

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

Synthèse de la table ronde sur la portabilité des données, l'interopérabilité et la concurrence

Annexe au compte rendu succinct de la 135e réunion du Comité de la concurrence

9 juin 2021

Cette synthèse établie par le Secrétariat de l'OCDE présente les principales conclusions de la table ronde sur la portabilité des données, l'interopérabilité et la concurrence, organisée par le Comité de la concurrence le 9 juin 2021.

D'autres documents relatifs à cette discussion sont disponibles à l'adresse :

<https://www.oecd.org/daf/competition/data-portability-interopability-and-competition.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio CAPOBIANCO.
Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org

JT03494301

Synthèse de la table ronde sur la portabilité des données, l'interopérabilité et la concurrence

Par le Secrétariat

Le 9 juin 2021, le Comité de la concurrence de l'OCDE a organisé une table ronde sur la portabilité des données, l'interopérabilité et la concurrence. Le président et les délégués du Groupe de travail de l'OCDE sur la gouvernance des données et la vie privée dans l'économie numérique y ont participé. La note de référence établie par le Secrétariat de l'OCDE, les contributions écrites, ainsi que les débats tenus par les délégués et les experts, ont fait ressortir les points suivants :

1. Les mesures visant la portabilité des données et l'interopérabilité peuvent avoir plusieurs objectifs, dont le renforcement du pouvoir des consommateurs et la promotion de la concurrence.

La « portabilité des données » renvoie à la capacité des utilisateurs à demander qu'un responsable du traitement des données leur transmette, ou transmette à un tiers, les données les concernant, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par la machine. L'interopérabilité désigne la capacité de différents services numériques à travailler ensemble et à communiquer entre eux. L'interopérabilité est au cœur de bon nombre d'écosystèmes numériques modernes.

Du point de vue de la concurrence, ces mesures sont censées apporter des réponses à des préoccupations très diverses concernant la dynamique de la concurrence dans les marchés numériques : le verrouillage des consommateurs lié aux effets de réseau, le risque d'effet de levier associé aux modèles économiques reposant sur l'intégration verticale ou conglomérale, les préoccupations liées à la demande comme le risque d'inertie des consommateurs et le fait que les boucles de rétroaction des données puissent réduire la contestabilité des marchés. Elles peuvent aussi avoir pour but d'utiliser les technologies numériques pour promouvoir la concurrence dans d'autres secteurs, comme le secteur bancaire.

Fondamentalement, les mesures de portabilité des données visant à promouvoir la concurrence cherchent à réduire les frais de changement de fournisseur pour les utilisateurs et à réduire les frictions liées à l'essai de nouveaux services. Ce faisant, elles pourraient également stimuler la concurrence en permettant aux nouveaux entrants d'attirer plus facilement des utilisateurs et, potentiellement, réduire les barrières à l'entrée liées à l'accès aux données (sur les marchés où les données au niveau individuel ont une grande valeur). Un flux de données pouvant avoir plusieurs usages, la portabilité des données pourrait en outre promouvoir la concurrence au-delà des marchés où les données ont initialement été collectées. À moyen et long terme, ce processus pourrait même aboutir à ce que des entreprises se créent à l'extérieur d'un marché et finissent par venir concurrencer les acteurs en place sur le marché.

Même si elles en sont distinctes, les mesures d'interopérabilité sont liées aux mesures de portabilité des données en ce sens qu'elles ont pour but de permettre aux systèmes de communiquer entre eux, en général par l'intermédiaire de normes telles que des interfaces de programmation (API). Elles peuvent permettre le multi-hébergement et rendre les marchés plus contestables. En fonction de leur conception, les mesures d'interopérabilité peuvent promouvoir la concurrence *entre* plateformes numériques (ou écosystèmes), en permettant aux utilisateurs de conserver le bénéfice des effets de réseau sur de nouveaux

services, et *au sein* des plateformes numériques, en permettant aux utilisateurs de combiner différents services complémentaires de différents fournisseurs. Certaines formes de portabilité des données, par exemple les transferts de données en temps réel entre services, nécessitent un certain degré d'interopérabilité.

2. L'efficacité des mesures de portabilité des données et d'interopérabilité dépend des caractéristiques du marché dans lequel elles sont appliquées et de la manière dont elles sont conçues. Par ailleurs, lorsqu'elles sont mal conçues, elles peuvent avoir des effets indésirables, notamment affaiblir la concurrence sur un marché.

