

Non classifié

Français - Or. Anglais

14 décembre 2022

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Compte rendu succinct de l'audition sur la réglementation ex ante et la concurrence sur les marchés numériques****Annexe au compte rendu succinct de la 136ème réunion du Conseil de la concurrence**

2 décembre 2021

Ce compte rendu succinct, rédigé par le Secrétariat de l'OCDE, récapitule les conclusions essentielles de l'audition sur la réglementation ex ante et la concurrence sur les marchés numériques, organisée par le Comité de la concurrence le 2 décembre 2021.

D'autres documents consacrés à cette discussion sont disponibles à l'adresse suivante :
<https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>

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

JT03509909

Compte rendu succinct de l'audition sur la réglementation ex ante et la concurrence sur les marchés numériques

Rédigé par le Secrétariat*

Le 2 décembre 2021, le Comité de la concurrence a organisé une audition sur le thème de la *réglementation ex ante et la concurrence sur les marchés numériques*. Les points essentiels suivants se sont dégagés de la note de référence du Secrétariat, des contributions en vidéo, des contributions écrites et des discussions entre les délégués et le panel d'experts réunis par le Comité de la concurrence :

1. Les caractéristiques des marchés numériques ont révélé la nécessité d'adopter une certaine forme de réglementation afin de compléter les outils traditionnels du droit de la concurrence.

Les marchés de plateformes numériques ont connu une croissance exponentielle au cours de la dernière décennie. Ces marchés sont très importants car ils occupent une place centrale dans la quasi-totalité des transactions en ligne, commerciales ou sociales. Étant donné que les interactions économiques et sociales se déroulent actuellement en ligne, un petit nombre de grandes plateformes numériques ont gagné en importance et acquis un pouvoir de marché mondial. La dépendance aux plateformes en place, qui jouissent souvent d'un pouvoir de monopole ou de quasi-monopole, expose les entreprises et la société civile au risque de comportement abusif, tout en étouffant l'innovation et la concurrence. Les autorités de la concurrence font face à une forte pression afin d'intervenir rapidement contre des pratiques anticoncurrentielles des entreprises numériques. En dépit de plusieurs procédures engagées ces dernières années contre les plus grandes entreprises numériques sur le fondement de la législation antitrust, l'application traditionnelle du droit de la concurrence est perçue comme insuffisante pour régler les problèmes posés par les plus grandes entreprises numériques.

Certaines caractéristiques des marchés numériques posent des défis particuliers pour les autorités de la concurrence, notamment la vitesse de changement ou des effets de réseau extrêmes, et ces défis sont encore aggravés par des barrières structurelles à l'entrée, notamment l'utilisation de données massives et l'intelligence artificielle. Ces caractéristiques des plateformes numériques incluent :

- la présence d'économies d'échelle importantes, avec des coûts marginaux faibles ou nuls ;
- des effets de réseau directs et indirects extrêmement importants, grâce auxquels une plateforme qui a déjà un grand nombre d'utilisateurs fidèles peut encore en attirer un plus grand nombre ;
- une boucle de rétroaction entraînée par les données, qui renforce encore les effets de réseau ;
- des économies de gamme remarquables, dues au rôle des données en tant qu'intrant critique ; et

* Ce compte rendu succinct ne reflète pas nécessairement le consensus du Comité de la concurrence. Il récapitule toutefois les points essentiels dégagés des discussions ayant eu lieu lors de l'audition, y compris les vues du panel d'experts et les contributions orales et écrites des participants.

- des effets de conglomérat.

Ces derniers effets sont renforcés par des biais comportementaux des consommateurs et la tendance au mono-hébergement. Ils sont également encouragés par les plateformes, seconde raison pour laquelle elles enracinent davantage leur pouvoir de marché. L'ensemble de ces caractéristiques génère une dynamique selon laquelle le gagnant remporte tout/presque tout, et où les marchés sont enclins à basculer et à devenir hautement concentrés autour d'une seule plateforme dominante ou d'un petit nombre de plateformes dominantes.

