

Non classifié

Français - Or. Anglais

16 août 2023

**DIRECTION DES AFFAIRES FINANCIÈRES ET DES ENTREPRISES
COMITÉ DE LA CONCURRENCE****Compte rendu de la table ronde sur le pouvoir de marché dans l'économie numérique****Annexe au compte rendu succinct de la 138e réunion du Comité de la concurrence**

22-24 juin 2022

Ce document établi par le Secrétariat présente un compte rendu détaillé de la table ronde consacrée au pouvoir de marché dans l'économie numérique organisée par le Comité de la concurrence le 22 juin 2022.

D'autres documents portant sur ce thème sont disponibles à l'adresse :

<https://www.oecd.org/daf/competition/market-power-in-the-digital-economy-and-competition-policy.htm>

Pour toute question relative à ce document, veuillez prendre contact avec M. Antonio CAPOBIANCO.

Courriel : Antonio.CAPOBIANCO@oecd.org

JT03524179

Compte rendu de la table ronde sur le pouvoir de marché dans l'économie numérique

1. Introduction du président

Le 22 juin 2022, le Comité de la concurrence de l'OCDE organisait une table ronde sur l'évolution du concept de pouvoir de marché dans l'économie numérique, présidée par Frédéric Jenny.

Le président fait la présentation du thème et précise que la table ronde a pour objectif d'examiner si la définition traditionnelle du pouvoir de marché reste pertinente pour les marchés numériques. À cette fin, différents concepts tels que les effets de réseau, le multi-hébergement et la concurrence sur des aspects autres que le prix seront abordés lors de la discussion. Le président présente les cinq spécialistes qui prendront part à la discussion, soit en ligne, soit dans l'enceinte de la réunion :

- **Herbert Hovenkamp**, professeur à la Carey Law School de l'Université de Pennsylvanie ;
- **Masako Wakui**, professeure à l'université de Kyoto ;
- **Orla Lynskey**, professeure associée à la London School of Economics et professeure invitée au Collège d'Europe ;
- **Alexandre de Streel**, professeur à l'université de Namur et directeur académique du Centre on Regulation in Europe ;
- **John Newman**, directeur adjoint du Bureau de la concurrence de la Federal Trade Commission.

Le président remercie les délégations pour leurs nombreuses contributions et fait savoir que la discussion comportera trois parties :

- L'évaluation du pouvoir de marché sur les marchés numériques ;
- Les concepts de pouvoir de marché nouveaux ou adaptés et les propositions de réglementation ;
- Les nouveaux cadres réglementaires et leur importance aux fins de l'application du droit.

2. Note de référence du Secrétariat

Le président remercie le Secrétariat pour sa note de référence et l'invite à présenter ses principales conclusions.

Le Secrétariat explique que ce document avait pour objectif de démystifier le lien entre le pouvoir de marché et les préoccupations portant sur la concurrence dans l'économie numérique. La note de référence s'intéresse dans un premier temps à la façon dont les autorités de la concurrence évaluent le pouvoir de marché dans l'économie numérique. Les autorités ont examiné les facteurs contribuant au pouvoir de marché qui ont des répercussions spécifiques sur la concurrence dans l'économie numérique, tels que les effets de réseau ou la collecte de données. Le document s'interroge ensuite sur les circonstances

dans lesquelles ces facteurs produisent réellement un impact sur la concurrence et conclut que, dans le secteur numérique, ils ne contribuent pas systématiquement au pouvoir de marché ; par exemple, l'importance des données en tant que facteur contribuant au pouvoir de marché va dépendre de leur qualité. La première section de la note d'information se clôt sur une série de questions conceptuelles :

- Sur les marchés numériques, la concurrence entre les différents écosystèmes est-elle suffisante ? Surtout, cette concurrence est-elle suffisante pour faire obstacle au pouvoir de marché ?
- Des phénomènes de captivité font-ils qu'il est plus difficile pour la concurrence de discipliner le pouvoir de marché ?
- En présence d'une dynamique de la concurrence suffisante et d'un potentiel conséquent en matière de recherche, d'innovation et de nouvelles entrées sur le marché, un pouvoir de marché constaté peut-il en fait être temporaire ?

Le Secrétariat a également tenté de clarifier la terminologie élaborée pour décrire la dynamique des marchés numériques. Il conclut que toutes les nouvelles désignations (telles que le pouvoir de plateforme, le pouvoir d'intermédiation ou encore le pouvoir de goulet d'étranglement) sont, d'un point de vue fonctionnel, équivalentes au pouvoir de marché d'une plateforme numérique. Il n'y a donc pas lieu de leur réserver un traitement particulier. La note relève en outre que les nouveaux concepts législatifs ne sont pas de nature économique mais s'analysent plutôt en des tentatives de traduire en termes juridiques des concepts fondamentaux qui sont étroitement liés au pouvoir de marché.

Le Secrétariat s'est également penché sur les défis à venir, parmi lesquels la relation entre les cadres d'évaluation de la concurrence existants et les nouvelles propositions réglementaires, qui tendent tous deux vers un objectif central lié au pouvoir de marché. Enfin, la note de référence s'intéresse aux différentes définitions des désignations réglementaires, en s'attachant à leur impact potentiel sur l'efficacité des cadres d'application du droit et en se demandant si elles ne seraient pas toutes liées par une préoccupation commune, à savoir le pouvoir de marché.