L'efficacité des mesures de portabilité des données peut être limitée si le périmètre des données visées est trop restreint, si la portabilité des données à l'initiative des utilisateurs est trop limitée pour engendrer des économies d'échelle, s'il n'y a aucune entreprise existante ou potentielle susceptible de tirer parti des données ou si les effets de réseau limitent l'intérêt de nouveaux services numériques indépendamment de l'accès aux données. De surcroît, la portabilité des données peut entraîner un problème de transparence du marché (de nature à faciliter la collusion) ou renforcer la position des entreprises en place en leur permettant d'avoir plus facilement accès aux données des consommateurs (en les obtenant des concurrents comme des consommateurs, ces derniers pouvant être plus enclins à fournir des données lorsqu'elles sont portables). Si une plateforme numérique dominante n'a aucun rival (y compris si aucun entrant potentiel n'a la capacité de lui faire concurrence), ces mesures peuvent être plus appropriées pour promouvoir la concurrence sur des marchés connexes et complémentaires que pour permettre l'émergence de concurrents de la plateforme dominante. En conséquence, lorsqu'elles sont appliquées seules et ont pour but de renforcer la concurrence, les mesures de portabilité doivent viser des marchés dans lesquels :

- les données au niveau individuel ont une valeur concurrentielle importante pour les entreprises bénéficiaires ;
- les données sont détenues par les acteurs en place sans coûts ni investissements importants ;
- une certaine concurrence est déjà présente (si bien que les effets de réseau et les économies d'échelle liées aux données n'empêchent pas complètement une concurrence effective) ;
- les données en question peuvent être utilisées pour des applications clairement définies et avoir un format normalisé ;
- elles ne posent pas de problèmes complexes liés aux droits de propriété intellectuelle ou autre forme de propriété ;
- les consommateurs ne voient pas d'inconvénient à ce que ces données soient partagées entre plateformes.

Les mesures d'interopérabilité sont un moyen de répondre à certaines des préoccupations associées à la portabilité des données, notamment parce qu'elles sont susceptibles de permettre des transferts de données en continu (améliorant ainsi l'utilité des données pour les destinataires) et permettent aux consommateurs de conserver le bénéfice des effets de réseau lorsqu'ils transfèrent leurs données à un nouveau service (affichage croisé de contenu dans les médias sociaux, par exemple). Elles comportent cependant aussi des risques parce qu'elles peuvent consolider la domination des technologies en place, exercer un effet dissuasif sur l'innovation et favoriser un comportement d'éviction ou de collusion tacite si les processus de définition des normes ne font pas l'objet d'une surveillance. Elles peuvent donc être plus appropriées pour des produits qui n'évoluent pas rapidement.

Dans le cas des mesures de portabilité des données et d'interopérabilité, des approches asymétriques peuvent être nécessaires (elles peuvent être imposées dans le cadre de l'application du droit de la concurrence ou de la réglementation) pour faire porter la charge par les grandes entreprises en place et ne pas créer de barrière à l'entrée pour les nouvelles entreprises.

3. Les mesures de portabilité des données et d'interopérabilité doivent avoir un objectif clair, et leurs différents effets potentiels doivent être mis en balance.

Pour mettre en œuvre les mesures de portabilité des données, il faut identifier les données à inclure, en se basant éventuellement sur une évaluation des éléments nécessaires pour permettre l'entrée sur un marché. Une mise en balance doit être faite avec les incitations à innover, ce qui signifie que les mesures devront peut-être viser les données collectées par les entreprises plutôt que les données inférées, dont la production exige des procédés protégés et innovants. Le format dans lequel les données sont fournies, le calendrier, et la nature statique ou dynamique du processus de transfert sont également des considérations importantes. Dans le même temps, il faut identifier, évaluer et maîtriser les risques associés à la collusion due à la transparence du marché et les risques liés à la protection de la propriété intellectuelle.

La mise en œuvre de l'interopérabilité nécessite d'identifier si la mesure vise à promouvoir la concurrence au sein des écosystèmes de plateformes ou entre eux, et à quel endroit de la chaîne d'approvisionnement ou de l'écosystème la concurrence serait possible. Des normes d'interopérabilité trop étendues peuvent nuire à l'innovation et consolider la position des acteurs en place.

Une surveillance et une application actives peuvent être nécessaires pour assurer la mise en œuvre des mesures de portabilité ou d'interopérabilité, et pour résoudre les différends qui peuvent survenir. Ces mesures comprennent généralement des conditions d'accès, par exemple la non-discrimination et le caractère raisonnable des redevances de licence, grâce auxquelles il est possible de distinguer les limitations légitimes (par exemple celles relatives à la sécurité et à la protection des données) des stratégies anticoncurrentielles.

