

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

Groupe de travail n° 2 sur la concurrence et la réglementation

Les restrictions applicables aux branches d'activité

Note de référence du Secrétariat

8 juin 2020

Le présent document servira de Note de référence lors de l'examen du Point 1 de l'ordre du jour de la 69^e réunion du Groupe de travail n° 2, le 8 juin 2020.

Les opinions qui y sont exprimées et les arguments qui y sont avancés ne reflètent pas nécessairement les vues de l'Organisation ou des gouvernements de ses pays membres.

D'autres documents relatifs à cette discussion peuvent être consultés à l'adresse suivante :

www.oecd.org/fr/daf/concurrence/restrictions-applicables-aux-branches-d-activite-solution-aux-problemes-de-concurrence.htm

JT03464440

Les restrictions applicables aux branches d'activité

– Note de référence du Secrétariat* –

Les restrictions applicables aux branches d'activité sont des mesures correctives ou des restrictions réglementaires utilisées pour limiter l'éventail des activités que peut mener une entreprise. Elles peuvent revêtir la forme d'obligations de séparation, qui peuvent aller d'une séparation structurelle à une séparation comportementale (comptable, fonctionnelle ou juridique). Il existe aussi d'autres restrictions comportementales, par exemple l'obligation d'accès, les obligations de non-discrimination, l'application de normes obligatoires pour garantir la portabilité et l'interopérabilité. Ces mesures sont employées lorsque la concurrence risque d'être éliminée, restreinte ou faussée de diverses manières. Ces risques peuvent être liés à la possibilité qu'une entreprise dominante sur un marché utilise sa position comme un levier pour évincer des concurrents présents sur un marché aval, par exemple à travers une stratégie d'autofavoritisme discriminatoire (équivalent à une compression de marge) ou de refus de vente. Les pratiques d'éviction de ce type peuvent également être favorisées par certaines fusions.

Toutes les restrictions ayant fait la preuve de leur efficacité dans certaines circonstances, la difficulté consiste à sélectionner celle qui est adaptée à un problème donné. Ainsi, si la théorie du préjudice a trait à un refus d'accès à une installation essentielle et si le préjudice à la concurrence dû à ce refus explicite d'accès est établi, la solution retenue doit avoir pour but de permettre l'accès et comporter une obligation de contracter. La restriction appropriée contient donc peut-être une obligation d'accès à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND) ou une obligation de séparation structurelle, également destinée à garantir cet accès.

À l'inverse, si l'inquiétude des autorités de régulation ou de la concurrence est liée, non pas à un refus de vente, mais à une pratique qui entraîne un verrouillage à travers une stratégie d'augmentation des coûts des concurrents ou de prédation (via une forme de compression de marge ou une fusion conduisant à une compression de marge), la solution (si tant est qu'elle soit nécessaire) doit prendre la forme, non pas d'une obligation d'accès, mais d'une obligation de non-discrimination (sans qu'il soit indispensable d'imposer une obligation de contracter à des conditions FRAND) ou d'application de normes de portabilité et d'interopérabilité. Dans le cas des plateformes numériques, le refus de vente ne constitue (pour l'heure) pas la préoccupation principale, si bien qu'imposer une obligation de contracter n'est probablement pas la bonne réponse. Les plateformes déploient plutôt une stratégie d'autofavoritisme qui entraîne une augmentation des coûts des concurrents et par conséquent un verrouillage, ce qui signifie que les obligations de non-discrimination constituent probablement la restriction la plus adaptée.

* Ce document a été rédigé par Chris Pike, de la Division de la concurrence de l'OCDE, qui a bénéficié du concours de Takuya Ohno et des commentaires d'Antonio Capobianco (l'un et l'autre de la Division de la concurrence de l'OCDE).

Par ailleurs, les plateformes numériques ne sont pas des monopoles naturels incompatibles avec la concurrence. Il ne faut donc pas renoncer à toute possibilité de concurrence dans ces marchés et se contenter de préserver la possibilité de concurrence en aval (ou en amont) (comme on le fait pour les monopoles d'infrastructure réglementés). Des restrictions comportementales, par exemple des normes de portabilité et d'interopérabilité, pourraient en effet favoriser la concurrence sur ces marchés (et apporter ainsi un début de solution au risque de verrouillage en aval). Il pourrait toutefois être judicieux de compléter ces mesures par des restrictions visant ces marchés aval (ou amont), par exemple des obligations de non-discrimination, pour préserver la concurrence tout en renforçant la concurrence sur les marchés des plateformes numériques eux-mêmes.

Table des matières

Les restrictions applicables aux branches d'activité – Note de référence du Secrétariat –	2
1. Introduction : que recouvrent ces restrictions et pourquoi sont-elles utilisées ?	6
1.1. Qu'entend-on par restrictions applicables aux branches d'activité ?	6
1.2. Dans quels cas les restrictions applicables aux branches d'activité sont-elles utilisées ?	7
2. Restrictions réglementaires	8
3. Les restrictions applicables aux branches d'activité utilisées comme mesures correctives en cas d'infraction au droit de la concurrence	11
3.1. Compression de marge	12
3.2. Refus de vente et compression de marge	15
3.3. Refus implicite de vente et compression de marge	17
4. Les restrictions applicables aux branches d'activité utilisées comme mesures correctives en cas de fusion verticale	19
5. Les restrictions applicables aux branches d'activité sont-elles nécessaires dans les marchés numériques ?	21
5.1. La nature de données détenues par les plateformes numériques justifie-t-elle le recours à des restrictions applicables aux branches d'activité ?	22
5.1.1. Recherche générale sur Internet	22
5.1.2. Réseaux sociaux	24
5.1.3. Réseaux de distribution	25
5.2. La nature des plateformes numériques justifie-t-elle le recours à une restriction applicable aux branches d'activité pour préserver la concurrence dans d'autres marchés ?	26
6. Faut-il imposer les restrictions dans le cadre de l'application du droit de la concurrence ou de la réglementation ?	31
7. Définir des restrictions adaptées et proportionnées	32
7.1. Séparation structurelle	32
7.2. Obligation d'accès à des conditions FRAND	33
7.3. Obligation de non-discrimination	34
7.4. Normes de portabilité et d'interopérabilité	34
8. Résumé	36
Notes	38
Bibliography	42

Graphiques

Graphique 1. Types de restrictions applicables aux branches d'activité	7
Graphique 2. Exemple fictif d'interopérabilité des contenus fourni par la CMA	25

Encadrés

Encadré 1. La théorie du profit de monopole unique	14
Encadré 2. Aspen	16
Encadré 3. Comcast/NBCU	21
Encadré 4. Moteur de recherche Google (Shopping)	27
Encadré 5. Code de bonnes pratiques à l'égard des fournisseurs de produits alimentaires (GSCOP)	29
Encadré 6. Rapport d'étape de la CMA sur le marché de la publicité numérique	30

1. Introduction : que recouvrent ces restrictions et pourquoi sont-elles utilisées ?

1. Les restrictions applicables aux branches d'activité sont des mesures correctives ou des restrictions réglementaires qui peuvent être utilisées pour limiter l'éventail des activités que peut mener une entreprise. Elles peuvent revêtir la forme d'obligations de séparation, allant de la séparation structurelle à des formes de séparation comportementale moins radicales (séparation comptable, fonctionnelle ou juridique). Il existe cependant aussi d'autres restrictions comportementales, par exemple l'obligation d'accès, les obligations de non-discrimination, l'application de normes obligatoires pour garantir la portabilité et l'interopérabilité. Chacune de ces restrictions sera examinée dans ce document.

2. Ces restrictions peuvent être utilisées par les autorités de régulation ou par les autorités de la concurrence lorsqu'elles craignent que la concurrence soit éliminée, restreinte ou faussée de diverses manières. Ces craintes peuvent être liées au risque qu'une entreprise dominante sur un marché n'utilise sa position comme un levier pour évincer des concurrents présents sur un marché aval ou adjacent à travers une stratégie d'autofavoritisme (compression de marge), un refus de vente ou des ventes liées ou groupées. Le risque de pratiques d'éviction de ce type peut également résulter de fusions verticales ou conglomerates.

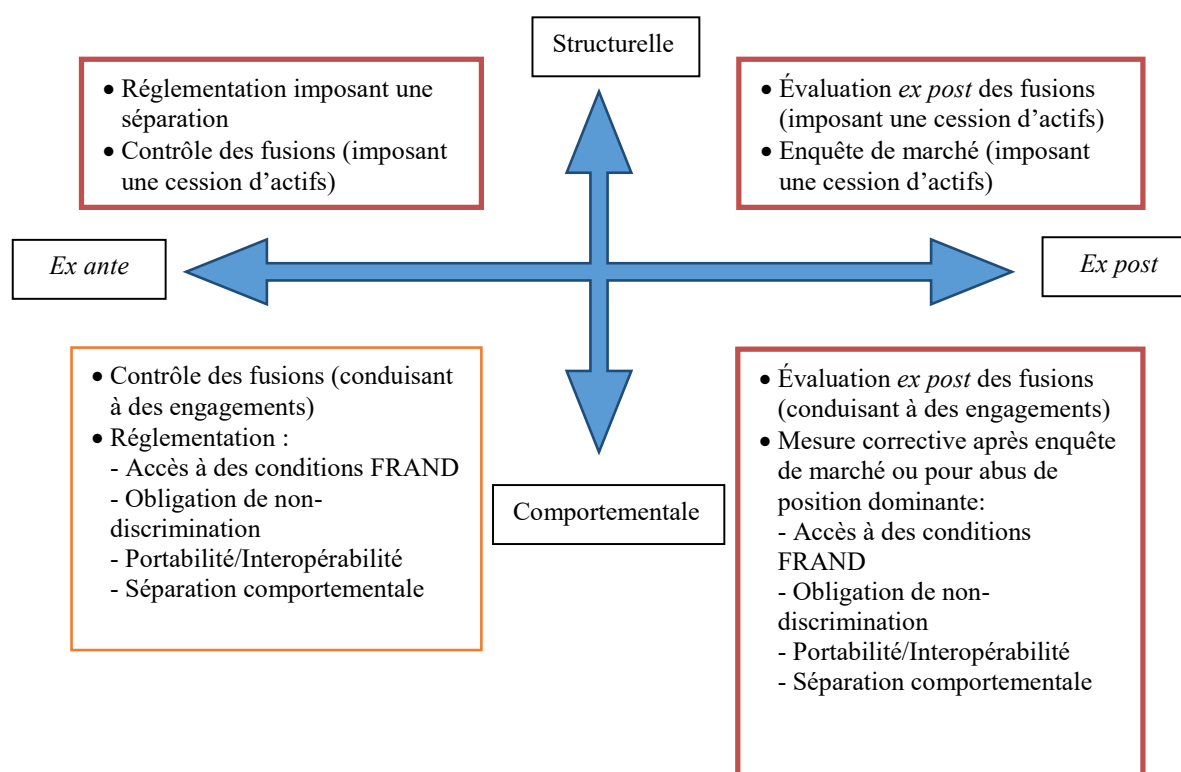
1.1. Qu'entend-on par restrictions applicables aux branches d'activité ?

3. Comme indiqué plus haut, ces restrictions limitent les activités que peut mener une entreprise. Elles sont soit imposées par des autorités de la concurrence ou de régulation soit prévues par la législation. Elles peuvent revêtir des formes diverses, structurelles comme comportementales (Graphique 1). La restriction la plus simple est une restriction structurelle qui interdit à une entreprise d'entreprendre des activités dans une branche donnée. La Recommandation de l'OCDE concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés (OECD, 2001) invite les adhérents à examiner l'intérêt d'adopter ce type de restriction dans les secteurs réglementés.

4. Comme le reconnaît la Recommandation de l'OCDE, les restrictions ne sont cependant pas nécessairement structurelles et certaines restrictions comportementales pourraient être utilisées pour remédier aux mêmes problèmes. Certaines restrictions comportementales impliquent une séparation moins radicale. Tel est par exemple le cas de la séparation fonctionnelle, de la séparation comptable ou de la séparation juridique, qui limitent progressivement la capacité de l'entreprise à organiser librement ses différentes branches d'activité. D'autres restrictions comportementales visent à : a) contraindre une entreprise à permettre à ses concurrents d'accéder à un intrant ou produit important ; b) interdire à une entreprise de faire une discrimination entre ses clients ; ou c) imposer des normes auxquelles les produits de l'entreprise doivent être conformes pour offrir une interopérabilité avec ceux d'entreprises concurrentes ou garantir la portabilité entre produits.

5. Les restrictions applicables aux branches d'activité sont en général conçues comme des règles *ex-ante*, mais le contrôle *ex ante* des fusions peut également aboutir à l'imposition de restrictions structurelles, sous la forme d'une obligation de cession d'actifs ou d'une interdiction de l'opération, ou de restrictions comportementales, sous la forme d'engagements (Graphique 1). Elles peuvent également constituer des mesures correctives imposées dans le cadre d'une forme quelconque d'intervention *ex post*. À l'issue d'une intervention pour abus de position dominante, de l'évaluation *ex post* d'une fusion ou d'une enquête de marché, des cessions d'actifs ou des engagements peuvent être imposés (monopole sans faute).

Graphique 1. Types de restrictions applicables aux branches d'activité



1.2. Dans quels cas les restrictions applicables aux branches d'activité sont-elles utilisées ?

6. Premièrement, ces restrictions sont rarement exigées. Il est peu probable qu'elles soient nécessaires, même dans le cas où une entreprise verticalement intégrée favorise ses propres produits – on peut citer l'exemple d'un supermarché qui fait la promotion des produits de sa marque ou en favorise les ventes. La puissance de marché des marques avec lesquelles ces marques de distributeur sont en concurrence conjuguée à l'absence de puissance de marché de nombreuses chaînes de supermarchés rend peu probable le risque que des problèmes de concurrence se posent.