3. Évaluer le pouvoir de marché sur les marchés numériques

Le président présente brièvement les deux grandes questions auxquelles les débats sur le pouvoir de marché doivent chercher à répondre : comment le pouvoir de marché est-il défini, et comment les marchés sont-ils définis en premier lieu ? Cet exercice de définition pose des difficultés particulières dans le secteur numérique étant donné que les plateformes proposent souvent des services complémentaires et qu'il peut être facile de passer d'un service à un autre. Le président invite ensuite **M. Herbert Hovenkamp** à livrer son point de vue sur le pouvoir de marché dans le secteur numérique.

M. Hovenkamp précise que son intervention vise à présenter différentes possibilités d'approches du pouvoir de marché en ce qui concerne les plateformes numériques multiproduits.

Les grandes plateformes numériques offrent plusieurs services non concurrents, de sorte que leur production ne correspond pas à la définition traditionnelle du marché pertinent. Qui plus est, pour l'utilisateur, les coûts de changement de fournisseur varient considérablement, jusqu'à être quasi-nuls dans le cas de services comme les moteurs de recherche. Dans ce contexte, les modèles classiques du monopole naturel ne sont pas applicables et, en règle générale, les grandes plateformes numériques ne sont pas des

marchés sur lesquels un gagnant remporte tout, même si ce peut être le cas. Le principal frein à une dynamique dans laquelle le gagnant remporterait tout est la différenciation des produits. Lorsque la différenciation n'est pas viable, comme dans le cas des moteurs de recherche, le risque d'un marché avec un grand gagnant est beaucoup plus élevé ce qui, selon M. Hovenkamp, pourrait en partie expliquer pourquoi le moteur de recherche de Google parvient à conserver une part de marché aussi importante.

M. Hovenkamp évoque ensuite l'arrêt AMEX de la Cour suprême des États-Unis, qu'il considère comme peu propice à une évaluation rationnelle du pouvoir de marché des grandes plateformes numériques, et ce pour plusieurs raisons. Premièrement, dans cet arrêt, la définition des plateformes se limite à celles qui facilitent les transactions simultanées entre deux parties. Cette considération exclut la majeure partie des marchés bifaces, tels que les moteurs de recherche, ce qui conduit M. Hovenkamp à pointer le caractère erroné de la définition de la Cour suprême. Deuxièmement, pour mesurer le pouvoir de marché, la décision se fonde uniquement sur les parts de marché, laissant ainsi de côté la mesure directe qui peut pourtant se révéler adaptée aux marchés numériques. Troisièmement, la Cour a considéré que le marché pertinent devait inclure les deux faces, ce qui n'a pas de sens. Enfin, elle a jugé que les plateformes bifaces ne se trouvaient en concurrence qu'avec d'autres plateformes bifaces alors que, pour prendre un exemple, les applications bifaces de voiturage concurrencent les chauffeurs de taxi.

M. Hovenkamp s'intéresse ensuite au regroupement de produits et de services non concurrents au sein d'un même marché pertinent. Aux États-Unis, ce type de marché est appelé *cluster market*, ou « marché groupé ». Un marché groupé correspond à un regroupement de produits non concurrents qui peuvent, dans certaines conditions, être agrégés dans le même marché pertinent. La détermination d'un marché groupé repose sur différents critères. Il y a d'abord la « logique Facebook » en vertu de laquelle les utilisateurs souhaitent que plusieurs produits soient regroupés, mais pour les utiliser différemment (par exemple, la messagerie et l'affichage de contenu visuel). Ensuite, un marché groupé est caractérisé par un coût commun ou une économie dans la production conjointe. C'est le cas d'Amazon, qui vend des biens qui ne sont pas nécessairement concurrents et complémentaires, mais pour lesquels la facturation et la logistique de livraison sont centralisées. Troisièmement, les effets de réseau donnent lieu à des économies d'échelle ou de gamme au niveau de la consommation plutôt que de la production. Enfin, il mentionne un dernier critère qui doit se vérifier pour le regroupement de produits et de services dans un marché groupé : la duplication doit être difficile, le regroupement de différents produits perdant sa raison d'être s'il peut être reproduit rapidement et de manière rentable.

À l'issue de son intervention, M. Hovenkamp se prononce en faveur de la mesure directe qui permet, selon lui, d'englober les marchés groupés en considérant la production donnée d'une entreprise. Il soutient l'approche de la Federal Trade Commission des États-Unis (FTC) qui fait un parallèle entre les modifications de qualité et les modifications de prix : la capacité d'un fournisseur à modifier de manière substantielle la qualité de son produit sans perdre une part importante de la demande serait le signe d'un pouvoir de marché.

Le président souligne que des services pouvant être liés sans être directement substituables peuvent être agrégés pour définir un marché pertinent et évaluer le pouvoir de marché. Il demande ensuite à John Newman, directeur adjoint du Bureau de la concurrence de la FTC, de présenter les définitions de marché souples qui peuvent être envisagées pour le secteur numérique.

John Newman énonce quelques exemples des sources de pouvoir de marché dans le secteur numérique tels que les coûts de changement de fournisseur, la différenciation des produits et les effets de réseau. Il explique que la concurrence sur les marchés numériques n'est pas toujours « accessible d'un simple clic », et que cela se vérifie pour tout service

nécessitant un compte ou une inscription et impliquant des coûts en cas de changement de fournisseur. La différenciation constitue un autre facteur potentiel de pouvoir de marché dans un marché numérique donné. John Newman souligne que, même lorsque deux produits différents présentent la même architecture technologique ou la même interface utilisateur et qu'ils sont donc, au départ, des produits identiques, il n'est pas dit qu'ils le restent, puisqu'ils pourraient se différencier ultérieurement par le contenu généré par les utilisateurs ou en fonction de la participation des utilisateurs. M. Newman fait enfin valoir qu'en raison des effets de réseau, certains partenaires commerciaux peuvent se trouver « arrimés » à l'une des faces de la plateforme, ce qui signifie que les plateformes ne sont pas toujours fragiles et que même des prix zéro peuvent devenir une source de pouvoir de marché.