L'application du droit de la concurrence est perçue par certains comme insuffisante pour s'attaquer efficacement et rapidement aux défis posés par les marchés numériques. Les procédures peuvent prendre plusieurs années et aboutir souvent à des résultats non satisfaisants en raison de la vitesse de changement des réalités du marché. D'autres soutiennent que la structure économique des marchés numériques est hors de portée des outils du droit de la concurrence ; d'autres constatent des défaillances dans la manière dont le droit de la concurrence fonctionne dans les marchés numériques. Plusieurs autorités de la concurrence ont éprouvé des difficultés à utiliser les outils traditionnels du droit de la concurrence fondés sur les prix (y compris pour définir les marchés en cause), et à s'appuyer sur une norme de bien-être du consommateur définie de manière étroite, qui permette de traiter les problèmes de concurrence sur les marchés numériques.

En conséquence, un consensus croissant s'est fait jour parmi les praticiens et les responsables politiques sur la nécessité d'adopter une certaine forme de réglementation des marchés numériques, soit pour compléter le droit de la concurrence par des règles ex ante, soit pour fournir de nouveaux outils aux autorités de la concurrence dans le cadre du droit de la concurrence existant. Certains ont appelé à une adaptation des outils existants du droit de la concurrence, afin qu'ils soient mieux à même d'évaluer certaines caractéristiques des plateformes multifaces, tels les parts de marché, les ratios de concentration ou les comparaisons prix-coût de revient. D'autres ont soutenu qu'une réglementation ex ante directe des plus grandes entreprises numériques fournirait un meilleur moyen de traiter les problèmes liés aux barrières structurelles à l'entrée et aux effets de conglomérat.

En conséquence, plusieurs juridictions ont adopté ou proposé des réglementations ex ante visant spécifiquement les plateformes numériques ou certains aspects des marchés numériques, y compris l'Australie, l'UE, la France, l'Allemagne, l'Italie, le Japon, le Royaume-Uni et les États-Unis. Plusieurs autres juridictions ont également édicté de nouvelles règles pour les marchés numériques, par exemple la Corée et le Mexique.

2. Les raisons qui ont inspiré les nouvelles initiatives réglementaires reflètent la volonté de capter au plus près la nature économique des marchés numériques et de soutenir l'application du droit de la concurrence, mais les juridictions diffèrent sur la meilleure approche à adopter.

Un grand nombre de réglementations ex ante adoptées ou proposées consacrent des principes de défense de la concurrence, mais poursuivent des objectifs plus larges que la concurrence, tels l'équité, la transparence ou la contestabilité.

Les autorités nationales de la concurrence et les juridictions diffèrent encore dans ce qu'elles considèrent comme la meilleure approche : veulent-elles une réglementation ex ante séparée de type sectoriel ? ; ou veulent-elles de nouveaux instruments du droit de la concurrence ou encore simplement une adaptation du droit de la concurrence existant ? Le risque que des mesures correctives ex post soient inefficaces et n'interviennent pas suffisamment tôt plaide en faveur d'une réglementation ex ante, afin de protéger l'ouverture et la contestabilité du marché.

Certaines juridictions déclarent que la réglementation devrait compléter la répression ex post, lorsque celle-ci ne peut pas discipliner de manière efficace le pouvoir de marché des géants actuels du numérique. Certaines propositions semblent destinées à compléter le droit de la concurrence existant et à contrebalancer le risque de répression insuffisante sur les marchés numériques ; tel est en particulier le cas des propositions de certaines juridictions relatives au régime de contrôle des fusions.

La jurisprudence sur les marchés de plateformes numériques a éclairé certaines des réglementations proposées, comme en témoignent les règles sur l'auto-préférence et l'accès aux données, tandis que d'autres juridictions ont lancé des réformes réglementaires à la suite d'une enquête sur les plateformes numériques.