7. En conséquence, ces restrictions sont inutiles dans les marchés concurrentiels. En outre, même en présence d'un certain degré de pouvoir de marché, l'existence d'effets d'efficacité potentiels peut justifier de ne pas les appliquer. Au fond, le fait pour une entreprise de favoriser ses propres produits n'est à bien des égards qu'une version moins radicale de l'internalisation ; or, il est établi que l'internalisation, même lorsqu'elle est pratiquée par des monopoles publics, est souvent plus efficace que l'externalisation, qui s'accompagne de coûts de transaction¹. Les restrictions applicables aux branches d'activité risquent par exemple de compromettre la réalisation d'économies d'échelle ou de gamme ou d'empêcher l'élimination de la double marge².

8. Ces restrictions n'en constituent pas moins un éventail de solutions envisageables pour remédier aux risques qui peuvent surgir lorsqu'une entreprise dispose d'une puissance de marché. La question de savoir si elles sont nécessaires ou proportionnées dépend de chaque situation.

9. Les pratiques d'exclusion préoccupantes peuvent être verticales, par exemple dans le cas où une entreprise exploitant une *installation essentielle* sur le marché amont a la capacité de refuser d'approvisionner ses concurrents présents sur les marchés situés en aval et a intérêt à le faire. Un problème vertical peut également se poser si une entreprise *dominante* sur le marché amont a les moyens et les motivations nécessaires pour exclure ses concurrents sur les marchés aval en favorisant ses propres produits pour provoquer une hausse de leurs coûts et une compression de leur marge, en imitant un produit particulièrement populaire distribué sur une plateforme pour le vendre à un prix nettement inférieur ou encore en pratiquant un subventionnement croisé du produit vendu sur le marché aval.

10. Dans le cas des conglomérats, le risque d'exclusion peut être lié à des pratiques de ventes groupées ou liées (OECD, 2020a). Ce risque se concrétise si, par exemple, une entreprise a la capacité et peut avoir la tentation d'utiliser la puissance de marché dont elle dispose sur un marché pour exclure des concurrents sur le marché d'un produit complémentaire en ayant recours à une offre groupée ou liée des produits.

11. Chacun de ces risques peut se concrétiser dans le contexte d'une proposition de réglementation (section 2), de soupçons d'abus de position dominante (section 3) ou d'un projet de fusion à la suite duquel la nouvelle entité aurait la possibilité de se livrer à ce type de pratiques d'exclusion et aurait intérêt à le faire (section 4). À titre d'exemple, dans les marchés de l'électricité qui ont été privatisés, des règles imposant la séparation structurelle entre l'exploitation du réseau électrique dans le cadre d'un monopole réglementé et le marché de détail potentiellement concurrentiel ont été introduites pour éviter que des problèmes de concurrence prévisibles ne se produisent ou pour qu'il soit possible de réagir s'ils surviennent. À l'évidence, une intervention visant à faire respecter le droit de la concurrence pourrait aussi remédier à ces risques. De même, la fusion de deux entreprises peut engendrer ou renforcer le risque que la nouvelle entité ait les moyens et la motivation nécessaires pour se livrer à ces pratiques d'exclusion. Les autorités de la concurrence peuvent alors imposer des mesures correctives, notamment demander aux parties à la fusion de s'engager à adopter une restriction comportementale ou imposer une mesure structurelle, à savoir la cession d'une branche d'activité.

12. Du point de vue de l'action publique, il faut se demander s'il faudrait imposer ce type de restrictions à certaines plateformes numériques (section 5) et s'il faut le faire via le système de lutte contre les infractions au droit à la concurrence ou via le cadre réglementaire (section 6). Plus généralement, il importe de déterminer quelles restrictions sont appropriées et proportionnées pour remédier aux risques identifiés dans une situation donnée (section 7).

2. Restrictions réglementaires

13. Traditionnellement, les restrictions applicables aux branches d'activité sont utilisées dans des secteurs des services d'utilité publique très réglementés, dans lesquels existent des infrastructures relevant d'un monopole naturel et considérées comme des installations essentielles, par exemple un réseau d'électricité, des canalisations pour l'eau ou des lignes de chemin de fer. Dans certaines circonstances, si la concurrence est possible en aval ou en amont, une séparation structurelle peut être nécessaire pour éviter que cette concurrence ne soit entravée. Dans d'autres, des mesures comportementales peuvent se révéler suffisantes.

14. La Recommandation de l'OCDE concernant la séparation structurelle dans les secteurs réglementés (OECD, 2001) invite les pays à comparer « attentivement les bénéfices et les coûts des mesures structurelles avec les bénéfices et les coûts des mesures comportementales ». Elle précise que les « bénéfices et les coûts à mettre en balance incluent :

- les effets sur la concurrence,
- les effets sur la qualité et le coût de la réglementation,
- les effets sur les incitations à l'investissement des entreprises,
- les coûts de transition des modifications structurelles et
- les bénéfices économiques et les intérêts généraux de l'intégration verticale. »

15. Cette recommandation reconnaît qu'une forme quelconque de restrictions applicables aux branches d'activité est nécessaire, et son contenu reflète le débat sur la proportionnalité de l'adoption de mesures structurelles ou comportementales.

16. Une séparation intégrale peut certes constituer une solution efficace parce qu'elle agit à la fois sur la capacité et sur l'intérêt d'une entreprise dominante ou d'un exploitant d'installation essentielle à verrouiller le marché (Khan, 2019). Le risque que ce résultat soit obtenu au prix d'une perte des gains d'efficacité susceptibles de découler de l'intégration verticale a cependant toujours été souligné. Ainsi, Slade & Lafontaine (2007) présentent des données empiriques qui laissent penser que les effets d'efficacité découlant de fusions verticales peuvent être non négligeables. De surcroît, l'intégration peut être vue par les autorités de régulation des installations essentielles comme un moyen de préserver l'intérêt des monopoles privatisés à investir (voir l'exemple d'Ofcom et du réseau large bande ci-après). Toutefois, ces gains d'efficacité ne sont que peu pris en compte dans la réglementation des installations essentielles, et le débat sur la question de savoir s'il faudrait leur donner plus de poids dans les affaires impliquant des entreprises qui disposent d'un pouvoir de marché important est loin d'être clos (voir Baker, Rose, Salop & Scott Morton (2020), Kwoka & Slade (2020) et Wong-Ervin, 2019).

17. L'étude de Crawford et al. (2018), qui ont effectué des simulations concernant 26 fusions verticales entre des chaînes de télévision sportives régionales et des distributeurs de programmes vidéo multicanaux, mérite tout particulièrement d'être citée. Les auteurs constatent qu'en moyenne, autoriser l'intégration verticale (au lieu de bloquer l'opération) améliore le bien-être. Ils observent cependant aussi que des mesures correctives consistant à obliger à garantir l'accès vont de pair avec une augmentation sensible du bien-être (supérieure à celle associée à l'autorisation de la fusion verticale). La raison en est notamment que ces mesures empêchent le verrouillage du marché attendu dans quatre cas et les hausses de prix, évaluées à 18 % en moyenne, escomptées dans les 22 autres situations. L'efficacité de ces mesures correctives semble donc cruciale, en particulier dans les 15 % de situations dans lesquelles il est jugé peu probable que les effets d'efficacité l'emportent sur les effets préjudiciables liés au verrouillage que l'intégration risque de provoquer.

18. Malheureusement, l'efficacité de certaines restrictions comportementales applicables aux branches d'activité reste à prouver. Il est par exemple difficile d'empêcher le transfert de coût, qu'il résulte de pratiques comptables ou contractuelles, au moyen de la séparation fonctionnelle ou comptable.

19. Ainsi, dans le cas du réseau large bande au Royaume-Uni, la séparation fonctionnelle et la séparation comptable ont l'une et l'autre été tentées. Ces deux mesures visent à scinder les activités de l'entreprise en place tout en lui permettant de continuer de réaliser des investissements à long terme et de prendre des décisions stratégiques comme une entité intégrée. Elles se justifient par la crainte du régulateur à l'idée que l'entreprise pourrait renoncer à investir dans la création d'un nouveau réseau si les distributeurs revendiquent des prix trop bas pour qu'elle récupère le coût fixe de l'investissement dans ce réseau. Toutefois, elles se sont révélées inadaptées et ont conduit Ofcom, l'autorité de régulation, à opter pour une séparation juridique en 2017. À noter que l'autorité n'a pas opté pour une séparation structurelle, alors que ce choix a été fait pour d'autres services d'utilité publique. Or, si elle sauvegarde les incitations à investir, la séparation juridique n'élimine pas les motivations à l'origine du problème et risque de ne pas être efficace dans la mesure où le dirigeant et le conseil d'administration d'une filiale légalement distincte mais détenue à 100 % ont toujours l'obligation de se préoccuper des rendements des mêmes actionnaires lorsqu'ils prennent des décisions (Biggar, 2019)³.

20. Ces dernières années, certains pays ont plus souvent eu recours à une forme quelconque de séparation. La Japon par exemple a introduit une obligation de séparation juridique pour garantir l'accès des producteurs et distributeurs d'électricité aux réseaux de transport et de distribution.

21. Cependant, dans le secteur des systèmes de paiement, on a eu recours à la fois à des mesures de séparation et à l'obligation d'autoriser l'accès à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires (FRAND) pour éviter que des entreprises verticalement intégrées ne cherchent à favoriser leurs propres services. À titre d'exemple, la plupart des systèmes de paiement appartiennent à des consortiums regroupant de grands établissements de crédit, lesquels pourraient être tentés d'empêcher les concurrents d'accéder à cette infrastructure essentielle et pourraient nuire aux consommateurs en fixant des commissions multilatérales d'interchange trop élevées.

22. Au sein de l'UE, ces problèmes ont été à l'origine de plusieurs affaires de concurrence, qui ont abouti à une action réglementaire⁴. Nous examinons dans la section 3 l'utilisation des restrictions applicables aux branches d'activité comme mesures correctives en cas d'infraction au droit de la concurrence. La réglementation adoptée a imposé une séparation fonctionnelle et comptable entre, d'une part, les réseaux de cartes de paiement, comme Visa et MasterCard, et, d'autre part, les fournisseurs de services de traitement. Elle a également plafonné le montant de la commission d'interchange facturée par les schémas de carte de paiement quadripartites pour les opérations par cartes de crédit ou de débit effectuées dans l'UE par les consommateurs. Au Royaume-Uni, la commission parlementaire sur les normes bancaires a elle aussi plaidé pour une séparation structurelle des banques et des systèmes de paiement, ce qui impliquait que les banques renoncent à la propriété des systèmes de paiement⁵. Toutefois, l'autorité de régulation des systèmes de paiement a finalement décidé d'obliger les banques à autoriser l'accès aux systèmes à des conditions FRAND⁶.

23. Dans certains cas, le débat sur la séparation structurelle a repris de la vigueur sous l'influence du progrès technologique. Par exemple, l'apparition de batteries plus puissantes et plus efficaces a conduit les exploitants de réseaux électriques à investir pour développer, posséder et exploiter eux-mêmes des batteries (qui sont créatrices de valeur en tant qu'appareils de distribution). Il y a toutefois en quelque sorte manquement à la séparation structurelle puisque la capacité représentée par les batteries devrait normalement être vendue sur des marchés de flexibilité potentiellement concurrentiels (étant donné qu'elles sont à la fois capables de stocker et de fournir de l'énergie au réseau électrique).

24. Comme l'ont souligné entre autres Biggar (2016) et OECD (2017), si les prix de l'électricité étaient efficaces (c'est-à-dire reflétaient l'offre et la demande à la date d'utilisation), il ne serait pas nécessaire de s'en remettre aux exploitants de réseaux pour investir dans les batteries. Toutefois, quand les prix sont inefficaces si bien que l'entrée sur le marché des batteries et l'investissement dans les batteries sont insuffisants, il peut être justifié de permettre aux exploitants de réseaux de s'approvisionner en capacité sur le marché en appliquant les bonnes pratiques en matière de passation des marchés (d'autant qu'il peut arriver qu'aucun autre acteur du marché ne le fasse).

25. Le recours à la séparation structurelle est également observé dans d'autres secteurs très réglementés, mais il est essentiellement motivé par la volonté d'éviter la contagion en cas de crise et de protéger les consommateurs des conflits d'intérêts⁷. Même quand les problèmes de concurrence ne sont pas la motivation première de leur adoption, les restrictions réglementaires applicables aux branches d'activité peuvent remédier à des distorsions de concurrence telles que l'importation de subventions implicites qui se produit quand des établissements bancaires sont présents dans des marchés adjacents, comme la banque de détail et la banque d'investissement⁸.

26. Par exemple, les banques de détail d'importance systémique peuvent espérer avoir accès à des subventions publiques en cas de crise et voir le coût de leurs emprunts diminuer, ce qui signifie en réalité qu'elles bénéficieraient d'une subvention implicite de l'État. Si cet avantage est utilisé pour subventionner d'autres activités sur d'autres marchés, il peut se traduire par un avantage sur les coûts qui fausse la concurrence sur le marché adjacent de la banque d'investissement. En pareil cas, une séparation structurelle est de nature à éviter que les règles du jeu concurrentiel ne soient faussées en plus de contribuer à empêcher la contagion pendant une crise systémique. Citons à titre d'illustration la séparation structurelle imposée par la loi Glass-Steagall aux États-Unis en 1933 avant d'être supprimée par la loi Gramm-Leach-Bliley de 1999, de même que les obligations de séparation imposées par la règle Volcker introduite en 2010, que la Réserve fédérale a proposé d'assouplir en janvier 2020.

27. En Europe, la Commission indépendante sur le secteur bancaire en place au Royaume-Uni a opté pour une autre voie, préconisant des mesures de séparation comportementale pour sanctuariser ces activités⁹. L'UE n'a pour l'heure pas imposé d'obligation de séparation dans les marchés bancaires, même si l'Allemagne et la France ont l'une et l'autre adopté leurs propres restrictions¹⁰.