La définition du pouvoir de marché dans le secteur numérique constitue une question majeure. Traditionnellement, c'est le test du coût marginal (qui vise à déterminer si une entreprise est en mesure de fixer un prix supérieur à son propre coût marginal) qui est utilisé pour mesurer le pouvoir de marché. Or, son application aux marchés numériques peut être trompeuse et conduire à des faux positifs. En effet, dans le contexte des marchés numériques, où les coûts marginaux sont relativement faibles et les coûts fixes relativement élevés, n'importe quelle plateforme qui connaît le succès peut pratiquer un prix supérieur à son coût marginal. Une plateforme peut en outre pratiquer un prix zéro à long terme tout en détenant un pouvoir de monopole, comme dans le cas de Facebook, ce qui signifie que le test du coût marginal peut également conduire à des faux négatifs lorsqu'il est appliqué aux marchés numériques. L'une des alternatives envisageables est le test de restriction de la production. Néanmoins, M. Newman souligne que ce test peut aussi donner lieu à des faux négatifs sur les marchés numériques ; une production plus importante peut tout à fait être compatible avec un pouvoir de marché, voire en découler.

C'est pourquoi M. Newman propose une approche plus souple des marchés numériques, qui ne s'arrêterait pas au prix ou à la production. Il plaide en conséquence pour le test du pouvoir de contrôle, qui vise à déterminer si une ou plusieurs entreprises ont le pouvoir de contrôler un aspect important de la concurrence. Ce test, qui nécessitera souvent des preuves directes, ne supplantera pas forcément le recours aux parts de marché. Tous les aspects des échanges peuvent être pertinents, ce qui implique que chacune des situations dans lesquelles l'entreprise ou les entreprises en question généreraient un excédent supplémentaire (soit en donnant moins, soit en prenant davantage à un groupe de partenaires commerciaux) devrait être évaluée. De même, la discrimination non tarifaire peut constituer un indice de pouvoir de marché, par exemple en cas de traitement inégal des utilisateurs d'un média social, qui peut prendre la forme d'une modération différente du contenu ou de toute autre traitement différencié.

Le président invite M. Hovenkamp à réagir aux remarques de John Newman.

Herbert Hovenkamp convient que les mesures traditionnelles du pouvoir de marché ne sont pas applicables aux marchés numériques et que le test du coût marginal ne permet pas de rendre compte du pouvoir des plateformes sur les marchés bifaces.

Le président explique qu'il existe deux options pour définir le pouvoir de marché dans le secteur numérique : premièrement, une nouvelle définition souple adaptée à la dynamique de l'économie numérique et, deuxièmement, l'identification de facteurs tels que les effets de réseau permettant de déduire l'existence d'un pouvoir de marché. Le président demande ensuite à l'Espagne de relater son expérience en matière de contrôle des fusions, qui suit la seconde approche, à savoir une mesure traditionnelle du pouvoir de marché complétée par des caractéristiques propres aux marchés numériques.

L'Espagne explique que, pour ses décisions dans le domaine du contrôle des fusions sur les marchés numériques, elle s'est demandé si les parts de marché constituaient un bon indicateur du pouvoir de marché, et qu'elle a conclu qu'il convenait de les compléter par d'autres facteurs. Par exemple, il arrive que le chiffre d'affaires d'une partie sur le marché ne soit pas pertinent, mais que le pouvoir qu'elle accumule grâce aux données le soit ; ainsi, l'acquisition d'une petite entreprise qui détient des données par une grande entreprise jouissant d'une base d'utilisateurs importante est pertinente pour l'évaluation du pouvoir de marché. En outre, il est parfois nécessaire d'évaluer les deux faces de la plateforme de manière concomitante. Aux fins de ses décisions portant sur des fusions dans le secteur numérique, l'autorité espagnole de la concurrence a ainsi pu tenir compte à la fois de l'innovation des écosystèmes et de la concurrence potentielle.

Le président soulève la question de la détermination du seuil à partir duquel les effets de réseau créent des barrières à l'entrée et confèrent par là même un pouvoir de marché. **L'Espagne** répond que, d'après son expérience, l'impact des effets de réseau en tant que barrières initiales à l'entrée peut être compensé par l'innovation ; le nouvel entrant qui a innové peut ensuite profiter des effets de réseau pour faire basculer le marché à son avantage.

Herbert Hovenkamp ajoute que, pour l'évaluation du pouvoir de marché des plateformes, la différenciation des produits et les effets de réseau sont deux facteurs économiques qui s'opposent. Les effets de réseau aboutissent généralement à un monopole en l'absence de différenciation. En revanche, lorsque la différenciation des produits est possible, les effets de réseau ne restreignent pas la concurrence sur les marchés numériques. Par exemple, TikTok, Twitter, Facebook et Instagram offrent des expériences différentes et les utilisateurs passent de l'un à l'autre ; il y a donc bien une concurrence sur le marché des réseaux sociaux.