Pour appliquer ces mesures, il est possible de faire appel à des organismes spécialement créés à cette fin ou à des tiers. Les autorités de la concurrence peuvent cependant conserver un rôle de surveillance et de décideur en dernier ressort.

4. Les mesures de portabilité peuvent être imposées dans le cadre de mécanismes d'application du droit de la concurrence ou de la réglementation. Quelle que soit l'option retenue, il existe un large consensus sur le fait que les mesures de portabilité ou d'interopérabilité destinées à favoriser la concurrence doivent être conçues en fonction de la situation particulière d'un marché.

La portabilité des données et l'interopérabilité peuvent être l'objet d'une théorie du préjudice ou être imposées pour remédier à une théorie du préjudice, et ce dans diverses situations. Pour qu'il en soit ainsi, plusieurs conditions doivent être réunies – l'importance des données ou de l'accès à la plateforme, l'absence de moyens de contournement (extraction de données, par exemple) techniquement ou juridiquement envisageables et la capacité des entreprises disposant d'un pouvoir de marché à tirer parti du comportement fautif allégué.

La dégradation de la portabilité des données ou de l'interopérabilité peut être un moyen de mettre en œuvre des stratégies anticoncurrentielles telles que la compression des marges, les offres groupées ou l'augmentation du coût du changement de fournisseur, et pourrait donc être prise en compte dans les procédures d'abus de position dominante ou de contrôle des fusions. Dans certains cas, les conditions des marchés de plateformes numériques

correspondent davantage à ces théories qu'aux théories des « installations essentielles » concernant l'accès aux données. Toutefois, il peut être difficile d'évaluer ces théories en l'absence de dispositions préexistantes en matière de portabilité ou d'interopérabilité. Il peut aussi arriver que des acteurs du marché concluent des accords collusoires pour entraver l'entrée sur le marché par une interopérabilité sélective. Plus généralement, la portabilité des données et l'interopérabilité peuvent être considérées comme des mesures correctives pour remédier à des conditions de marché donnant lieu à des problèmes de concurrence dans les affaires d'abus et de fusion. Les autorités de la concurrence de certaines juridictions ont également imposé ou recommandé des mesures de portabilité et d'interopérabilité par le biais d'études de marché, d'enquêtes sur le marché et d'activités de promotion de la concurrence.

Aborder l'interopérabilité et la portabilité dans le cadre des interventions des autorités de la concurrence et d'études de marché ou d'enquêtes est une démarche intéressante parce que centrée sur les préjudices à la concurrence et la source de ces préjudices – par exemple une entreprise dominante. En outre, les mesures correctives prévues par le droit de la concurrence peuvent être conçues de manière flexible en fonction de la situation d'un marché donné, et adaptées au fur et à mesure de l'évolution de ce dernier. Toutefois, ces mesures correctives supposent une surveillance importante, qui peut être compliquée à concevoir et à exercer pour les autorités.

Compte tenu de ces difficultés, la réglementation *ex ante* peut être une autre approche possible, en particulier si elle est conçue en fonction des caractéristiques d'un secteur en particulier et si un organisme de réglementation sectoriel est en place pour assurer une surveillance et la résolution des différends. Cette approche peut également être plus rapide ou avoir une visée plus préventive que l'application des règles de concurrence. Parmi les approches réglementaires figure la réglementation en matière de protection des données, les systèmes bancaires ouverts (ou « banque ouverte ») (utilisés pour permettre le multi-hébergement, la comparaison des prix et le panachage) et une nouvelle approche, qui consiste à adopter des mesures axées sur les plateformes numériques jouant le rôle de « contrôleur d'accès ».

5. Les mesures de portabilité des données et d'interopérabilité peuvent impliquer divers objectifs, tels que la protection des données et le renforcement des pouvoirs des consommateurs, et leur impact sur la concurrence est donc variable. De ce fait, une étroite coopération interdisciplinaire et internationale est nécessaire entre les différents organismes de réglementation et décideurs publics.

La coopération entre différents champs de l'action publique est particulièrement utile pour éviter les effets indésirables des mesures de portabilité des données et d'interopérabilité et pour mettre au point les modalités de surveillance les plus adaptées. De plus, comme on dispose d'une expérience limitée concernant le recours à ces mesures, le partage des enseignements tirés entre organismes de réglementation et juridictions promet d'être particulièrement précieux.