3. Les restrictions applicables aux branches d'activité utilisées comme mesures correctives en cas d'infraction au droit de la concurrence

28. Dans les marchés non réglementés, des restrictions structurelles comme celles habituellement employées pour réglementer les services d'utilité publique, et des restrictions comportementales peuvent être utilisées comme mesures correctives à la suite d'une enquête de l'autorité de la concurrence sur le comportement d'entreprises verticalement intégrées. Nous examinons d'abord les problèmes qui se posent en cas de compression de marge, puis les comparons à ceux observés en cas de refus de vente. Nous examinons ensuite les problèmes posés par un refus implicite de vente et les comparons là aussi à ceux qui découlent de pratiques de compression de marge. Nous présentons les conclusions qui peuvent en être tirées s'agissant du choix de la mesure corrective la plus efficace et la plus appropriée dans chacun de ces scénarios.

3.1. Compression de marge

29. Les restrictions applicables aux branches d'activité sont souvent utilisées comme mesure corrective lorsqu'une compression de marge est considérée comme un abus de position dominante. Ces scénarios se produisent souvent lorsqu'une entreprise verticalement intégrée en position dominante dans un marché amont (par exemple un réseau électrique) est soupçonnée d'avoir utilisé cette position pour réduire les contraintes concurrentielles auxquelles elle est confrontée sur le marché aval (marché de détail de l'électricité). Il existe un autre scénario, dans lequel l'entreprise intégrée utilise sa puissance de marché sur le marché aval (réseau de distribution) pour réduire les contraintes concurrentielles auxquelles ses produits sont soumis sur les marchés amont (production des biens distribués). Plus précisément, si le pouvoir de marché est exercé sur le marché amont, le risque est que l'entreprise verticalement intégrée l'utilise pour s'assurer que l'écart entre ses prix de gros et ses prix de détail est trop faible pour qu'un concurrent puisse rivaliser sur le marché de détail.

30. Cet écart peut être créé de deux manières, si bien que deux théories du préjudice peuvent être considérées comme décrivant une compression de marge¹¹. La théorie pertinente et la mesure corrective à envisager diffèrent donc selon la manière dont l'entreprise verticalement intégrée est soupçonnée d'avoir utilisé son pouvoir de marché comme un levier pour s'imposer sur l'autre marché.

31. L'entreprise qui dispose d'un pouvoir de marché en amont peut par exemple choisir de ne pas pratiquer de discrimination par les prix au moyen de son prix de gros mais de fixer ce prix à un niveau élevé de manière à comprimer les marges à la fois de sa filiale située en aval et des concurrents de celle-ci sur ce marché. Parce qu'elle risque d'évincer les concurrents, cette pratique est de nature à réduire la concurrence sur le marché aval. Parallèlement, l'entreprise peut utiliser la marge supplémentaire dégagée en amont pour compenser par un subventionnement croisé les pertes subies par sa filiale en aval. Dans ce scénario, que les preuves produites à l'appui des soupçons soient ou non convaincantes, la compression de marge alléguée s'analyse en substance en une forme déguisée de pratique de prix prédateurs de la part de la filiale¹².

32. L'entreprise verticalement intégrée peut également exploiter sa puissance sur le marché amont et exercer un effet de levier en pratiquant une discrimination par les prix entre sa filiale située en aval et les concurrents de celle-ci afin d'augmenter leurs coûts (forme déguisée d'augmentation des coûts des concurrents). Il risque de s'ensuivre un verrouillage total ou partiel du marché et, par conséquent, une réduction de la concurrence en aval.

33. Cette discrimination peut reposer sur d'autres facteurs que les prix. Ainsi, une entreprise peut faire augmenter les coûts de ses concurrents, non pas en majorant le prix des consommations intermédiaires, mais en fournissant un service de moins bonne qualité (c'est par exemple la stratégie adoptée dans l'exemple du réseau large bande de BT cité dans la section 2). Un autre scénario, décrit dans la section 5, consiste pour une plateforme dominante vendant un produit ou service sur le marché concurrentiel situé en aval à se livrer à une discrimination en favorisant ses propres produits dans les résultats de recherche qu'elle retourne (« autofavoritisme »). En pareil cas, le mauvais classement des produits concurrents dans les résultats de recherche et la moindre attention qu'ils suscitent peuvent verrouiller l'accès aux consommateurs, accroître les coûts des concurrents et, par conséquent, faire augmenter leurs prix et réduire ainsi la pression concurrentielle à laquelle sont soumis les produits et services vendus par la plateforme.

34. Bostoen (2017) en déduit que l'affaire Google Shopping peut être analysée comme une affaire de compression de marge reposant sur une discrimination et estime que dans ce type d'affaire, l'application du test de l'éviction d'un concurrent aussi efficace suppose de rechercher si une plateforme dominante pourrait proposer son propre produit de manière rentable et livrer une concurrence effective pour conquérir les utilisateurs finaux si elle était elle-même victime de la discrimination. Il ajoute que l'une des manières de répondre à cette question consiste à interpréter le prix que la plateforme demande à ses concurrents pour les faire apparaître en tête des résultats de recherche comme son prix de gros. Pour appliquer le test, on peut donc ensuite rechercher si elle pourrait proposer son propre produit de manière rentable et livrer une concurrence effective pour conquérir les utilisateurs finaux si elle devait payer le prix demandé par Google en contrepartie d'une place en tête des résultats de recherche. On obtient évidemment le coût d'opportunité découlant du fait que la bonne position dont bénéficie Google Shopping lui est accordée gratuitement. En conséquence, de manière plus générale, le test pourrait porter sur la question de savoir si le produit vendu en aval par l'entreprise intégrée serait rentable si celle-ci payait le véritable coût d'opportunité du traitement préférentiel (discriminatoire) dont elle a bénéficié. En réalité, à travers le test, on cherche déterminer si la discrimination dissimule une stratégie prédatrice.

35. Il est possible d'opter pour une autre méthode, reposant sur une théorie du préjudice relative à la hausse des coûts des concurrents et consistant à mesurer le degré de verrouillage de la clientèle par rapport à un scénario contrefactuel dans lequel il n'y aurait pas de discrimination, par exemple en analysant l'algorithme. On peut ensuite calculer le coût supplémentaire à supporter par le concurrent pour retrouver son rang dans le classement et l'effet de cette hausse de coût sur ses prix, ce qui permet ensuite d'évaluer l'augmentation du prix des produits du concurrent et de l'entreprise elle-même induite par la discrimination. Ces produits peuvent être gratuits pour les consommateurs, mais ils ne le sont pas pour les annonceurs et/ou les vendeurs qui se trouvent sur le versant de la plateforme qui crée des recettes.

36. Quelle se fasse sur la base des prix, du classement ou de la qualité, la discrimination n'est bien sûr pas problématique en elle-même. Une entreprise verticalement intégrée qui dispose d'un pouvoir de marché en amont (par exemple un producteur de contenus) a souvent intérêt à proposer ses produits dans un large éventail de points de vente en aval pour toucher la clientèle ou le public le plus large possible. Cette nécessité pour l'entreprise située en amont de veiller à son propre bénéfice tend à limiter les préjudices que la discrimination cause aux consommateurs. De même, une entreprise verticalement intégrée disposant d'une puissance de marché en aval a intérêt à proposer une large gamme de produits et services sur sa plateforme pour attirer une diversité de consommateurs. Dans les deux cas, cet intérêt réduit le risque de voir la discrimination se traduire par une baisse de la production. Néanmoins, dans certaines circonstances, l'entreprise a au contraire intérêt à utiliser sa puissance de marché à des fins d'éviction. Le degré de chevauchement entre la filiale de l'entreprise verticalement intégrée et ses concurrents sur le marché dans lequel l'entreprise espère acquérir un monopole est déterminant. Plus il est important, plus l'entreprise verticalement intégrée a intérêt à céder largement des contenus sous licence – si elle fournit des contenus télévisuels – ou à héberger une large gamme de produits sur sa plateforme – si elle est une plateforme numérique de vente.

37. Lorsque la pratique de compression de marge repose sur une position dominante plutôt que sur l'exploitation d'une installation essentielle, les autorités renoncent souvent à imposer une obligation d'accès parmi les mesures correctives qu'elles ordonnent. Elles préfèrent en général opter pour des mesures plus légères. Ainsi, dans la procédure engagée par l'UE contre Slovak Telekom, il a été enjoint à l'entreprise de mettre un terme à sa pratique de compression de marge, mais aucune obligation de contracter ne lui a été imposée¹³. De même, dans l'affaire Google Shopping, la mesure corrective a consisté,

comme c'est souvent le cas, à ordonner à l'entreprise de mettre un terme à sa pratique et à lui laisser le soin de faire des propositions¹⁴, ce qui a abouti à un système permettant aux concurrents d'enchérir pour obtenir une place dans un carrousel (Encadré 4). La mesure appliquée est donc en réalité une forme d'obligation de non-discrimination dans laquelle le prix d'accès que paient les concurrents est fixé par un mécanisme d'enchères. En d'autres termes, elle ne va pas jusqu'à exiger que les concurrents puissent avoir accès aux premières places dans les résultats de recherche à des conditions FRAND. Il n'est pas exemple pas prévu de procéder à un contrôle des algorithmes pour vérifier qu'ils garantissent des règles du jeu équitables.

Encadré 1. La théorie du profit de monopole unique

Autrefois, la théorie du profit de monopole unique avançait que les autorités n'avaient pas à s'inquiéter d'un risque de compression de marge étant donné qu'un monopoleur (ici sur le marché amont) ne pouvait extraire son profit de monopole qu'une fois. Une entreprise disposant d'un pouvoir de marché en amont est donc déjà parfaitement capable d'extraire son profit de monopole en pratiquant un prix de monopole sur ce marché. Selon cette théorie, peu importe pour le consommateur et l'entreprise que le marché situé en aval soit ou non concurrentiel. Toutefois, nul n'ignore que cette théorie repose sur plusieurs hypothèses extrêmes qui ne sont souvent pas validées par la réalité, comme exposé ci-après (Salop, 2018, Baker, 2014, Kaplow, 1985).

À titre d'exemple, la théorie suppose que le verrouillage du marché aval ne protège pas le monopole détenu en amont par l'entreprise en rendant l'entrée plus difficile (par exemple pour un concurrent situé en aval s'engageant dans une opération d'intégration verticale). Elle suppose également que l'éviction des concurrents existants ou potentiels sur le marché aval ne renforce pas la capacité de l'entreprise à se livrer à une discrimination par les prix et à mieux exploiter sa puissance de marché (la discrimination par les prix en aval n'est évidemment pas possible en l'absence de pouvoir de marché sur le marché aval). La troisième hypothèse est que le verrouillage du marché ne protège pas l'entreprise d'une concurrence reposant sur d'autres critères que le prix dans le marché aval. Quatrièmement, le concurrent présent sur le marché aval n'a aucune possibilité, aussi limitée soit-elle, de faire appel à d'autres intrants, si bien que la discrimination ne permet pas à l'entreprise dominante d'augmenter son profit sur le marché aval plus que ce que lui permettrait une hausse de son prix de gros. Cinquièmement, le prix pratiqué par l'entreprise sur le marché amont n'est pas plafonné, car s'il l'était, sa capacité à extraire une rente de son prix de gros serait limitée. Sixièmement, la théorie suppose que la technique de production utilise tous les intrants dans des proportions fixes. En effet, lorsque seul le marché amont (des intrants) a une structure monopolistique, les entreprises situées en aval réagissent en modifiant la composition de leur panier d'intrants de manière à réduire le plus possible la quantité de produit de monopole qui entre dans la composition de leurs produits¹⁵.

Beaucoup de marchés non réglementés, voire à la plupart d'entre eux, étant dans ce cas, il est probable que les entreprises aient un intérêt à évincer leurs concurrents à travers une pratique de compression de marge sur un large éventail de marchés. Toutefois, la question de savoir si cet intérêt se matérialise réellement dans une situation donnée dépend évidemment des caractéristiques de la situation.

3.2. Refus de vente et compression de marge

38. La pratique du refus de vente est elle aussi associée à des relations verticales, plus précisément à un scénario dans lequel une entreprise est présente sur les marchés amont et aval et dispose d'une position dominante sur l'un des deux. En empêchant ses concurrents présents sur le marché le plus concurrentiel d'accéder à un intrant essentiel ou à un service de distribution indispensable, elle peut espérer exploiter la puissance dont elle dispose sur un marché pour s'imposer sur l'autre.

39. Cette stratégie par laquelle une entreprise utilise sa puissance de marché comme un levier peut et doit être distinguée d'autres théories du préjudice, comme celles relatives à la compression de marge, que celle-ci revête la forme d'une pratique de prix prédateurs ou d'une stratégie d'augmentation des coûts des concurrents. Selon ces deux théories du préjudice, pour qu'il y ait préjudice, il faut (entre autres) que l'entreprise en place détienne une position dominante ; il n'est cependant pas nécessaire qu'elle exploite une installation *essentielle*.

40. À l'inverse, pour qu'il soit établi qu'un refus de vente a en réalité pour but d'*empêcher l'accès* d'un concurrent à un intrant et, par conséquent, pour avoir l'assurance qu'il est nécessaire d'obliger l'entreprise à traiter avec le concurrent en question, il faut que ce refus ait *à priori* pour résultat d'empêcher l'accès. S'il existe au contraire une solution pour contourner le refus, par exemple la possibilité d'utiliser un autre intrant ou de le payer plus cher pour comprimer ensuite la marge du concurrent, cette théorie du préjudice n'est pas confirmée (même si cela n'empêche pas nécessairement d'autres théories, par exemple la compression de marge, de se vérifier).

41. Cette distinction a des implications importantes en ce sens que la restriction généralement imposée en guise de mesure corrective en cas de refus explicite d'accès à une installation essentielle consiste à imposer une obligation de contracter pour obliger l'entreprise à autoriser l'accès et à traiter avec ses concurrents. On peut se reporter à cet égard aux affaires *Aspen Skiing*¹⁶, *Magill*¹⁷ et *Commercial Solvents*¹⁸, par exemple. En revanche, en l'absence d'installation essentielle, une mesure corrective proportionnée a plutôt pour but, non pas de contraindre l'entreprise à contracter (elle le fait déjà), mais d'aider les concurrents existants à livrer concurrence par les mérites. Il est par exemple envisageable d'imposer une obligation de non-discrimination (sans imposer l'accès) ou de fixer des normes obligatoires afin de garantir la portabilité et l'interopérabilité.