Israël présente une étude de marché sur les applications de paiement offrant des services de transfert d'argent entre particuliers (« peer-to-peer », P2P). Ce marché numérique se caractérise par une forte concurrence bien que, une fois qu'un opérateur historique a établi sa position, il tende à converger vers un marché où le gagnant remporte tout, avec de forts effets de réseau et d'importantes barrières à l'entrée. Dans ce contexte, il devient extrêmement difficile d'entrer sur le marché, même en proposant des services préférentiels. Le seul moyen de réduire les barrières à l'entrée (et donc le pouvoir de l'opérateur historique) est donc de garantir à la fois l'interopérabilité et la portabilité des données et de permettre ainsi aux consommateurs de pratiquer le multi-hébergement. Toutefois, des taux élevés de multi-hébergement pourraient ne pas être en soi un indicateur de concurrence ; l'enregistrement sur différentes plateformes peut en effet résulter de la différenciation et ne pas être la conséquence d'une forte volonté des consommateurs d'utiliser plus d'une plateforme pour effectuer la même transaction. Le délégué termine en concluant qu'imposer l'interopérabilité encourage le multi-hébergement et amoindrit à la fois les barrières à l'entrée et les effets de réseau.

Le Mexique cite l'exemple du blocage d'une fusion entre une plateforme numérique (Cornershop qui offrait, par le biais de son site Internet et d'une application mobile, des services logistiques pour l'achat et la livraison de produits proposés par des détaillants) et un détaillant non numérique, Walmart. La COFECE a décidé de bloquer la fusion après avoir relevé une série de facteurs qui auraient conféré à l'entité résultant de l'opération de concentration un pouvoir de marché excessif. Selon la COFECE, l'accès aux données de l'entité résultant de la fusion et le potentiel d'utilisation stratégique des informations sur la plateforme auraient constitué une source particulière d'avantage concurrentiel pour Walmart et évincé ses concurrents de la plateforme de Cornershop. L'autorité a également identifié des coûts de changement de fournisseur pour les utilisateurs et des freins à leur

migration vers d'autres plateformes induits par le recours à un système d'adhésions et de programmes de fidélité. La COFECE a enfin constaté des effets de réseau indirects (résultant de la conjonction d'achats en ligne rapides et de livraisons immédiates offertes par les magasins en libre-service de Walmart) et des coûts fixes élevés pour développer une plateforme similaire à Cornershop.

L'Autriche aborde l'affaire de la fusion entre Facebook et Giphy. Le délégué explique que Giphy était considéré comme une plateforme biface. Une augmentation du nombre de GIF dans la bibliothèque a pour effet d'accroître la valeur de l'utilisation de la bibliothèque de GIF de Giphy, ce qui crée des effets de réseau indirects, des créateurs (tels que les entreprises de marque, les artistes et d'autres utilisateurs de comptes GIF) vers les utilisateurs, et des utilisateurs vers les créateurs. L'autorité autrichienne a constaté que les effets de réseau indirects renforçaient pour la plateforme le potentiel de monétisation des utilisateurs, et que la fusion accentuerait le pouvoir de marché de l'entité qui en résulterait et la protégerait ainsi contre de futurs concurrents sur le marché des GIF. Les nouveaux venus auraient des difficultés à attirer des utilisateurs et à se constituer une base d'utilisateurs suffisamment importante pour réellement concurrencer GIPHY. Les effets de réseau indirects étaient principalement le fait des utilisateurs indirects de la bibliothèque de Giphy (c'est-à-dire ceux utilisant des interfaces intégrées dans des services tiers tels que Facebook, Twitter, TikTok ou autres). L'Autriche précise que, si l'autorité n'avait tenu compte que des utilisateurs directs (à savoir les utilisateurs de la plateforme Giphy), les activités de Giphy auraient été considérées comme insignifiantes.

L'Inde expose l'approche suivie par son autorité de la concurrence (CCI) dans le cadre d'enquêtes en cours portant sur les marchés numériques. Le délégué explique que, d'après l'expérience de l'Inde, les effets de réseau, le défaut d'interopérabilité et les barrières comportementales au changement de fournisseur peuvent se renforcer mutuellement, et ainsi entraîner une forte dépendance des consommateurs et asseoir le pouvoir de marché des opérateurs historiques. Lorsque le défaut d'interopérabilité se conjugue à des effets de réseau, les utilisateurs d'une plateforme se trouvent en proie à des phénomènes de captivité étant donné que la migration vers une autre application n'aura d'intérêt que si la totalité ou la grande majorité de leurs contacts migrent vers cette même autre plateforme. Ainsi, la simple existence d'autres plateformes aux fonctionnalités similaires ne signifie pas que la concurrence est « à portée de clic » ou qu'elle est en mesure de discipliner le pouvoir de marché. En outre, les biais comportementaux liés à la pré-installation dissuadent les consommateurs de recourir au multi-hébergement ou de passer d'une application à une autre. Tous ces points sont actuellement à l'étude au sein de la CCI.

Le Taipei chinois présente une enquête sur le marché numérique de la livraison de repas qui a conclu que la plateforme Foodpanda avait abusé de son pouvoir de marché en imposant des conditions restrictives à ses restaurants partenaires. Pour évaluer le pouvoir de marché de la plateforme, l'autorité ne s'est pas cantonnée aux parts de marché (basées sur le nombre de commandes, la valeur des transactions et la base d'utilisateurs) et a également examiné les barrières à l'entrée. Le délégué explique qu'en raison d'importants effets de réseau indirects, les nouvelles plateformes de livraison devaient attirer des utilisateurs sur les deux versants du marché (restaurants et consommateurs) ; en effet, plus il y avait de restaurants partenaires à intégrer la plateforme, plus les consommateurs étaient également susceptibles de la rejoindre et de commander des repas auprès des restaurants présents sur la plateforme, et vice-versa. Foodpanda s'était servi de son pouvoir de marché pour imposer des accords d'exclusivité à ses utilisateurs professionnels (les restaurants), qui ne pouvaient donc pas pratiquer le multi-hébergement sur différentes plateformes. L'autorité a jugé cette obligation anticoncurrentielle en considérant qu'elle constituait une barrière à l'entrée qui permettait à Foodpanda de consolider un pouvoir de marché substantiel.