À part la rapidité et l'efficacité de l'application du droit de la concurrence, les mesures visent parfois à traiter les caractéristiques structurelles des marchés numériques qui peuvent empêcher l'entrée et l'expansion de nouveaux acteurs, en soutenant à la fois la concurrence *dans* le marché et la concurrence *pour* le marché. En raison des barrières structurelles à l'entrée et de la dynamique qui permet au gagnant de remporter presque tout, les plateformes numériques tendent à se livrer à une concurrence pour le marché. Toutefois, certaines des mesures discutées visent également à permettre la concurrence dans le marché, par exemple en donnant accès aux ensembles de données des grandes plateformes, ou en garantissant la transparence afin de permettre aux consommateurs de faire des choix éclairés.

Toutes ces mesures présentent un point commun : le souhait que les réglementations ex ante minimisent le risque de saper le dynamisme et l'innovation, tout en réagissant efficacement au comportement anticoncurrentiel des grandes plateformes. Parallèlement, un petit nombre de pays continuent d'appliquer le droit de la concurrence ex post pour régler les problèmes liés aux marchés numériques, et estiment qu'il n'y a pas urgence à compléter le droit de la concurrence existant par de nouveaux outils. Enfin, certaines juridictions et certains groupes d'intérêts plaident en faveur d'une réglementation du secteur numérique qui irait au-delà de la protection du bien-être des consommateurs pour remplir des objectifs sociétaux plus vastes, tels l'équité ou l'égal accès aux services.

3. La conception, la portée et le type de réglementations proposées reflètent la diversité des systèmes législatifs ainsi que les préférences nationales pour une réglementation sectorielle plutôt que pour le droit de la concurrence et vice versa.

En général, la réglementation cherche à atteindre de multiples objectifs, ce qui crée plusieurs tensions, notamment entre la nécessité d'aller vite et celle de parvenir au « bon » résultat ; ou encore entre l'efficacité de la répression et la proportionnalité des décisions.

Le processus d'élaboration du contenu des réglementations a été très différent d'une juridiction à l'autre, tout comme la portée des réglementations, ce qui conduit dans certains cas à un risque de répression excessive ou au contraire insuffisante. Plusieurs approches ont été adoptées pour l'élaboration de nouvelles règles. Certaines juridictions ont mis l'accent sur la nécessité de fonder les réglementations sur la recherche des faits grâce à des enquêtes sur le marché ou des enquêtes sectorielles. En revanche, d'autres juridictions ont fondé leurs propositions pour une large part sur les précédents jurisprudentiels et des rapports généraux afin de concevoir un système de réglementation fondé sur des règles. Dans d'autres juridictions, enfin, un grand nombre de réglementations sont le fruit de travaux parlementaires.

De nombreuses réglementations visent à limiter l'application des nouvelles règles à un groupe limité de grandes entreprises numériques. En dépit de cette communauté d'objectif, les termes employés diffèrent selon les juridictions :

- Contrôleurs d'accès
- Entreprises d'une importance primordiale pour la concurrence sur les marchés
- Entreprises ayant un statut d'entreprise stratégique
- Entreprises structurantes
- Entreprises ayant une importance essentielle pour la concurrence sur plusieurs marchés
- Opérateurs de plateforme couverts.

Cette diversité d'appellations pose la question de savoir comment identifier les entreprises qui seront soumises aux nouvelles règles. Il existe en outre un risque que les critères soient bien adaptés à certaines très grandes plateformes, mais ne couvrent pas des marchés où différents opérateurs servent chacun de passerelle importante pour les entreprises utilisatrices.

Les règles diffèrent également selon qu'elles privilégient une réglementation ex ante fondée sur des règles ou fondée sur des principes, et selon qu'elles privilégient une réglementation sectorielle spécifique ou une réglementation horizontale visant les marchés numériques, indépendamment de leur modèle économique ou de leur secteur respectif. Une réglementation fondée sur des principes présente l'avantage d'assurer une grande flexibilité dans la manière dont les entreprises peuvent se conformer à ses exigences, tandis qu'une réglementation fondée sur des règles présente l'avantage de garantir une plus grande sécurité juridique aux entreprises. Certaines tensions pourraient être résolues en adoptant une approche au cas par cas : des engagements proposés par l'entreprise, des justifications objectives, un moyen de défense fondé sur les gains d'efficacité. Cette démarche pourrait avoir l'avantage d'être proportionnée et adaptable, et d'éviter ainsi certains écueils pouvant résulter de la définition ex ante de réglementations générales et permanentes, mais elle exigerait plus de ressources.