Encadré 2. Aspen¹⁹

Dans l'affaire Aspen Skiing Co. c. Aspen Highlands Skiing Corporation, la Cour suprême devait déterminer les conditions dans lesquelles une entreprise en position dominante est tenue de continuer d'appliquer un accord de commercialisation commune conclu avec un concurrent. La société défenderesse (—Ski Co.) possédait trois des quatre stations de ski existant dans le marché pertinent. La demanderesse (—Highlands) possédait la seule autre station. Pendant des années, les deux entreprises avaient coopéré, offrant un forfait commun qui permettait aux skieurs d'utiliser les remontées mécaniques des quatre stations. Elles partageaient les recettes tirées de la vente de ces forfaits sur la base de la fréquentation de chaque station. Finalement, Ski Co. a demandé à Highlands d'accepter un pourcentage fixe des recettes nettement inférieur à la moyenne historique de ce qu'elle percevait sur la base de la fréquentation. Les entreprises ne parvinrent pas à s'entendre sur la répartition des recettes et Ski Co. mit un terme à l'accord. Highlands tenta diverses solutions, proposant par exemple des forfaits incluant les trois stations exploitées par Ski Co., laquelle aurait été remboursée à raison du prix de détail du forfait. Ski Co. déclina cependant cette proposition.

Tout en reconnaissant que « même une entreprise disposant d'un monopole n'a pas l'obligation de s'engager dans un accord de commercialisation commune avec un concurrent », la Cour suprême a estimé que Ski Co. avait cette obligation, qu'elle a présentée comme un droit non absolu de refuser de contracter : « La grande valeur que nous accordons au droit de refuser de contracter avec d'autres entreprises ne signifie pas que ce droit soit sans limite ». La juridiction qui avait statué en première instance avait ordonné à la société défenderesse de coopérer avec la demanderesse en proposant un forfait six jours permettant d'accéder aux quatre domaines pendant trois ans au maximum. Cet accord n'a pas été contesté devant la Cour suprême et a continué de s'appliquer après confirmation du jugement.

42. Cet exemple traduit le caractère extrêmement intrusif de l'application d'une obligation de contracter. Même lorsqu'elle est en position dominante, une entreprise verticalement intégrée peut avoir de multiples raisons légitimes et proconcurrentielles de refuser de contracter avec une autre. Ainsi, un vendeur peut ne pas être en capacité de satisfaire aux exigences de l'acheteur, ou l'acheteur peut avoir des antécédents de retards de paiement ou représenter un risque pour la réputation du vendeur (même si des limites ont été imposées à l'utilisation de ce moyen de défense, à tout le moins dans la jurisprudence européenne)²⁰.

43. Ces raisons expliquent que dans la plupart des pays, la jurisprudence ne considère le refus explicite de contracter comme une pratique anticoncurrentielle que si des conditions très précises sont réunies. Il faut notamment que le refus concerne un produit ou service objectivement nécessaire au sens où il constitue un intrant essentiel ou indispensable pour qu'un concurrent se maintienne sur un marché aval²¹. Par ailleurs, il faut noter qu'il n'arrive que rarement voire jamais qu'une séparation structurelle soit imposée pour remédier à un refus de vente. Cette mesure est plutôt imposée *ex ante*, dans le cadre d'une réglementation ou du contrôle des fusions.

3.3. Refus implicite de vente et compression de marge

44. Dans ce contexte, il est possible qu'une entreprise exploitant une installation essentielle cherche à échapper à une intervention en droit de la concurrence en s'abstenant de tout refus de vente (de peur de voir sa responsabilité mise en cause) et en pratiquant un refus *implicite* de vente, c'est-à-dire en fixant le prix à un niveau tel que l'offre n'en est en réalité pas une et s'apparente à un refus de vente²². Ce risque a fait naître une volonté de veiller à ce que ce type de comportement ne permette pas à l'entreprise de s'exonérer de toute responsabilité pour une pratique qui est fondamentalement la même qu'une pratique de refus de vente (voir *EU Prioritisation guidance*, 2009).

45. Toutefois, lorsqu'un refus de vente n'est pas explicite et que la stratégie d'éviction repose sur les prix (ou les conditions), diverses autres théories du préjudice peuvent être invoquées et diverses mesures correctives ne consistant pas à imposer l'accès (par une séparation structurelle ou un engagement comportemental) peuvent être efficaces et proportionnées²³. Parmi ces théories figurent la compression de marge, sous la forme d'une pratique prédatrice ou d'une stratégie d'augmentation des coûts des concurrents, et d'autres comportements similaires (qu'il ne faut pas confondre avec le refus implicite de vente). En réalité, étant donné la variété de ces théories du préjudice, peut-être serait-il plus utile de nommer expressément le mécanisme utilisé pour exploiter le pouvoir de marché comme un levier – augmentation des coûts des concurrents (ou dans d'autres cas, « pratique de prix prédateurs ») au lieu de parler de compression de marge et de refus implicite de vente.

46. Lorsque la compression de marge est en réalité une « pratique déguisée de prix prédateurs », la théorie du préjudice n'est absolument pas la même que celle à laquelle penserait l'autorité de la concurrence dans un cas de refus implicite de vente. En particulier, en cas de compression de marge, le prix auquel le produit est proposé au concurrent n'est *pas* excessif ; il est le même que celui que l'entreprise verticalement intégrée exige de sa propre filiale et des autres acteurs du marché.

47. De même, lorsque la compression de marge semble mise en œuvre à travers une stratégie d'augmentation des coûts des concurrents, la théorie du préjudice n'est une nouvelle fois pas la même qu'en cas de refus implicite de vente. Le refus implicite de vente ne se traduit en particulier pas par une hausse des coûts des concurrents puisqu'il faudrait que le prix élevé soit défini de manière à garantir que le concurrent ne peut *pas* acheter du tout ; il n'y aurait donc pas hausse de ses coûts. En revanche, il serait dans l'incapacité de fabriquer un produit faisant appel à l'intrant fourni par l'installation essentielle. En réalité, en supposant que le concurrent achète un produit de substitution, éventuellement auprès d'un concurrent moins efficient présent sur le marché amont et que ses coûts augmentent effectivement, la présence de ce concurrent en amont montre que l'installation n'était en fait pas essentielle (ou, plutôt, qu'il y avait une installation rivale). Si le concurrent achetait le produit à l'entreprise malgré le prix élevé, ce prix ne pourrait pas s'analyser en un refus implicite de vente (puisque à l'évidence, il y a eu vente).

48. Une pratique de compression de marge reposant sur une stratégie d'augmentation des coûts des concurrents permettrait en réalité à l'entreprise de bénéficier *à la fois* d'une hausse de la marge qu'elle dégage sur les produits qu'elle continue de vendre au concurrent situé en aval et de la réduction de la pression sur les prix exercée sur les produits qu'elle vend en aval (d'où une hausse des marges et des prix en aval). En conséquence, la compatibilité des incitations nécessaire pour qu'une stratégie de compression de marge soit rentable est donc *a priori* une contrainte nettement moins forte que celle nécessaire pour qu'une stratégie de refus de vente soit rentable. Ainsi, le refus de vente suppose de renoncer à l'intégralité des ventes potentiellement rentables au concurrent aval afin de l'obliger à

sortir du marché, sans qu'il y ait la moindre certitude de récupérer ce coût sous la forme d'une future augmentation des bénéfices en aval.

49. Colomo, (2019) estime que les juges européens pourraient fixer des critères différents pour les affaires de compression de marge et pour les affaires de refus de vente en s'appuyant sur le fait que les restrictions susceptibles d'être imposées en guise de mesures correctives ne sont pas aussi contraignantes dans un cas que dans l'autre. Sans doute cela n'est-il pas faux, mais nous avançons ici que la théorie du préjudice n'est pas la même et que c'est la raison pour laquelle les tribunaux n'appliquent pas les mêmes critères et imposent des mesures correctives différentes. En d'autres termes la corrélation constatée entre mesures correctives et critères appliqués dépend d'un troisième élément – la théorie du préjudice.

50. En pratique, lorsqu'il n'y a pas refus *explicite* de vente mais soupçon de refus *implicite* de vente, les autorités de la concurrence ont peut-être intérêt à examiner à la fois mais séparément si l'entreprise empêche ses concurrents d'accéder aux intrants dont ils ont besoin pour résister à la concurrence et si elle tente d'augmenter les coûts de ses concurrents. Comme souligné plus haut, il doit être clair dans ce type d'affaires que l'entreprise ne se livre pas à une pratique de compression de marge basée sur des prix prédateurs, si bien qu'il doit être possible d'écarter totalement cette hypothèse. En conséquence, selon la théorie du préjudice applicable aux circonstances de l'affaire en cause, les conditions qui doivent être réunies ne sont pas les mêmes. En particulier, la condition imposée peut être une condition de position dominante ou d'implication d'une installation essentielle. Dans le cas de la théorie fondée sur l'augmentation des coûts des concurrents, d'autres conditions pourraient être pertinentes, notamment la raison pour laquelle le théorème du profit de monopole unique est écarté (Encadré 1).

51. À noter que dans l'UE, depuis l'affaire *TeliaSonera*, les conditions qui doivent être réunies pour qu'une pratique de compression de marge anticoncurrentielle soit caractérisée et, par conséquent, pour qu'il soit potentiellement nécessaire d'imposer une obligation de non-discrimination ou des normes obligatoires de portabilité et/ou d'interopérabilité sont notamment : l'existence d'une position dominante ; la présence d'un large écart entre les prix de gros et de détail ; le risque d'élimination de toute concurrence effective sur le marché aval et la probabilité de préjudice au consommateur. Le caractère indispensable ou essentiel de l'intrant n'est pas requis, même si, en présence d'un intrant indispensable, l'existence d'effets anticoncurrentiels est jugée probable (dans le cas contraire, ils doivent être démontrés) ; il n'est pas nécessaire qu'une obligation de contracter s'applique pour que la pratique soit caractérisée (Veljanovski, 2012).

52. Cremer et al. (2018) insistent sur ce point dans le rapport sur la politique de la concurrence à l'ère du numérique : « favoriser ses propres produits n'est pas une pratique abusive *per se*, mais une évaluation des effets doit être effectuée. Nous pensons cependant que lorsqu'elle est mise en œuvre par une plateforme numérique verticalement intégrée, une telle pratique peut être abusive non seulement si les conditions énoncées par la doctrine de "l'installation essentielle" sont réunies, mais aussi dès lors qu'elle risque de permettre à la plateforme d'utiliser son pouvoir de marché pour exercer un effet de levier et n'a pas une motivation proconcurrentielle ». Nous reviendrons sur la question des marchés numériques dans la section 5.

53. Dernier point : même si la présence d'un intrant essentiel ou indispensable n'est pas nécessaire pour qu'une pratique de compression de marge soit caractérisée, il peut arriver qu'un intrant essentiel soit impliqué. Dans ce cas, l'entreprise verticalement intégrée peut restreindre la concurrence soit à travers la compression de marge soit à travers le refus de vente. L'autorité de la concurrence aurait alors tout intérêt à tenir compte du fait que si elle impose une mesure corrective pour remédier à la compression de marge, par exemple

une obligation de non-discrimination, l'entreprise risque tout simplement d'adopter une stratégie de refus de vente pour se conformer à l'obligation tout en restreignant la concurrence. Il est permis d'en déduire que l'évaluation du caractère indispensable d'un intrant est utile, y compris dans une affaire de compression de marge (bien que le caractère indispensable ne soit pas une condition nécessaire) parce que cette évaluation peut aider à sélectionner une mesure corrective efficace et proportionnée.

4. Les restrictions applicables aux branches d'activité utilisées comme mesures correctives en cas de fusion verticale

54. Bien qu'elles soient rarement bloquées, les fusions verticales peuvent comporter les mêmes risques de verrouillage que ceux recherchés dans le cadre de l'examen de pratiques d'éviction comme la compression de marge ou le refus de vente, et les mêmes risques que ceux que la réglementation *ex ante* cherche souvent à prévenir. De même que ces pratiques sont peu courantes tout en étant bien établies dans la théorie économique, les actions contre les fusions verticales sont rares (quoique peut-être de plus en plus courantes à mesure que les lignes directrices adoptées en la matière sont actualisées en tenant compte de la pensée économique)²⁴.

55. Néanmoins, lorsque les autorités de la concurrence remettent en cause des fusions verticales, elles sont susceptibles d'imposer une forme quelconque de restriction applicable aux branches d'activité. Il peut s'agir d'une solution structurelle prenant la forme d'une interdiction, comme celle que le ministère de la Justice des États-Unis a tenté d'imposer lors de la fusion entre AT&T et Time Warner. Il peut aussi s'agir d'une solution comportementale comme celle retenue dans le cas de la fusion entre Comcast et NBCU (Encadré 3), et en réalité comme les mesures que les parties elles-mêmes proposent parfois pour empêcher les problèmes d'apparaître (voir l'arbitrage contraignant proposé par AT&T pour éliminer les risques de verrouillage induits par le projet de fusion avec Time Warner)²⁵.

56. Les craintes suscitées par les fusions verticales ont en général trait au risque que la fusion facilite la compression de marge et, par conséquent, le verrouillage du marché. Les conditions qui doivent être réunies sont donc globalement les mêmes, mais elles ont nécessairement une dimension prospective (les autorités n'ont pas le recul dont elles disposent dans les actions pour pratique abusive). Par exemple, il n'est pas nécessaire que l'intrant produit en amont soit une installation essentielle : le fait de disposer d'une puissance de marché et l'importance de l'intrant qui en découle suffisent. L'importance reconnue aux contenus diffusés par les chaînes du groupe Turner lors de l'examen du projet de fusion AT&T-Time Warner en est une illustration²⁶.