En conclusion de cette première partie de la discussion, le **Royaume-Uni** présente son approche de la définition du marché et de l'évaluation du pouvoir de marché dans le secteur numérique, et précise qu'il n'est peut-être pas nécessaire de définir le marché pour évaluer le pouvoir de marché. La Competition and Markets Authority (Autorité de la concurrence et des marchés, CMA) définit les marchés dans les affaires de position dominante et de fusion, mais la loi ne lui impose pas de les définir formellement aux fins des études de marché. Le délégué souligne que la définition du marché peut poser des difficultés dans le cas de marchés numériques multifaces dynamiques et connaissant une évolution rapide. La CMA a fait le choix d'une approche holistique, avec une évaluation du pouvoir de marché numérique qui va au-delà du prix et de la production puisqu'elle évalue également la capacité des plateformes à imposer des contraintes de concurrence et à influencer sur l'innovation, ainsi que les alternatives dont disposent les clients.

4. Concepts de pouvoir de marché nouveaux ou adaptés et propositions de réglementation

Le président lance la seconde partie de la discussion consacrée aux nouveaux concepts de pouvoir de marché dans le secteur numérique utilisés par de nombreuses juridictions, parmi lesquels le pouvoir de goulot d'étranglement, le pouvoir de plateforme ou encore la dépendance économique.

Mme Orla Lynskey aborde la notion de pouvoir de marché dans le secteur numérique sous l'angle de la protection des données. Deux facteurs conduisent à l'interdépendance entre la concurrence et la protection des données. Premièrement, la concurrence existante sur un marché influence sur l'étendue et l'effectivité des droits en matière de protection des données. L'absence de concurrence sappe l'efficacité de l'application des cadres de protection des données ; de fait, le règlement général sur la protection des données (« RGPD ») de l'Union européenne précise que, dans un contexte de monopole, le consentement de l'utilisateur ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement. Deuxièmement, suivant le niveau de protection qu'il offre, le cadre de protection des données peut conférer aux entreprises un avantage ou, au contraire, un désavantage concurrentiel ; ainsi, le pouvoir de marché peut être renforcé par un cadre inefficace, tandis qu'une réglementation forte est susceptible de le remettre en question en permettant l'accès aux données et leur partage.

Mme Lynskey pointe ensuite différentes questions qui se posent lors de l'examen de l'interdépendance entre la concurrence et la protection des données dans le contexte d'une évaluation du pouvoir de marché dans le secteur numérique. Elle avance que les parts de marché devraient être calculées à l'aide d'indicateurs reflétant la dynamique des marchés numériques, et propose de remplacer le nombre moyen d'utilisateurs mensuels par le temps moyen passé en ligne. Des données empiriques suggèrent en effet que plus les utilisateurs passent de temps en ligne sur une plateforme ou un service donné, plus le nombre de données générées est important. Par conséquent, le temps passé en ligne est non seulement plus pertinent pour les implications en matière de protection des données, mais également un meilleur indicateur de la capacité des plateformes à monétiser les données des utilisateurs. Mme Lynskey souligne ensuite l'importance des différentes politiques de confidentialité, qui peuvent être un signe de différenciation et donc se révéler pertinentes pour le calcul du pouvoir de marché. Elle reprend également l'argument de la délégation israélienne selon lequel le multi-hébergement n'est peut-être pas en soi le signe d'un marché concurrentiel.

Mme Lynskey fait ensuite observer que les évaluations du pouvoir de marché tendent à surestimer la mesure dans laquelle les personnes peuvent exercer une contrainte concurrentielle sur les entreprises numériques. Par exemple, le recours au droit à la portabilité des données ou au RGPD est limité. Elle explique également que les questions

de qualité se révèlent importantes sur les marchés à prix zéro et, en particulier, que les évolutions des politiques de protection des données peuvent être prises en compte pour évaluer la substituabilité. Une coopération avec d'autres instances de réglementation serait nécessaire pour évaluer l'impact de la dégradation d'une politique de confidentialité. Mme Lynskey se demande en outre si la notion de pouvoir de marché permet de prendre en compte des facteurs non économiques en matière de protection des données. Elle conclut que le concept de pouvoir informationnel (la capacité supérieure d'une entreprise à traiter des données et à contrôler les flux de données) cité dans la littérature sur la protection des données n'est pas reflété dans le concept de pouvoir de marché. Il en résulte qu'en présence d'un pouvoir informationnel, le pouvoir de marché constitue un indicateur insuffisant pour évaluer les multiples implications des fusions dans le secteur numérique.

Le président souligne que cette dimension de protection des données constitue un élément qualitatif d'une plateforme et une option intéressante pour appréhender plus largement le pouvoir de marché, en allant au-delà du seul pouvoir économique.

Mme Masako Wakui prend la parole pour présenter son document sur la nécessité de compléter la notion traditionnelle de pouvoir de marché par le concept de dépendance économique. Les plateformes numériques peuvent servir d'intermédiaires entre différents groupes d'utilisateurs. Mme Wakui cite l'exemple des plateformes de notation et de réservation de restaurants au Japon, qui montre que les plateformes acquièrent un pouvoir de négociation dès lors qu'elles ont pu constituer de vastes bases d'utilisateurs des deux côtés du marché. Il s'ensuit une relation de pouvoir vis-à-vis des utilisateurs professionnels, dont la plateforme peut abuser pour imposer des pratiques restrictives dans un objectif de rentabilité. Ce pouvoir de négociation et la dépendance des utilisateurs qui en découle ne nécessitent pas l'existence préalable d'un fort pouvoir de marché. C'est pourquoi Mme Wakui préconise de compléter le pouvoir de marché par la dépendance économique, une variante atténuée du concept de pouvoir qui permet d'abaisser le seuil d'intervention et donc de réagir rapidement aux abus de dépendance économique commis par les plateformes.

