palier certaines défaillances des marchés numériques. En particulier, dans le cadre du contrôle des fusions et des affaires d'abus de position dominante, les autorités de la concurrence peuvent examiner d'autres dimensions de la concurrence tels que le choix, la qualité et l'innovation, et envisager des théories du préjudice tenant compte l'utilisation du pistage discret et de la collecte massive de données personnelles dans le but d'exclure des concurrents. Le Contrôleur européen de la protection des données a également évoqué dans un article récemment publié le fait que l'application du droit de la concurrence et le respect de la vie privée ont des objectifs très similaires, que l'instauration d'une coopération et d'un dialogue étroit entre les différents organismes permettrait d'atteindre plus efficacement. Les nouvelles règles de protection des données se rapportant à la portabilité sont un autre exemple de réglementation qui pourrait renforcer à la fois la concurrence et la protection de la vie privée. Le Contrôleur européen de la protection des données a par conséquent été en contact avec un certain nombre d'organismes réglementaires de divers pays, afin de promouvoir le partage d'informations et la coopération pour les décisions relatives à l'application du droit.

Après avoir reconnu les avantages de l'économie des données pour les entreprises et les consommateurs, le **Royaume-Uni** dit craindre que les entreprises puissent être moins incitées à la transparence en l'absence d'une certaine forme de parade réglementaire, et que la défiance des consommateurs ne finisse par nuire au fonctionnement des marchés numériques. Dans ce contexte, la Competition and Market Authority a lancé un appel à information sur l'utilisation commerciale des données des consommateurs et analysé la structure de certaines réglementations relatives aux marchés en ligne. Il semble, en particulier, que l'on pourrait améliorer le cadre réglementaire applicable aux témoins de connexion (*cookies*) en ligne (actuellement régis par la directive européenne de 2003), car les consommateurs rencontrent encore des difficultés considérables pour les refuser ou les supprimer.

4. Observations finales

Le président se tourne à nouveau vers les experts invités, en les priant de formuler leurs observations finales.

Dans son intervention finale, **M. Hal Varian** évoque le sujet du niveau élevé de protection des données et de sécurité proposé par certaines entreprises en ligne, du fait de

toutes les questions sensibles de tous types que les consommateurs sont prêts à poser dans les moteurs de recherche par rapport aux informations qu'ils seraient disposés à révéler ailleurs.

M. Alec Burnside fait valoir que le fait que les consommateurs révèlent souvent des informations sensibles en ligne laisse penser que la plupart des gens n'ont pas pleinement conscience des informations privées qu'ils dévoilent. Par ailleurs, même les consommateurs qui prennent des mesures pour protéger leur vie privée peuvent tout de même être pistés en ligne.

Mme Annabelle Gawer évoque la grande valeur économique qui a été créée par les nouveaux modèles économiques de l'économie numérique, en prévenant toutefois qu'il importe d'adapter les règles et la gouvernance afin de mieux tirer parti des nouvelles technologies et de promouvoir les intérêts collectifs.

M. Geoffrey Manne fait observer qu'il reste encore beaucoup à apprendre dans ce domaine et qu'il est donc important de mener des travaux plus approfondis avant d'introduire de nouvelles théories du préjudice ou de modifier les principes de l'application du droit de la concurrence.

M. Maurice Stucke fait valoir que la politique de la concurrence peut jouer un rôle important pour lutter contre les risques anticoncurrentiels posés par les données massives, qui sont devenus trop importants pour qu'on les ignore. Un autre sujet important, qui n'a pas été abordé pendant la réunion de concertation, tient à la façon dont les algorithmes et les données massives permettent aux entreprises de mettre en œuvre de nouveaux modes de collusion.

Le président conclut que les préoccupations actuelles concernant les données massives ne sont pas une lubie passagère, et a précisé deux moyens fondamentaux d'intégrer la question des données massives à l'application du droit de la concurrence : en traitant les données comme un actif ou un intrant permettant l'exercice de pratiques anticoncurrentielles, ou, sous l'angle de la qualité, en tant qu'aspect de la concurrence qui accroît la personnalisation mais porte atteinte à la vie privée. S'il ressort des débats qu'il peut suffire d'adapter les outils existants pour traiter les données massives comme un actif, d'autres travaux doivent en revanche être menés pour intégrer les données dans le cadre de l'analyse de la concurrence comme un paramètre de qualité ou de performance. Le président propose de consacrer de futurs travaux à l'analyse des effets de verrouillage et souligne l'importance de la coopération entre les autorités de la concurrence et les autres organismes chargés de la protection des consommateurs, afin de réduire tout risque systémique de perte de confiance qui pourrait nuire au fonctionnement des marchés numériques.

Avant de clore la séance, le président donne la parole au Secrétariat de l'OCDE de la **Direction de la science, de la technologie et de l'innovation (DSTI)**, afin de présenter le projet horizontal de l'OCDE intitulé « Penser numérique : pour une transformation au service de la croissance et du bien-être ».

La DSTI présente le projet qu'elle coordonne actuellement en partenariat avec huit autres directions principales ainsi qu'avec SGE/NAEC et SGE/Strategic Foresight. Il comprend 14 comités clés, dont le Comité de la concurrence. Ce projet, qui vise à fournir aux décideurs les outils dont ils ont besoin pour aider leurs économies à prospérer, repose sur trois grands piliers. Le premier a pour objet d'établir un cadre d'action intégré, avec la participation de tous ces comités, afin de mettre la transformation numérique au service de la croissance et du bien-être. Le deuxième pilier est axé sur l'analyse des domaines

d'intervention spécifiques, notamment la politique de la concurrence, en s'appuyant sur les travaux effectués dans le cadre des comités. Enfin, le troisième s'intéresse aux questions de fond, donnant matière à réflexion, qui recourent plusieurs domaines d'intervention, en adoptant une approche pluridisciplinaire. La DSTI insiste sur l'importance de la participation et des retours d'information du Comité de la concurrence dans le cadre de ce processus.