57. Il ne faut pas pour autant en déduire qu'une fusion verticale qui risque d'aboutir à un refus de vente ne peut pas elle aussi être remise en cause et donner lieu à l'imposition de mesures correctives. Il faut toutefois à cette fin établir l'existence d'une installation essentielle et démontrer qu'il serait rentable pour l'entité intégrée de refuser de contracter avec ses concurrents après la fusion. Il faut en outre qu'il s'agisse d'un véritable refus et non d'une menace de retrait de négociations.

58. Comme souligné, Crawford et al. (2018) font observer qu'il peut être préjudiciable de bloquer une fusion verticale, mais ajoutent que dans le cadre d'opérations verticales impliquant des entreprises dominantes, il pourrait y avoir davantage de possibilités qu'on ne le pense d'imposer des mesures correctives comportementales de nature à améliorer le bien-être des consommateurs. Ainsi, dans le cadre du contrôle des concentrations et de leurs interventions répressives, les autorités de la concurrence se concentrent sur les mesures de nature à prémunir contre la *diminution* de la concurrence et considèrent qu'il n'est pas de

leur ressort d'agir pour l'*intensifier* en imposant des mesures proconcurrentielles dans le cas de fusions n'ayant pas d'effets anticoncurrentiels (cet objectif doit être réservé aux actions menées dans le cadre de leur mission de sensibilisation). L'étude de Crawford et al. rappelle que la préservation et le maintien de la concurrence régnant avant la fusion n'impliquent pas de bloquer l'opération ou d'imposer la cession de branches d'activité et de renoncer ainsi à de potentiels gains d'efficacité. Au contraire, des mesures comportementales sont de nature à maintenir le même niveau de concurrence qu'avant la fusion tout en permettant la réalisation de gains d'efficacité grâce à l'opération et en améliorant ainsi le bien-être (sans pour autant intensifier la concurrence, ce qui est un élément important puisque, comme souligné plus haut, il peut être difficile de faire de l'intensification de la concurrence l'objectif d'une mesure corrective imposée dans le cadre d'une fusion ou d'une intervention répressive).

59. Il sera donc intéressant d'examiner si la possibilité d'adoption de mesures comportementales de nature à accroître le bien-être encourage les entreprises en position dominante s'engageant dans des opérations d'intégration verticale à proposer des engagements comportementaux et incite les autorités à accepter ces engagements.

Encadré 3. Comcast/NBCU

Le 3 décembre 2009, Comcast et NBC Universal (NBCU) ont annoncé l'acquisition par Comcast d'une participation majoritaire dans NBCU. Comcast possède le plus grand réseau de distribution par câble des États-Unis et NBCU était un acteur important sur le marché des contenus vidéo. Leur principale relation résidait dans la fourniture par NBCU de contenu vidéo à Comcast, qui le distribuait ensuite aux consommateurs à travers son réseau câblé. La division antitrust du ministère de la Justice des États-Unis et la *Federal Communications Commission* (FCC), autorité de régulation du secteur des communications, ont examiné l'opération.

Les deux autorités craignaient que l'entité issue de la fusion n'empêche les distributeurs de contenu concurrents de Comcast d'accéder aux contenus vidéo de NBCU ou n'augmente le prix d'accès à ces contenus, alors que les concurrents en avaient besoin pour livrer concurrence à Comcast. ; elles craignaient également qu'elle réserve aux contenus autres que ceux de Comcast/NBCU un traitement défavorable pour l'accès au réseau câblé de Comcast.

Elles ont donc subordonné la réalisation de l'opération à l'adoption de plusieurs mesures comportementales. Elles ont notamment exigé que la nouvelle entité permette aux distributeurs de vidéos en ligne d'utiliser son contenu dans le cadre de licences prévoyant les mêmes conditions que celles proposées à d'autres distributeurs de contenu vidéo. Elles lui ont également imposé de réserver un traitement identique à l'ensemble du trafic Internet, et en particulier de veiller à ne pas réserver un traitement plus défavorable aux distributeurs de contenu vidéo qu'au reste du trafic transitant par le réseau câblé de Comcast, dont celui en provenance de ses propres sites. Enfin, s'agissant de l'accès des concurrents au contenu, le même type de mécanisme d'arbitrage contraignant que celui utilisé dans l'opération AT&T-Time Warner a été imposé par le ministère de la Justice et la FCC.

Source : United States et al. c. Comcast Corp. et al., 808 F. Supp. 2d 145 (D.D.C. 2011) ; les pièces de procédure peuvent toutes être consultées à l'adresse <http://www.justice.gov/atr/cases/comcast.html>.

5. Les restrictions applicables aux branches d'activité sont-elles nécessaires dans les marchés numériques ?

60. Nous commençons par examiner rapidement les raisons qui pourraient justifier l'imposition de restrictions pour créer, protéger ou favoriser la concurrence sur les marchés amont qui constituent le « cœur de métier » des plateformes numériques. Les mesures prises pour intensifier la concurrence sur ces marchés, par exemple ceux des télécommunications, pourraient faire obstacle aux opérateurs qui exploitent la puissance de marché dont ils disposent pour s'imposer sur des marchés aval (ou amont). Ce serait donc un moyen de résoudre le problème sans avoir à recourir à des restrictions structurelles. Nous examinons ensuite brièvement le bien-fondé du recours aux restrictions applicables aux branches d'activité pour protéger la concurrence sur les marchés aval.

5.1. La nature de données détenues par les plateformes numériques justifie-t-elle le recours à des restrictions applicables aux branches d'activité ?

61. Bon nombre des actifs qualifiés jusqu'à présent d'installations essentielles étaient des monopoles « naturels » (réseaux de gaz, d'électricité, d'eau, de voies ferrées et de télécommunications). Ces monopoles sont considérés comme « naturels » parce qu'ils sont liés aux caractéristiques de la technologie de production et non au comportement de l'État ou des entreprises. Ils se caractérisent par des courbes de coûts moyen et marginal à long terme décroissantes et abruptes, ce qui signifie qu'il vaut mieux qu'une seule entreprise exploite la totalité des économies d'échelle possibles et approvisionne le marché. Au fond, les monopoles naturels existent en raison de la présence d'économies d'échelle et de gamme élevées par rapport à la demande du marché. Dès lors, il n'est pas possible qu'une concurrence efficiente règne sur le marché qui fournit ces ressources (le réseau électrique, par exemple) et il peut être impossible que les marchés aval et amont (marchés de détail ou de production de l'électricité) soient concurrentiels.

62. Toutefois, certains affirment également que les monopoles naturels ne sont pas seulement ceux qui font appel à une technique de production n'autorisant la présence que d'une seule entreprise. De fait, dans le cas de certains monopoles, c'est la nature de la demande qui ne permet qu'à une seule entreprise d'être présente sur le marché (voir [OECD, 2019](#)). Ces monopoles pourraient être qualifiés de monopoles « naturels » (liés à la demande) en ce sens qu'ils résultent de caractéristiques exogènes du marché et non du comportement des pouvoirs publics ou des entreprises.

63. Pourraient en faire partie les plateformes numériques qui disposent d'effets de réseau directs ou croisés suffisamment puissants. Ces effets et les données qu'ils produisent engendrent une valeur et, par conséquent, des économies d'échelle croissantes. En effet, la valeur, ou le consentement à payer pour le produit, augmente, parfois de manière exponentielle à mesure que la plateforme croît (et non à mesure que ses coûts diminuent). Dès lors, ces effets peuvent être suffisamment forts pour engendrer une concurrence pour le marché (dynamique voulant que le « gagnant remporte la majorité voire la totalité du marché ») plutôt qu'une concurrence dans le marché.

64. Quelles restrictions proportionnées pourrait-on envisager pour préserver la concurrence (et non les concurrents) dans ces marchés dans lesquels les plateformes recueillent des données jugées essentielles ? Existe-t-il des restrictions comportementales de nature à favoriser la concurrence dans ces marchés parfois considérés comme des monopoles naturels (et à éliminer ainsi le risque de verrouillage en aval) ? Dans cette partie, nous examinons brièvement trois des grands marchés qui constituent le « cœur de métier » des plateformes numériques, avant d'examiner, dans la section 5.2, les restrictions structurelles ou comportementales qui pourraient être nécessaires dans les marchés aval s'il n'est pas possible qu'une concurrence effective règne sur ces grands marchés.

5.1.1. Recherche générale sur Internet

65. À supposer que la recherche générale sur Internet (y compris vocale) soit un monopole naturel (ce qui peut être le cas ou non), contrairement aux réseaux sociaux et aux plateformes numériques de vente, elle s'apparente davantage à un monopole naturel (lié à l'offre) reposant sur les économies d'échelle qu'à un monopole lié à la demande reposant sur les effets de réseau.

66. La raison en est que les moteurs de recherche n'ont pas besoin « d'ajouter » des sites Internet supplémentaires sur l'autre face de leur plateforme pour créer des effets de réseau croisés propres à attirer des utilisateurs (comme dans le cas des réseaux sociaux, places de

marché numériques, sites de réservation d'hôtel, plateformes de distribution d'applications, systèmes d'exploitation, etc.). Tous les sites avec lesquels ils pourraient vouloir établir un lien sont déjà accessibles à tous.

67. La recherche générale sur Internet repose en réalité, du côté de l'offre, sur une technologie dont une composante (l'algorithme) se caractérise par le fait que plus les utilisateurs de la plateforme sont nombreux, plus la technologie est performante, ce qui est synonyme de meilleur appariement par la plateforme. Les utilisateurs produisent en effet plus de données et produisent une longue traîne de mots clés qui permet à l'algorithme de s'entraîner ou « d'apprendre par la pratique », ce qui améliore l'appariement entre les requêtes et les réponses. Ainsi, toutes choses égales par ailleurs, un moteur de recherche qui compte de nombreux utilisateurs et a donc plus de données à analyser peut réaliser un appariement de meilleure qualité qu'une plateforme qui compte peu d'utilisateurs et a peu de données à exploiter. Il s'agit donc d'effets d'apprentissage par la pratique du côté de l'offre, qui sont cependant alimentés par la croissance de la demande, exactement comme les effets de réseau.

68. Les données détenues par les moteurs de recherche généralistes sont comparables à celles que les supermarchés et grands magasins collectent à travers les cartes de fidélité, grâce auxquelles des entreprises connues et prospères apprennent à mieux connaître leurs clients pour améliorer l'appariement entre les produits et les attentes²⁷. La puissance de marché conférée par ces données est vraisemblablement importante. Elle est toutefois basée, non pas sur des effets de réseau, mais sur la technologie actuellement utilisée pour offrir le service. Le système de base à partir duquel la technologie fonctionne (le registre) peut être créé (et l'a effectivement été) par d'autres entreprises qui ont investi dans cette création. Il est cependant aussi indispensable d'investir dans l'entraînement des algorithmes pour qu'ils fassent des recherches dans ce registre en utilisant les données des utilisateurs (ce qui n'a pas autant été fait).

69. L'acquisition d'utilisateurs est probablement plus coûteuse pour les nouveaux moteurs de recherche qu'elle ne l'était au début de l'ère Internet. En conséquence, le coût de la reproduction d'un volume aussi énorme de mots clés est beaucoup plus élevé que celui qu'a assumé l'opérateur en place. Malgré cet avantage au premier entrant, on peut en principe escompter que des plateformes concurrentes fassent leur entrée et offrent de payer les utilisateurs (en nature ou en espèce) pour qu'ils utilisent leur moteur de recherche et si possible pour qu'ils transfèrent des informations sur leurs recherches passées (de la même manière que des concurrents naissent et investissent massivement dans la publicité et les prix bas pour croître sur d'autres marchés).

70. En conséquence, pour conclure que les données collectées par un moteur de recherche constituent une ressource essentielle non reproductible, il faut établir que les nouveaux entrants ne sont pas en mesure de payer les utilisateurs pour qu'ils changent de moteur et qu'il existe un prix plancher égal à zéro qui empêche les concurrents d'investir pour créer leur propre base d'utilisateurs. Si, comme nous le pensons, ce prix plancher existe, peut-être des mesures correctives permettant de l'éliminer seraient-elles préférables à l'imposition d'une obligation d'accès aux données de recherche parce que plus proportionnées.

71. L'existence d'un prix plancher égal à zéro peut par exemple laisser penser qu'il existe une dimension de bien public de l'infrastructure qui est obligée de faire des micropaiements ou de laisser les consommateurs s'engager à utiliser un moteur de recherche concurrent. Si tel est le cas, des mesures destinées à soutenir son développement pourraient être prises, tout comme les normes OpenAPI ont été élaborées à la suite d'études de marché d'autorités de la concurrence (voir la réflexion sur la banque ouverte dans [OECD, 2018](#) et la section 7.4 ci-après)²⁸.

72. Par ailleurs, pour qu'une concurrence puisse s'exercer pour l'obtention des données relatives aux recherches passées des utilisateurs, il pourrait aussi être nécessaire de permettre aux moteurs de recherche concurrents qui persuadent leurs utilisateurs de transférer leurs données historiques de le faire (par exemple à partir d'une adresse IP donnée). En conséquence, il pourrait être envisagé d'établir des normes obligatoires pour le transfert entre entreprises afin que ce celui-ci puisse se faire sans que le consommateur en supporte le coût.

5.1.2. Réseaux sociaux

73. Dans le cas des réseaux sociaux, les effets de réseau sont *directement* engendrés par la demande (et non par l'apprentissage par la pratique). Dès lors, dans ce domaine également, si les nouveaux entrants sont prêts à rémunérer les utilisateurs pour les attirer (et à pratiquer ainsi une diversion de clientèle), l'entrée est techniquement possible mais coûteuse²⁹.