Le président invite ensuite M. Hovenkamp à commenter les interventions d'Orla Lynskey et de Masako Wakui.

Herbert Hovenkamp pointe la nécessité d'établir une distinction entre le droit de la concurrence et le droit de la responsabilité civile, en ce sens que les considérations de concurrence devraient se concentrer sur les préjudices causés au marché et sur la capacité des marchés à fournir des biens de qualité concurrentielle et à des conditions concurrentielles. Il s'inquiète d'un éventuel glissement de son point de mire du préjudice causé au marché à celui subi par tels ou tels concurrents.

Le président lui demande en retour les circonstances dans lesquelles un préjudice causé à un concurrent spécifique pourrait affecter le processus concurrentiel en amont, et ainsi devenir un problème de concurrence qui va au-delà des manquements contractuels.

Herbert Hovenkamp répond que le préjudice subi par un concurrent ne suffit pas en soi à conclure à une situation anticoncurrentielle, et qu'il faut pour cela prouver l'atteinte à la concurrence sur le marché.

La **CMA** présente ensuite la proposition de loi visant à réglementer le comportement des entreprises de technologies les plus puissantes qui disposent d'un statut stratégique sur le marché. Le délégué explique qu'il n'est pas nécessaire de définir un nouveau concept de pouvoir de marché pour l'économie numérique. Le statut stratégique sur le marché s'entend comme une notion qui englobe, dans une certaine mesure, certains éléments du pouvoir de marché, mais sans remplacer l'évaluation traditionnelle de ce pouvoir. Une plateforme se voit conférer ce statut suite à une analyse économique fondée sur des éléments concrets,

dont l'objectif est de déterminer si l'entreprise détient, dans au moins une activité numérique, un pouvoir de marché substantiel et ancré (et donc amené à persister) qui lui confère une position stratégique.

L'évaluation du statut stratégique sur le marché porte sur les activités (un ensemble spécifique de produits et de services qui peuvent être raisonnablement considérés comme ayant une fonction similaire) et non sur les marchés, ce qui permet à la CMA d'éviter les difficultés liées à la définition traditionnelle du marché. Le statut stratégique sur le marché est applicable à toutes les plateformes, et pas seulement à celles qui servent d'intermédiaires entre des groupes d'utilisateurs.

Afin de répondre aux enjeux posés par les plateformes numériques, l'**Australie** indique envisager une réforme de ses dispositions relatives aux fusions qui s'inscrirait dans le cadre d'une refonte globale de son droit des fusions. Plus précisément, l'autorité australienne de la concurrence (ACCC) a proposé la conception d'un régime de fusion sur mesure pour les plateformes numériques ; elle étudie également s'il conviendrait d'abaisser les seuils de notification pour les fusions dans le secteur numérique et d'adopter d'autres mesures telles qu'un renversement de la charge de la preuve ou une modification du test de probabilité. Cette réforme des fusions devrait se faire par étapes.

Le Brésil explique qu'aucune modification de sa législation actuelle et de ses directives d'application n'est nécessaire pour répondre aux enjeux posés par l'évaluation du pouvoir de marché dans le secteur numérique. Parce qu'elles sont souples et larges, les dispositions du Brésil sur le pouvoir de marché permettent à l'autorité de la concurrence d'adapter ses outils d'évaluation au secteur numérique et de se baser, pour analyser les effets sur un marché numérique, sur des éléments concrets ainsi que sur des modèles économétriques tels que le test du monopoleur hypothétique.

Le BIAC clôt cette seconde partie de la discussion en soulignant qu'il n'y a pas de concept unique de pouvoir de marché directement applicable à l'économie numérique étant donné qu'il n'existe pas de « marché numérique » universellement défini ou définissable. Selon le BIAC, les nouveaux concepts et désignations ne doivent pas conduire à abandonner les concepts traditionnels de pouvoir de marché qui ont fait la preuve de leur utilité. Certaines caractéristiques typiques des marchés numériques telles que la gratuité ou leur nature multifacée se rencontrent déjà sur des marchés traditionnels (par exemple, la radio est gratuite, et la presse est un marché multifacé), tout comme les outils qui permettent de les évaluer (tels que la substituabilité et le changement de fournisseur par le consommateur). De même, le règlement de l'Union européenne sur les marchés numériques (« Digital Markets Act », « règlement DMA » par abréviation) se fonde sur le statut de contrôleur d'accès, qui est basé sur des concepts de pouvoir de marché tels que les barrières à l'entrée, les effets d'échelle et les phénomènes de captivité, qui sont tous déjà appliqués aux situations de pouvoir de marché sur les marchés traditionnels. En outre, le pouvoir de goulet d'étranglement peut être mis en évidence par des concepts bien connus tels que les coûts de changement de fournisseur, les barrières à un tel changement et l'asymétrie du pouvoir de négociation. Le BIAC souligne également que les nouvelles définitions du pouvoir de marché devraient respecter les principes de clarté et de prévisibilité juridiques, et que la charge de la preuve devrait continuer de peser sur les instances d'application du droit. À cette fin, il conviendrait que les nouvelles définitions s'inspirent des orientations et de l'analyse économique existantes du pouvoir de marché.