4. La relation entre la réglementation ex ante des plateformes numériques et le droit de la concurrence, et la mise en œuvre des nouvelles règles, sont encore en débat dans de nombreuses juridictions

La plupart des pays envisageant la nécessité de réglementer les plateformes numériques ont modifié leur droit de la concurrence afin de conférer des pouvoirs réglementaires à l'autorité de la concurrence. Toutefois, certains pays ont choisi de tenir la réglementation séparée du droit de la concurrence (par exemple, le Japon et l'UE). D'autres juridictions ont établi un régime de coopération entre plusieurs autorités, tel le Royaume-Uni qui a créé le Digital Regulation Co-operation Forum, qui rassemble non seulement la Competition and Markets Authority (CMA), mais également l'Information Commissioner's Office (ICO), l'Office of Communications (Ofcom), et la Financial Conduct Authority (FCA). Cette initiative a pour but d'encourager les régulateurs à aborder les problèmes posés par les écosystèmes numériques dans la perspective élargie de l'écosystème réglementaire global, plutôt que de se concentrer sur leurs propres attributions qui sont plus étroites.

L'existence de nouveaux régimes complémentaires peut entraîner un risque de double peine (*ne bis in idem*), s'ils sont appliqués parallèlement au droit de la concurrence traditionnel, c'est-à-dire si des entreprises peuvent être poursuivies à la fois en vertu des règles ex ante et du droit de la concurrence ex post. Ce risque doit être pris en compte par les législateurs et par les autorités chargées de l'application de la loi.

5. La coopération internationale et la coopération entre les autorités de la concurrence seront nécessaires pour s'attaquer aux problèmes posés par les plateformes numériques opérant à l'échelle mondiale

En dépit des approches juridiques différentes et diverses adoptées par les pays représentés au sein du Comité de la concurrence de l'OCDE, l'audition a révélé une convergence remarquable sur les questions essentielles. Un certain degré de fragmentation des réglementations entre les juridictions résulte essentiellement de l'existence de systèmes juridiques différents. Toutefois, cela risque de rendre l'application des réglementations plus difficile au-delà des frontières, par exemple lorsque des mesures correctives doivent être conçues et coordonnées à l'échelle mondiale. Une plus grande cohérence rendrait la réglementation plus efficace, plus proportionnée et mieux à même de limiter des conséquences négatives, et il existe aujourd'hui une possibilité d'accroître la coopération d'une manière plus systématique. Identifier les meilleures pratiques de coopération internationale pour l'application de la réglementation ex ante sur les marchés numériques contribuerait à un résultat plus cohérent.

Promouvoir la cohérence dans la conception des réglementations ex ante pourra donc revêtir une importance croissante pour la politique de concurrence dans son ensemble. L'audition a été l'occasion de souligner l'utilité et l'importance d'avoir un cadre cohérent, qui permette aux juridictions d'élaborer des solutions cohérentes à des problèmes qui se posent à l'échelle mondiale, tout en évitant également d'imposer des coûts excessifs aux entreprises et de créer une confusion pour les entreprises utilisatrices et les nouveaux entrants. Simultanément, vouloir parvenir à une cohérence absolue n'est pas souhaitable, en raison des différences existantes sur le plan juridique, politique et culturel, et un certain degré de diversité pourrait être extrêmement riche d'enseignements.

Dans leurs observations finales, les délégués sont convenus que la communauté des responsables de la concurrence devrait adresser un message au monde extérieur, insistant sur sa volonté d'apporter des solutions cohérentes à des problèmes similaires, et ont exprimé le souhait que les travaux entrepris pour parvenir à une plus grande convergence se poursuivent dans tous les pays de l'OCDE et dans la communauté des responsables de la concurrence.