74. À noter que l'entrée par l'acquisition de clients n'est pas possible lorsque le monopole naturel est un monopole d'infrastructure reposant sur l'offre parce qu'un exploitant d'un réseau de canalisations d'eau, de voies ferrées ou d'électricité serait contraint d'engager des coûts irrécupérables pour investir dans une infrastructure physique d'approvisionnement sans pouvoir compter sur une demande (ce qui ferait de cet investissement une opération à haut risque). De surcroît, le nouvel entrant devrait réaliser cet investissement sans avoir la perspective de voir le marché basculer en sa faveur même s'il parvient à atteindre la masse critique (étant donné qu'il ne peut pas compter sur une diversion de la clientèle pour fragiliser l'infrastructure physique de l'opérateur historique comme il pourrait le faire pour les effets de réseau de la plateforme)³⁰. À titre d'exemple, après l'entrée, deux exploitants du réseau électrique national resteraient sur le marché et le nouvel entrant ne pourrait espérer dégager qu'un profit de duopole ; à l'inverse, la valeur d'un réseau social immatériel commencerait à s'effriter si les utilisateurs décidaient de changer de réseau, si bien que le nouvel entrant pourrait avoir l'espoir d'extraire à terme un profit de monopole.

75. Dans le cas des réseaux sociaux, plutôt que d'imposer une obligation d'accès aux réseaux ou canalisations ou, en l'occurrence, aux données (par exemple au graphique social), les autorités de régulation ont la possibilité d'imposer l'application de normes d'interopérabilité. Cette solution est intéressante parce que contrairement à ce qui est observé dans le domaine de la banque ouverte (section 7.4), où le partage de données sur les utilisations antérieures permet aux tiers d'offrir des produits plus personnalisés, il n'est pas évident que les utilisateurs de réseaux sociaux retireraient des avantages du partage de données (par exemple de leur graphique social) avec les nouveaux entrants. Des normes d'interopérabilité pourraient en outre avoir un effet supérieur à celui de la portabilité en termes d'intensification de la concurrence pour le marché et finiraient par permettre un basculement vers une concurrence dans le marché. Elles permettraient par exemple aux entrants d'offrir la possibilité d'entrer en relation et d'interagir (interopérabilité) avec les utilisateurs de la plateforme en place sans contraindre celle-ci à leur permettre d'accéder à de volumineuses bases de données.

76. Voir, par exemple, le Graphique 2 ci-dessous qui reproduit une illustration de la CMA montrant le type de produit que l'interopérabilité entre réseaux sociaux permet d'obtenir. Les effets de réseau peuvent ensuite être exploités par les utilisateurs de multiples réseaux concurrents, sans qu'il s'ensuive une diminution des effets de réseau profitant aux utilisateurs du réseau en place.

Graphique 2. Exemple fictif d'interopérabilité des contenus fourni par la CMA



Source : CMA, Interim report on digital advertising market, 2019. Graphique 6.1 Interopérabilité de contenus.

5.1.3. Réseaux de distribution

77. Dans le cas des réseaux numériques de vente, les services ont un coût et il n'y a pas de prix plancher égal à zéro. Rien ou presque n'empêche les nouveaux entrants d'obtenir les mêmes données en suivant la même stratégie et en offrant des prix plus intéressants aux utilisateurs et des commissions plus faibles aux vendeurs pour attirer les deux côtés du marché et obtenir le même type de données. Comme souligné plus haut, cette stratégie est comparable à celle des supermarchés et grands magasins qui parviennent à obtenir des données leur permettant de mieux connaître leurs clients et d'améliorer ainsi l'offre qui leur est destinée.

78. Pour ce qui est des plateformes de vente, le problème ne réside donc pas dans les données que la plateforme détient, mais dans l'influence qu'elle peut exercer sur les marchés aval. La question qui se pose est donc de savoir, non pas s'il faut imposer l'accès aux données de la plateforme ou une séparation structurelle pour faciliter la concurrence sur le marché amont, mais s'il faut obliger la plateforme à permettre aux vendeurs présents sur le marché aval de *se référencer* ou encore imposer une séparation structurelle entre la place de marché de la plateforme et sa propre activité de distribution. Nous examinons ces questions ci-après.

5.2. La nature des plateformes numériques justifie-t-elle le recours à une restriction applicable aux branches d'activité pour préserver la concurrence dans d'autres marchés ?

79. Nous examinons si les plateformes elles-mêmes (et non leurs données) pourraient être considérées comme des installations essentielles ou détenir une puissance de marché justifiant le recours à une restriction pour protéger les concurrents présents en aval. Comme c'est souvent le cas dans les secteurs réglementés (section 2), des restrictions réglementaires ou des restrictions utilisées comme mesures correctives peuvent être justifiées lorsque ces marchés aval sont potentiellement concurrentiels, qu'ils le soient déjà ou non³¹. En effet, la réglementation *ex ante* visant une infrastructure constituant un monopole naturel n'est pas abrogée si ou lorsque le marché de détail situé en aval devient concurrentiel ; son maintien est au contraire une condition indispensable pour que ce marché aval reste concurrentiel.

80. Pour ce qui est du caractère essentiel ou dominant des plateformes, il est à noter que de récentes enquêtes conduites par la CMA et par l'ACCC laissent penser que les grandes plateformes numériques disposent d'une puissance de marché qui est engendrée par des effets de réseau et que cette puissance de marché pourrait justifier le recours à des restrictions applicables aux branches d'activité³².

81. De même, en Allemagne, dans l'affaire Facebook, le Bundeskartellamt a établi l'existence d'une position dominante³³, même si par la suite la juridiction qui a statué en première instance a écarté l'abus de position dominante (l'affaire est pendante devant la Cour fédérale de justice)³⁴. Parallèlement, dans l'UE, il a été établi que Google était en position dominante dans le marché de la recherche sur Internet avec Google Shopping (Encadré 4), et la Commission mène actuellement une enquête pour déterminer si le traitement qu'Amazon réserve à ses vendeurs tiers constitue un abus de position dominante. La Commission va donc préciser si elle considère qu'Amazon est en position dominante. Dans ces deux affaires, le problème soulevé peut être considéré comme une variante de la compression de marge, étant donné que la théorie du préjudice relative au verrouillage vertical repose sur une stratégie d'augmentation des coûts des concurrents (ou éventuellement une pratique de prix prédateurs, comme le laisse entendre Bostoen, 2017), mais ne s'appuie en tout état de cause pas sur un refus de vente.

Encadré 4. Moteur de recherche Google (Shopping)

Le 27 juin 2017, la Commission européenne a infligé une amende de 2.42 milliards EUR à Google, estimant que l'entreprise avait abusé de sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche généralistes en conférant un avantage illégal à une autre de ses activités, en l'occurrence un service de comparaison de prix (Google Shopping). La pratique consistait à réserver dans les résultats de recherche un placement et un affichage plus favorables à Google Shopping qu'aux comparateurs de prix concurrents.

Outre l'amende, la Commission a ordonné à Google de respecter le principe de l'égalité de traitement entre les comparateurs de prix concurrents et son propre service de comparaison de prix, lui laissant le soin de définir le contenu des mesures nécessaires pour se conformer à cette obligation. Google a notamment introduit un système dans lequel il faut enchérir pour obtenir une place dans le carrousel qui s'affiche en haut de la page des résultats de recherche, étant entendu qu'aucun emplacement n'est réservé à Google Shopping dans ce carrousel. Il a toutefois été reproché à cette mesure de ne pas être suffisante pour garantir le respect de l'égalité de traitement¹.

La FTC, aux États-Unis, a conduit une enquête sur un comportement similaire mais a classé l'enquête en 2013, estimant que « l'affichage par Google de son propre contenu pouvait fort bien être considéré comme une amélioration de la qualité globale de ses outils de recherche » et qu'un « éventuel effet négatif sur les concurrents existants ou potentiels était un effet accessoire à cette finalité »².

Note 1 : Lettre ouverte de 14 services européens de comparaison de prix à la Commissaire européenne, Mme Vestager http://www.foundem.co.uk/Comparison_Shopping_Open_Letter_Commissioner_Vestager_Nov_2018.pdf; BEUC, « Consumer concerns with Google's non-compliant remedy in Antitrust Shopping case », https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-020_google_non-compliant_remedy_in_antitrust_shopping_case.pdf

Note 2 : Statement of the FTC Regarding Google's Search Practices, In the Matter of Google Inc., numéro de dossier FTC 111-0163 (3 janvier 2013), consultable à l'adresse https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf.

82. Si certaines plateformes numériques sont effectivement en position dominante et ont la possibilité d'exclure des concurrents présents dans les marchés aval, ont-elles pour autant intérêt à le faire ? Le rapport ICLE (2019) rappelle que la théorie du profit de monopole unique invite à répondre à cette question par la négative. Les auteurs du rapport citent l'exemple d'Amazon et posent la question de savoir pourquoi Amazon s'engagerait dans une concurrence sur sa plateforme avec des vendeurs plus efficaces qu'elle alors qu'il lui suffit d'augmenter le montant de sa commission, ajoutant toutefois qu'elle risquerait alors de dissuader les vendeurs d'utiliser sa plateforme (ce qui serait préjudiciable à son écosystème).

83. D'un côté, il semble peu probable qu'Amazon cherche à se protéger des vendeurs qui entrent dans son marché en tant que site de vente généraliste. Toutefois, on peut tout à fait admettre qu'Amazon n'est pour l'heure pas un monopoleur (nombreux sont d'ailleurs le tiennent pour acquis). En conséquence, il subsiste un profit substantiel à extraire et il y a tout lieu de penser qu'Amazon voudra l'extraire. En pareilles circonstances, un distributeur pourra considérer que la meilleure manière d'y parvenir consiste à accroître sa part du marché des ventes plutôt qu'à se contenter d'augmenter sa part de la marge sur les biens vendus (ce qui aurait pour effet de faire augmenter les prix et de réduire l'utilisation/la pénétration des services de vente en ligne). De même, il semble à tout le moins concevable qu'exploiter sa puissance de marché pour s'imposer dans le marché des services vendus sur une plateforme de vente permettrait à Amazon d'effectuer plus facilement une discrimination par les prix en utilisant les données acquises (ou de mieux cibler ses annonces et d'accroître ainsi ses bénéfices publicitaires).

84. Ce qu'il importe de se demander, c'est si un distributeur numérique en position dominante pourrait être tenté de dissuader les vendeurs de se référencer sur sa plateforme en pratiquant des tarifs inférieurs aux leurs de manière à orienter les consommateurs vers ses propres produits, meilleur marché (« autofavoritisme »). Zhu & Liu (2018) font observer que l'entrée d'Amazon dans les marchés situés en aval risque de réduire l'offre de produits innovants sur la plateforme. Ainsi, Wen et Zhu (2019) constatent que la simple menace d'entrée d'un opérateur de plateforme en position dominante sur le marché des applications suffit à inciter les éditeurs d'applications déjà sur le marché à réduire leurs efforts d'innovation et la concurrence par les prix – plus précisément, ils augmentent les prix³⁵. Autrement dit, l'entrée de la plateforme en aval risquerait de rendre l'écosystème de la plateforme moins attrayant ; cependant, si la plateforme est considérée comme étant en position dominante, il pourrait s'agir là de l'un des avantages que lui procure la faiblesse de la pression concurrentielle à laquelle elle est soumise. De surcroît, si l'offre de produits de marque propre sur le marché aval est vraisemblablement avantageuse pour la plateforme, il est plus difficile de voir quel avantage les consommateurs pourraient retirer d'une pratique d'autofavoritisme qui les oriente vers les produits vendus par la plateforme sur le marché aval et les détourne des produits concurrents.

85. Zhu & Liu (2018), par exemple, font valoir que les consommateurs tirent profit du système de distribution d'Amazon et que cet avantage l'emporte sur l'inconvénient que représente la disparition de produits innovants de la plateforme. Toutefois, même s'il est possible que cette thèse soit juste, la mise en balance de cet avantage et de la perte d'innovation repose sur la supposition que le système de distribution d'Amazon est fondé sur sa capacité à favoriser ses propres produits. Or, il semble *a priori* peu probable qu'Amazon subventionne son système de distribution au moyen de la marge bénéficiaire qu'elle réalise sur les produits de marque propre bon marché proposés comme alternatives à des produits innovants. La qualification de l'avantage retiré du comportement en question dépend évidemment des spécificités de chaque affaire. Ainsi, l'autorité italienne de la concurrence enquête actuellement, non pas sur la pratique d'autofavoritisme, mais pour déterminer si Amazon se livre à une discrimination en pénalisant certains vendeurs au profit de ceux qui achètent ses services de livraison, ce qui aurait pour effet d'entraver la concurrence³⁶. En revanche, l'Union européenne (et la sous-commission chargée du droit de la concurrence de la Chambre des représentants, aux États-Unis) cherche à déterminer si la capacité d'Amazon à recueillir des données par l'intermédiaire de sa place de marché lui procure un avantage anticoncurrentiel lorsqu'elle vend ses produits de marque propre sur sa plateforme³⁷.

86. En pareil cas, même si Amazon est plus efficiente et ne cherche pas à comprimer les marges de ses concurrents situés en aval, il n'est pas exclu qu'elle fausse la concurrence et conduise les vendeurs à renoncer à investir (voir OECD, 2016b). Ces risques ne suffiraient sans doute pas à démontrer l'existence d'une pratique d'éviction ou à justifier une séparation structurelle, mais ils laissent penser que des restrictions imposant la non-discrimination, comparables aux codes de pratiques imposés aux supermarchés en position dominante, pourraient avoir un effet proconcurrentiel (Encadré 5). Les codes de conduite de ce type reprennent les recommandations du rapport Furman (Furman et al., 2019) et de la commission allemande sur le droit de la concurrence (« *Kommission Wettbewerbsrecht 4.0* ») (BMW, 2019). Singer (2017) fait une proposition similaire, plaidant en faveur d'une norme de non-discrimination et d'un mécanisme dans lequel les différends seraient tranchés par un juge administratif ou un « tribunal du net »³⁸.