5. Nouveaux cadres réglementaires et leur importance aux fins de l'application du droit

La **Commission européenne** ouvre la troisième partie de la table ronde par une présentation du règlement DMA et de sa notion de contrôleur d'accès. Le règlement DMA est une réglementation *ex ante* qui ne s'applique qu'à des services spécifiques du secteur numérique répondant à la définition de « services de plateforme essentiels ». Il s'agit de services numériques qui posent des problèmes manifestes d'équité et de contestabilité, tels que les moteurs de recherche, les réseaux sociaux et l'intermédiation en ligne. Le règlement DMA instaure une réglementation asymétrique, à savoir que tous les fournisseurs de services de plateforme essentiels ne sont pas soumis à ses obligations, qui ne s'appliquent qu'à ceux qui sont désignés comme contrôleurs d'accès. Cette désignation repose sur trois critères cumulatifs : (i) un poids important sur le marché intérieur ; (ii) un service de plateforme essentiel qui constitue un point d'accès majeur entre les entreprises utilisatrices et les utilisateurs finaux ; et (iii) une position solide et durable.

Le contrôle de ces critères repose sur une évaluation qualitative basée sur certains critères du pouvoir de marché, parmi lesquels les effets de réseau, les économies d'échelle et de gamme, l'existence d'un écosystème ou encore le rôle des données. Ainsi, l'évaluation du statut de contrôleur d'accès est liée au pouvoir de marché, bien que les deux concepts ne se recouvrent pas totalement. Une entreprise qui n'a pas été considérée comme jouissant d'une position dominante dans une affaire de concurrence peut ainsi répondre aux critères du règlement DMA et se voir qualifiée de « contrôleur d'accès ». Le statut de contrôleur d'accès n'entend pas remplacer le concept traditionnel de pouvoir de marché. Le règlement DMA vise plutôt certaines pratiques qui suscitent de réelles préoccupations sur le plan de l'équité et de la contestabilité et les réglemente *ex ante*, comme ce qui se fait déjà dans différents domaines comme les télécommunications, les marchés financiers ou les marchés de l'énergie.

Le président demande à la Commission d'exposer les points communs et les différences entre le concept de contrôleur d'accès et celui du statut stratégique sur le marché du Royaume-Uni.

La **Commission** explique que les approches réglementaires de l'UE et du Royaume-Uni sont similaires en ce qu'elles cherchent toutes deux à identifier les acteurs du secteur numérique qui jouissent d'un statut important et font naître des préoccupations. En revanche, le Royaume-Uni y répond en imposant des mesures correctives *ad hoc*, tandis que le régime de l'UE définit un ensemble de règles *ex ante*. Le règlement DMA admet des exceptions à son application qui tiennent à la protection de l'ordre public et de la sécurité, mais ne prévoit pas d'analyse économique qui pourrait permettre aux entreprises désignées d'échapper aux obligations qu'il impose pour des motifs d'efficience.

Le président invite la délégation européenne à préciser les différences entre le règlement DMA et la réglementation britannique en ce qui concerne leur champ d'application.

La **Commission** explique que le statut stratégique sur le marché est plus large en ce sens qu'il résulte de l'examen d'une activité dans son ensemble, tandis que la désignation du contrôleur d'accès concerne des services numériques spécifiques. Le délégué ajoute que le statut de contrôleur d'accès ne nécessite pas de définir le marché, et qu'il suffit de vérifier que la plateforme fournit l'un des services essentiels énumérés dans le règlement DMA.

Alexandre de Streel livre son point de vue sur la désignation des contrôleurs d'accès, qui peuvent être définis soit en termes économiques étroits, soit de manière plus large en englobant des facteurs non économiques. Les autorités de la concurrence recourent généralement au premier type de définition économique fondée sur l'existence d'un contrôle de l'accès à un produit ou à un service qui ne peut être contourné. M. de Streel

explique que le statut de contrôleur d'accès du règlement DMA fait référence à deux autres concepts : le pouvoir de goulet d'étranglement et la dépendance économique des entreprises. Bien qu'elles soient liées, ces trois notions ne sont pas identiques : le fait, pour une entreprise, de répondre aux critères de la plus étroite d'entre elles, le pouvoir de goulet d'étranglement, lui confère un pouvoir de contrôleur d'accès et entraîne une relation de dépendance économique. Cependant, les contrôleurs d'accès ne contrôlent pas nécessairement un goulet d'étranglement, et toutes les situations de dépendance économique ne sont pas liées à l'existence d'un contrôleur d'accès. Une approche plus large de la définition des contrôleurs d'accès consisterait à tenir compte du contrôle des flux et de l'accessibilité des informations. M. de Streeck explique que la réglementation économique instituée par le règlement DMA ne suit pas cette approche large. Il existe d'autres instruments qui traitent des dommages non économiques et il est important, comme le mentionnait Orla Lynksey, d'assurer la coordination entre ces instruments et les instances dont ils relèvent.

Le concept de contrôleur d'accès n'est pas nouveau en droit européen. La Commission y avait eu recours dans les années 1990 pour évaluer des fusions sur le marché de la télévision payante et imposer des obligations d'accès. Toutefois, le règlement DMA est la première réglementation européenne à définir expressément et précisément la notion de contrôleur d'accès, ce qui s'explique par le fait que les dispositions existantes en matière de concurrence se sont révélées inefficaces pour lutter contre le comportement déloyal de certaines plateformes. M. de Streeck souligne que le règlement DMA s'inscrit dans une tendance plus large du droit de l'Union à réglementer la dépendance économique entre entreprises.