Encadré 5. Code de bonnes pratiques à l'égard des fournisseurs de produits alimentaires (GSCOP)³⁹

À la suite d'une enquête de marché, la Competition Commission, qui a depuis été remplacée par la CMA, a constaté que les supermarchés en position dominante avaient exploité les fournisseurs en se livrant à des pratiques qui les dissuadaient d'investir. Ils exigeaient par exemple des rétrocommissions, payaient tardivement et appliquaient des réductions non prévues dans les contrats. Ces pratiques illustrent les problèmes de « hold-up » que les petits fournisseurs étaient dans l'incapacité de résoudre par eux-mêmes en raison de la puissance de marché oligopsonistique des supermarchés.

La Competition Commission a donc recommandé au gouvernement de créer un code de bonnes pratiques, le *Groceries Supply Code of Practice*, pour limiter la capacité des supermarchés à exploiter les fournisseurs. Un arbitre indépendant devait veiller à l'application de ce code, étant entendu qu'il pouvait être saisi anonymement (en raison d'un risque de représailles de la part des supermarchés en position dominante). La proposition a été acceptée par le gouvernement, et l'arbitre a été nommé en 2013. Il a notamment enquêté contre Tesco pour retard de paiement et limité le recours aux vérifications rétroactives de la comptabilité. Il indique que la proportion de fournisseurs qui ont subi des pratiques prohibées par le code est passée de 79 % en 2014 à 41 % en 2019.

87. Les arguments relatifs aux motivations d'une plateforme numérique et au traitement qu'elle réserve à ses fournisseurs ne s'appliquent évidemment pas qu'aux plateformes de vente ; ils sont également valables pour les services en nuage, qui peuvent poser des problèmes similaires (voir [Bostoen, 2017](#))⁴⁰. Ils s'appliquent aussi aux plateformes de distribution d'applications (comme celle que teste actuellement Spotify), aux moteurs de recherche et peut-être aux cryptomonnaies comme Libra.

88. Dans ce contexte, il n'est guère surprenant que [Cremer et al. \(2018\)](#) estiment que les « plateformes en position dominante ont le devoir de veiller à ce que les règles qu'elles appliquent ne fassent pas obstacle sans raison objective à une concurrence libre, dynamique et non faussée. Une plateforme en position dominante qui crée une place de marché doit veiller à ce que les règles du jeu soit équitables sur cette place de marché et s'abstenir d'utiliser son pouvoir de régulation pour décider de l'issue de la compétition. » Les auteurs recommandent, si certaines conditions sont réunies, de « faire supporter aux plateformes la charge de prouver que le fait qu'elles favorisent leurs propres produits n'a pas d'effets d'éviction à long terme sur les marchés de produits ».

89. Des propositions similaires pour garantir l'équité des règles du jeu figurent dans le rapport de la commission allemande sur le droit de la concurrence (BMW, 2019) et dans le rapport des BRICS sur la concurrence numérique (BRICS, 2019), et sont soutenues par l'autorité néerlandaise de la concurrence (ACM)⁴¹. Parallèlement, la CMA a évoqué le fait qu'il pourrait être nécessaire d'imposer une séparation structurelle des services publicitaires fournis par Google, même si, dans le cas du réseau social de Facebook et du moteur de recherche de Google, elle envisage plutôt qu'un nouveau régulateur impose de garantir la portabilité et/ou l'interopérabilité, un code de conduite et une obligation d'accès des concurrents aux données (voir Encadré 6).

Encadré 6. Rapport d'étape de la CMA sur le marché de la publicité numérique⁴²

En juillet 2019, la CMA a ouvert une enquête sur le marché de la publicité numérique. Dans son rapport d'étape, elle explique avoir ainsi eu confirmation que de nombreuses raisons plaident en faveur de la mise sur pied d'un régime proconcurrentiel pour encadrer les activités des plateformes en ligne financées par la publicité numérique. Elle a donc lancé une consultation portant sur trois types de mesures que pourraient selon elle adopter un régulateur (voir, en particulier, les annexes I, J, K, L et M pour une description plus précise de chacune de ces interventions) :

1. Règles visant à encadrer le comportement des plateformes disposant d'une puissance de marché ; il s'agit notamment d'un code de conduite opposable, dont les principales dispositions consacraient trois grands principes :

- « *Des règles imposant un traitement équitable* » pour exiger que les plateformes disposant d'une position de marché stratégique réservent un traitement équitable aux fournisseurs de services pour lesquels elles sont un partenaire incontournable du fait de leur position de marché.
- « *Une liberté de choix* » – règles garantissant que les algorithmes de recherche et de classement ne favorisent pas les services de la plateforme elle-même par rapport à ceux de concurrents ; et/ou obligation d'assurer l'interopérabilité des services essentiels, par exemple au moyen d'interfaces de programmation applicative (API), à un prix objectivement justifiable fixé en fonction des coûts et demandant un investissement raisonnable pour gérer les questions de confidentialité et les aspects techniques.
- « *Confiance et transparence* » – obligation d'expliquer le fonctionnement des algorithmes de recherche et de classement et des enchères publicitaires, ainsi que de permettre une vérification de ce fonctionnement par le régulateur ; et/ou obligation pour les grandes entreprises d'autoriser, sur demande raisonnable, l'accès à certaines données à des conditions FRAND, sous réserve du respect du règlement général sur la protection des données (RGPD) et des droits de propriété intellectuelle, lorsque ces données sont impossibles à reproduire en raison de la puissance de marché de ces opérateurs.

2. Règles visant à permettre aux consommateurs d'avoir une plus grande maîtrise de leurs données et à améliorer la transparence. Ces règles englobent (entre autres) :

- Une règle imposant à toutes les plateformes de donner aux consommateurs la possibilité d'utiliser leurs services sans exiger en retour l'utilisation de leurs données à des fins de publicité ciblée.
- Une modification du paramétrage par défaut, qui exigerait un consentement actif du consommateur à faire l'objet d'une publicité ciblée, alors que le paramétrage actuel exige un refus actif.
- Un principe d'intégration de l'équité dès la conception (« *fairness by design* »), qui impose aux plateformes de concevoir leurs politiques en matière de consentement et de confidentialité des données de telle manière qu'elles permettent au consommateur de faire un choix éclairé, avec des obligations supplémentaires en ce qui concerne les essais et les tests dont l'architecture de choix doit faire l'objet.

3. Mesures visant certaines sources de puissance de marché et destinées à intensifier la concurrence :

- Obligation pour Google de fournir aux moteurs de recherche concurrents les données issues des requêtes.
- Restriction de la capacité de Google à passer des accords afin d'avoir le statut de moteur de recherche par défaut sur des appareils et dans des navigateurs.
- Obligation d'installer dans les appareils et navigateurs des écrans de choix permettant aux consommateurs de choisir leur moteur de recherche par défaut, comme ceux récemment installés par Google sur tous les appareils équipés d'Android.
- Obligation pour Facebook de garantir l'interopérabilité de certaines fonctions de son réseau actuel avec des concurrents existants.

Diverses mesures correctives de séparation en lien avec les conflits d'intérêts de Google sur le marché de l'affichage, par exemple séparation du serveur d'annonces (qui joue un rôle central dans la sélection des annonces et les prix pratiqués et dont Google détient une part très importante) des autres activités de Google ; obligation pour Google de traiter dans des conditions de pleine concurrence en ce qui concerne ses activités d'analyse et de permettre à des prestataires tiers d'utiliser ses outils d'analyse. La séparation peut revêtir diverses formes, d'une séparation de la gestion à une séparation totale de la propriété (cession).

6. Faut-il imposer les restrictions dans le cadre de l'application du droit de la concurrence ou de la réglementation ?

90. Lorsque des problèmes susceptibles de nécessiter le recours à des restrictions applicables aux branches d'activité sont détectés, il reste à déterminer si ces restrictions doivent être imposées dans le cadre de la réglementation ou du droit de la concurrence. Cette question est parfois interprétée comme un choix à faire entre une approche *ex ante* et une approche *ex post*. Cependant, qu'une décision soit prise *a priori*, par les responsables politiques, ou *a posteriori*, après l'évaluation d'un marché (comme c'est le cas lorsque l'analyse se fait en vertu du droit de la concurrence), le résultat peut dans un cas comme dans l'autre revêtir la forme de l'adoption d'une réglementation *ex ante* (soit à titre préventif, soit à titre de mesure corrective pour remédier à des problèmes à venir).

91. Comme souligné, aux États-Unis, le refus de vente (qu'il soit implicite ou non) relève de la réglementation et non du droit de la concurrence. La situation est donc claire dans les marchés déjà réglementés, même s'il reste à déterminer à qui il appartient de détecter la nécessité de réglementer un secteur. En Europe, le refus de vente peut relever du droit de la concurrence, que le secteur d'activité en cause soit ou non réglementé. De même, les affaires de compression de marge sont souvent examinées en vertu du droit de la concurrence européen. Ces deux pratiques pouvant conduire à l'adoption de mesures correctives sous la forme de restrictions applicables aux branches d'activité, la situation est moins claire en Europe qu'aux États-Unis.

92. Peut-être n'est-il pas anodin que dans le cadre du débat en cours sur la réglementation du secteur numérique (section 5), plusieurs pays aient désigné des commissions consultatives indépendantes chargées d'aider les pouvoirs publics à examiner si la mise en place d'une réglementation *ex ante* se justifie. Sans doute faut-il y voir le signe

que les pouvoirs publics ont conscience de ce que les autorités de la concurrence préfèrent souvent ne pas emprunter la voie réglementaire elles-mêmes et pourraient avoir intérêt à ne pas réduire leur périmètre de compétence à travers la création de nouveaux régulateurs. À noter que cette motivation n'est pas la même dans le cas où l'autorité de la concurrence est dotée de pouvoirs réglementaires (comme en Australie, en Nouvelle-Zélande, aux Pays-Bas et en Espagne). Bien que rien ne prouve que ces craintes soient fondées, il peut être utile de recueillir un avis indépendant, même si l'analyse, l'avis et l'apport de l'autorité de la concurrence demeurent précieux.

93. Il est aussi possible qu'à mesure que les circonstances et les marchés évoluent, le périmètre et le rôle de la réglementation changent. Dans ce contexte, une législation spécifique risque de devenir obsolète et il peut être utile de laisser aux autorités de régulation une certaine marge de manœuvre quant aux règles qu'elles édictent pour atteindre leurs objectifs. Toutefois, étant donné le risque de capture auquel sont exposées les autorités de régulation sectorielle, il pourrait être utile d'investir l'autorité de la concurrence d'un rôle de surveillance du caractère proconcurrentiel du cadre réglementaire appliqué.

7. Définir des restrictions adaptées et proportionnées

94. Si une restriction s'impose, comme le montre le Graphique 1, il existe un large éventail de possibilités. Nous nous concentrons ici sur les restrictions les plus courantes.

7.1. Séparation structurelle

95. L'intervention la plus radicale est l'obligation de séparation structurelle couramment imposée dans les marchés de services d'utilité publique, notamment le marché de l'électricité. Comme souligné plus haut, cette mesure cible la cause profonde du problème, mais elle est le plus souvent utilisée dans le cadre de la réglementation *ex ante* visant des installations essentielles. En réalité, elle résulte d'une volonté d'imposer une obligation de traiter. Elle est en outre expressément soutenue par la législation, ce qui élimine le risque de recours auquel sont confrontées les autorités de la concurrence lorsqu'elles proposent une solution de ce type.

96. Les principaux avantages de la séparation structurelle par rapport à une réglementation imposant l'accès réside dans le fait que la séparation évite d'avoir besoin d'une réglementation qui peut être difficile et coûteuse à concevoir et à appliquer et qui risque de n'être que partiellement efficace ; en outre, elle améliore l'information et élimine le risque de voir un opérateur historique utiliser ses activités non concurrentielles pour subventionner des activités concurrentielles. Comme le dit [Khan \(2019\)](#) « à chaque fois que les autorités de la concurrence s'attaquent à ces formes de comportements et structures [verticaux], elles imposent des mesures correctives qui, en général (1) ne remédient pas à la cause profonde du problème et (2) exigent des capacités institutionnelles dont ne disposent pas les acteurs chargés d'assurer le suivi de leur mise en œuvre. Écarter les mesures structurelles est source, à la fois de préjudices et de problèmes institutionnels – effets qui revêtent une dimension particulière dans les marchés de plateformes numériques ».

97. Toutefois, la séparation peut aussi entraîner la perte des gains d'efficacité qui peuvent résulter de l'intégration verticale et, dans certains cas, avoir un impact négatif sur les incitations à investir dans l'activité non concurrentielle. Le rapport sur la mise en œuvre de la recommandation concernant la séparation structurelle publié en 2016 par l'OCDE précise donc qu'il n'y a pas de réponse générale à la question de savoir si les effets positifs de la séparation structurelle l'emportent sur ses effets négatifs, même si des bienfaits ont

été mis en évidence dans bon nombre de cas (OECD, 2016a). D'après le rapport, les situations dans lesquelles il n'est pas certain qu'une séparation structurelle ait des effets positifs sont des situations dans lesquelles il existe une relation de complémentarité avec des formes de séparation moins radicales, comportementales, et une réglementation de l'accès, la séparation pouvant faciliter la réglementation de l'accès.

7.2. Obligation d'accès à des conditions FRAND

98. L'autre solution consiste à imposer une obligation de contracter à des conditions FRAND. Cette mesure n'implique pas de séparation, mais oblige l'opérateur à accorder un accès à un réseau, par exemple électrique, à des conditions FRAND. Certains plaident en faveur de l'application à certaines plateformes numériques d'une obligation de contracter autorisant l'accès à ce qu'ils qualifient de données essentielles (voir Guersent, 2019). De fait, comme relevé précédemment, il ressort des travaux de recherche que les mesures correctives imposant l'accès pourraient en réalité être optimales dans diverses situations dans lesquelles une entreprise disposant d'une puissance de marché s'engage dans une opération d'intégration verticale⁴³. Peut-être peut-on en déduire que les mesures correctives imposant le recours à une procédure d'arbitrage qui ont été appliquées et proposées dans le cadre de fusions verticales dans le marché des télécommunications pourraient être une solution à envisager. On peut par exemple se reporter aux mesures proposées et acceptées dans le cas de la fusion entre Microsoft et LinkedIn⁴⁴.