Les trois critères cumulatifs fixés par le règlement DMA pour évaluer le statut de contrôleur d'accès reposent sur des présomptions structurelles. Cependant, la définition de contrôleur d'accès qu'il établit ne tient pas uniquement à la taille (contrairement au règlement sur les services numériques, qui définit les très grandes plateformes en ligne en se fondant exclusivement sur leur taille). Bien qu'il n'exige pas au préalable de définir le marché ou de constater une position dominante, le concept de contrôleur d'accès du règlement DMA reste lié au pouvoir de marché puisqu'il applique des critères économiques utilisés pour l'évaluation de ce type de pouvoir. M. de Streeck ajoute que, bien que la position dominante et le statut de contrôleur d'accès soient des notions théoriques distinctes, la plupart des contrôleurs d'accès jouissent d'une position dominante.

L'Allemagne expose sa notion d'« importance primordiale pour la concurrence sur les marchés ». Depuis 2017, le droit allemand de la concurrence a fait l'objet de plusieurs modifications afin de répondre aux enjeux posés par l'économie numérique. Aux termes des nouvelles dispositions, un marché peut exister même dans un contexte de prix zéro, et l'évaluation du pouvoir de marché tient désormais compte de facteurs comme la nature multifacette et les effets de réseau. Une réglementation entrée en vigueur en janvier 2021 habilite en outre le Bundeskartellamt à désigner les entreprises qui revêtent une importance primordiale pour la concurrence sur les marchés. Cette notion vise à tenir compte des positions de pouvoir économique qui ne sont pas soumises à un contrôle suffisant en vertu des dispositions traditionnelles du droit de la concurrence. Une fois ces entreprises désignées, l'autorité compétente peut leur interdire de se livrer à certaines pratiques.

La position dominante sur un ou plusieurs marchés est l'un des facteurs qui peuvent être pris en compte pour déterminer « l'importance primordiale pour la concurrence sur les marchés ». Parmi les autres facteurs figurent le pouvoir d'intermédiation, l'intégration verticale, la puissance financière, l'accès à des données ou l'importance des activités de l'entreprise pour l'accès des tiers aux marchés d'approvisionnement et de vente. Le délégué allemand explique que la désignation nécessite de procéder à une évaluation globale des

activités de l'entreprise car une évaluation portant sur des marchés distincts ne permet pas de refléter son importance pour la concurrence. Pour l'heure, les marchés d'Alphabet/Google et de Meta/Facebook ont été jugés d'importance primordiale pour la concurrence par le Bundeskartellamt, tandis que les procédures de désignation d'Amazon et d'Apple sont en cours à la date de la table ronde.

La Roumanie clôt cette section de la table ronde en présentant sa nouvelle unité spécialisée dans le numérique. L'autorité de la concurrence a ressenti le besoin de constituer une telle unité suite à une affaire d'abus de position dominante impliquant la plus grande place de marché en ligne de Roumanie. Sa création a nécessité de recruter et de former des spécialistes du numérique dans les différents départements de l'autorité. L'unité appuie d'ores et déjà la mise en œuvre de la réglementation de l'UE et l'évaluation des fusions dans le secteur numérique ; elle a en outre lancé quatre examens préliminaires des marchés numériques les plus problématiques, dans des secteurs touchés par la pandémie l'an dernier, parmi lesquels les plateformes d'intermédiation dans le domaine de l'alimentation, les services de voyage et d'hébergement en ligne, et la publicité numérique.

6. Conclusion

Le président invite les experts à formuler leurs derniers commentaires.

Herbert Hovenkamp estime que l'imprévisibilité des évaluations du pouvoir de marché et des théories du préjudice serait source d'incertitude et pourrait dissuader les entreprises d'investir. Selon lui, les approches existantes du pouvoir de marché dans le secteur numérique manquent de cohérence ou de prévisibilité.

John Newman reconnaît l'importance d'une réglementation prévisible en matière de pouvoir de marché dans le secteur numérique. Il souligne toutefois qu'il n'existe pas d'approche unique pouvant prétendre à l'adéquation parfaite. Par exemple, la différenciation des produits peut conduire soit à de nouvelles entrées, soit à un renforcement du pouvoir de marché. Au vu de ces ambiguïtés, et bien que les propositions de réglementation puissent prêter le flanc à la critique, il convient d'encourager les expérimentations dans ce domaine. **Masako Wakui** est également favorable aux approches réglementaires innovantes comme celles de l'Allemagne, du Royaume-Uni et de l'UE.

Le président relève que toutes les nouvelles réglementations ou propositions instaurent des régimes *ex ante* qui, sans être parfaits, devraient réduire l'incertitude pour les entreprises du secteur numérique. Il souligne que les juridictions sont relativement unanimes quant aux facteurs qui contribuent au pouvoir de marché dans ce secteur, parmi lesquels l'interopérabilité, les coûts de changement de fournisseur et les effets de réseau. Toutefois, l'application de ces facteurs à la notion traditionnelle d'abus de position dominante soulève des difficultés, de sorte qu'il est nécessaire de dégager d'autres concepts qui seraient moins étroits que la définition de l'abus de position dominante et intégreraient des dimensions qualitatives du pouvoir de marché, en sus des dimensions quantitatives. Les juridictions qui ont adopté des nouveaux concepts de ce type ont suivi différentes approches juridiques et cherché à assurer la prévisibilité, et ces premières tentatives de réglementation du pouvoir de marché numérique vont dans le bon sens. Le président clôt la discussion en remerciant les intervenants et les délégations pour leurs contributions.