99. Toutefois, dans le cas des données, même s'il est possible d'imposer l'accès à de volumineuses bases de données à des conditions FRAND (à travers une procédure d'arbitrage ou par un autre moyen), il peut être plus utile d'imposer l'accès à celles, parmi ces données, qui permettraient à la concurrence dans le marché de se développer. À titre d'exemple, on pourrait imaginer autoriser un entrant qui en fait la demande à accéder aux requêtes anonymisées (sans les résultats de la recherche), sauf si un utilisateur exprime un refus. L'anonymisation de ces données éliminerait le besoin d'obtenir un consentement individuel et remédierait à l'inertie qui peut faire des systèmes de consentement actif une manière moins rapide et moins efficace de faciliter l'accès.

100. Peut-être le fait d'autoriser l'accès à des données anonymisées risque-t-il d'entraîner une concurrence telle que les entreprises réagiront en investissant moins dans la collecte de données. Il est toutefois difficile d'évaluer l'impact qu'aurait ce phénomène de parasitisme, par exemple de savoir si les données non anonymisées conserveraient de la valeur. Il est également difficile de déterminer si la diminution du volume de données recueillies réduirait le bien-être du consommateur (qui recevrait des recommandations moins ciblées) ou l'améliorerait en réduisant l'investissement dans la discrimination par les prix motivée par la recherche de rente ; la réponse dépend vraisemblablement des préférences individuelles.

101. L'autre risque, plus préoccupant, réside dans le fait qu'imposer un accès aux données à des conditions FRAND *sans* que les utilisateurs puissent s'y opposer priverait un consommateur de la possibilité d'empêcher des tiers d'accéder à ses données et réduirait donc la valeur des données des consommateurs, ce qui aurait en réalité pour effet de transférer cette valeur des consommateurs aux entreprises (avec les conséquences qui s'ensuivent en termes de répartition du revenu).

102. Dans d'autres scénarios, le problème peut concerner l'accès, non pas aux données, mais à une plateforme ou à un réseau. La solution consiste alors à imposer l'accès à la plateforme ou au réseau à des conditions FRAND. Une telle mesure pourrait par exemple garantir une égalité des chances d'obtenir une bonne place dans les résultats d'une recherche (qu'il s'agisse d'une recherche générale ou d'une recherche spécifique – sur des plateformes de distribution d'applications ou de réservation hôtelière, par exemple).

7.3. Obligation de non-discrimination

103. Les obligations de non-discrimination n'ont pas nécessairement à imposer l'accès ni à prévoir des conditions équitables et raisonnables ; elles peuvent n'imposer que des dispositions non discriminatoires. Le règlement européen de 2015⁴⁵ et la loi néerlandaise de 2012, qui exigent l'un comme l'autre la neutralité du net, en sont des exemples. Ainsi, la loi néerlandaise dispose que : « les fournisseurs de réseaux de communications électroniques utilisés pour fournir des services d'accès à Internet et les fournisseurs de services d'accès à Internet s'engagent à ne pas entraver ou ralentir les services ou applications sur Internet »⁴⁶.

104. Le principe de neutralité du net peut être analysé sous l'angle des droits, mais il peut aussi être vu comme une démarche annonciatrice de l'adoption de règles de non-discrimination destinées à préserver la concurrence. Il offre d'abord une protection contre l'exclusion parce qu'il empêche que les fournisseurs d'accès à Internet (FAI), parmi lesquels figurent déjà des entités issues du regroupement de FAI et d'entreprises de télécommunications, puissent comprimer les marges de prestataires de services en ligne concurrents tels que Netflix, Youtube ou Spotify. Il protège aussi contre les distorsions de concurrence qui peuvent résulter d'une simple exploitation de la puissance de marché, par exemple d'une pratique discriminatoire des FAI à l'encontre d'entreprises plus efficaces dont la demande est moins élastique (OECD, 2016b).

7.4. Normes de portabilité et d'interopérabilité

105. Parmi les mesures moins intrusives figurent les restrictions consistant à imposer des normes de portabilité ou d'interopérabilité et à clarifier l'accès d'une personne aux données qu'elle a contribué à créer. Ces normes obligent par exemple à permettre l'accès à des données lorsqu'une personne qui a contribué à les créer demande qu'elles soient accessibles, soit pour les transférer (porter) à une autre entreprise soit pour permettre à une autre entreprise d'y accéder (ce qui permet éventuellement une interaction entre les produits des deux entreprises si les normes nécessaires sont en place).

106. Dans les deux cas, la demande de transfert ou d'interaction peut être effectuée par des entreprises tierces au nom des utilisateurs, mais l'entreprise en question n'a pas le droit d'obtenir les données ou d'y accéder sans une demande de l'utilisateur et sans son consentement. Les tiers peuvent cependant accéder aux API de l'entreprise dominante sans demande d'un utilisateur. Les API ne sont dans ce cas qu'un canal par l'intermédiaire duquel les données peuvent interagir si le consommateur en fait la demande. En lui-même, l'accès aux API ne donne pas nécessairement accès aux données : il permet plutôt aux entreprises de fabriquer un produit qu'il est possible de proposer aux consommateurs en vantant son interopérabilité avec d'autres produits.

107. De même, dans le secteur des télécommunications, l'interopérabilité désigne la capacité d'un réseau mobile de permettre aux utilisateurs d'appeler les abonnés de réseaux mobiles concurrents à un prix de son choix (ce qui lui permet de proposer un prix intéressant pour réussir à entrer sur le marché). La question de savoir si l'utilisateur appelle effectivement des numéros d'autres réseaux (créant ainsi une interaction avec ce réseau) et

paie le prix correspondant dépend de lui, mais en règle générale, les utilisateurs apprécient d'avoir cette possibilité. Ces solutions sont donc couramment utilisées pour éliminer les goulets d'étranglement concurrentiels, configurations dans lesquelles une seule porte d'entrée permet d'accéder à un consommateur – numéro de téléphone mobile et coordonnées bancaires, par exemple.

108. Comme souligné, les normes de portabilité peuvent permettre une concurrence pour occuper la place de l'opérateur incontournable (celle qui permet à un utilisateur de transférer son numéro de téléphone entre deux opérateurs). Toutefois, lorsqu'il y a portabilité sans interopérabilité (possibilité d'appeler un numéro sur un réseau différent), les utilisateurs ont toujours le même intérêt à se regrouper sur le réseau le plus grand pour créer des effets de réseau (Mundt, 2020)⁴⁷. L'interopérabilité est donc l'outil le plus puissant parce qu'elle permet aux consommateurs d'accéder à ces effets de réseau et facilite ainsi l'entrée et la concurrence dans le marché.

109. Comme nous l'avons déjà évoqué, la banque ouverte constitue l'application la plus évidente des normes d'interopérabilité dans un marché où l'accès aux données des utilisateurs est déterminant. Ainsi, la création de nouvelles normes OpenApi a été une mesure corrective utilisée pour permettre l'interaction nécessaire au développement d'une nouvelle génération de modèles économiques innovants, dans lesquels les tiers aident les consommateurs à intensifier la concurrence en leur fournissant des outils pour gérer leur argent et leurs services bancaires afin d'en retirer plus de valeur. Comme souligné à l'époque (OECD, 2018), ces tiers peuvent par exemple abaisser le prix payé par les consommateurs en facturant des frais moins élevés au titre des opérations réalisées avec l'argent qui se trouve sur leur compte bancaire ou en effectuant une recherche et en faisant passer automatiquement le client d'un produit à un autre pour différentes opérations ou en réaffectant avec efficacité les fonds dont ils disposent entre différents produits à différents moments (même s'il faut pour cela qu'une large gamme de produits soient conformes aux mêmes normes)⁴⁸.

110. Une question plus large, particulièrement pertinente s'agissant du transfert de données, se pose, en l'occurrence celle de savoir où s'arrête le droit d'un individu à l'égard de ses données (voir OECD, 2020b). A-t-il par exemple le droit à une part de la valeur que représente la concession d'une licence sur une volumineuse base de données dans laquelle ses données sont incluses (fût-ce anonymement) ? Dans la négative, les individus devraient-ils avoir la possibilité de concéder à des entreprises des licences sur leurs données personnelles à condition que ces données puissent, ou ne puissent pas, ensuite être incluses (de manière anonyme ou non) dans une base de données plus volumineuse à partir de laquelle l'entreprise pourra extraire des informations ou sur laquelle elle pourra concéder des licences ou qu'elle pourra revendre à des annonceurs ou à des fins d'entraînement d'algorithmes ?

111. La clarification de ces droits et surtout la création d'outils permettant de les exercer *conjointement* sont susceptibles de favoriser l'apparition de nouveaux intermédiaires qui peuvent à la fois stimuler la concurrence de manière plus efficace que la portabilité de données individuelles ne le ferait et permettre de capter la valeur des effets de réseau qu'ils créent pour une plateforme. Par exemple, une architecture de micropaiements pourrait être nécessaire. Lors de l'examen de ces possibilités, il faudrait aussi examiner si ces nouveaux intermédiaires doivent nécessairement être des entreprises commerciales (comme l'envisage la CMA dans son étude sur la publicité numérique)⁴⁹ ou si ce rôle pourrait être tenu par des organisations de la société civile, comme les syndicats de données proposés par Posner & Weyl (2018), Lanier (2013) et Ibarra et al (2018).

8. Résumé

112. Le choix d'une restriction à la fois adaptée et proportionnée dépend à l'évidence de la nature et de la gravité du problème de concurrence à résoudre, ainsi que de l'ampleur des gains d'efficacité qui risquent d'être sacrifiés. Chacune des restrictions présentées ici a fait ses preuves dans certaines circonstances :

- Dans beaucoup de services d'utilité publique, où les économies d'échelle sont telles que l'infrastructure devient un monopole naturel, la séparation structurelle a favorisé une concurrence plus efficace dans des marchés aval et amont potentiellement concurrentiels. Il n'est pas toujours facile d'apprécier les gains d'efficacité qui ont été sacrifiés pour préserver la concurrence dans les marchés aval. Toutefois, si la perte était considérable, on observerait clairement que les services d'utilité publique sans séparation structurelle sont plus efficaces que ceux auxquels une séparation a été imposée. Or, rien ne permet d'apporter une réponse tranchée à cet égard.
- Dans les marchés des télécommunications mobiles, les économies d'échelle sont importantes mais ne se traduisent pas toujours par l'apparition de monopoles naturels. Au contraire, les entreprises investissent souvent dans la création d'infrastructures parallèles. En pareil cas, imposer des normes de portabilité et d'interopérabilité (accès défini par l'utilisateur) a permis de résoudre des problèmes posés par de puissants effets de réseau et par conséquent de favoriser une concurrence plus efficace.
- Dans les domaines des brevets essentiels à une norme, des agences de notation et des services de paiement, une obligation d'accès à des conditions FRAND s'applique. De même, au sein de l'UE, des mesures correctives de ce type ont été appliquées aux API de Microsoft et aux grilles de programme de Magill. Selon Crawford et al. (2018), ces mesures correctives ont souvent des effets positifs sur le bien-être en cas de fusions verticales dans le secteur de la diffusion audiovisuelle.

113. Toute la difficulté consiste donc à identifier la restriction la plus adaptée à tel ou tel problème. Par exemple, si la théorie du préjudice consiste en un refus d'accès à une installation essentielle et s'il est établi que ce refus explicite de vente est préjudiciable à la concurrence, la solution retenue doit avoir pour but de permettre l'accès et, par conséquent, d'imposer une obligation de contracter. La restriction appropriée comportera donc peut-être une obligation d'accès à des conditions FRAND (solution comportementale) ou une séparation structurelle, également pour permettre l'accès (solution structurelle).

114. À l'inverse, si le problème du point de vue de la réglementation ou de la concurrence est, non pas un refus de vente, mais un comportement d'éviction reposant sur une stratégie d'augmentation des coûts des concurrents ou de prédation (à travers une forme quelconque de compression de marge ou une fusion conduisant à une compression de marge), la restriction (si elle est nécessaire) n'est pas une obligation d'accès. La solution pourrait consister à imposer une obligation de non-discrimination (sans imposition d'une obligation de contracter à des conditions FRAND) ou des normes de portabilité et d'interopérabilité. Dans le cas des plateformes numériques, le refus de vente ne semble pour l'heure pas être le principal problème, si bien qu'il est peu probable qu'imposer une obligation de contracter constitue la bonne solution. Les problèmes qui se posent sont plutôt des problèmes d'éviction par des pratiques d'autofavoritisme qui entraînent une hausse des coûts des concurrents. Dès lors, imposer des obligations de non-discrimination pourrait constituer la restriction la plus adaptée.

115. De surcroît, il n'est pas du tout certain que de nombreuses plateformes numériques soient des monopoles naturels incompatibles avec la concurrence. Il ne faut donc pas renoncer à toute possibilité de concurrence dans ces marchés (comme dans les monopoles d'infrastructure réglementés) et se contenter de préserver la possibilité de concurrence en aval (ou en amont). Des restrictions comportementales, par exemple des normes de portabilité et d'interopérabilité, pourraient en effet favoriser la concurrence sur ces marchés (et apporter un début de réponse au risque de verrouillage en aval). Il pourrait toutefois être judicieux de compléter ces mesures par d'autres restrictions sur ces marchés aval (ou amont), par exemple des obligations de non-discrimination, pour y préserver la concurrence tout en renforçant la concurrence sur les marchés qui constituent le cœur de métier des plateformes. On observe une certaine convergence sur ce point dans les divers rapports sur la concurrence dans les marchés numériques publiés l'année dernière⁵⁰.

Notes

¹ Voir par exemple le débat sur les avantages et inconvénients de la fourniture directe de services publics par rapport à l'externalisation (OECD, 2019).

² Kwoka & Slade (2020) relèvent cependant que les circonstances dans lesquelles ce risque peut se concrétiser sont plus rares qu'on ne le pense.

³ Cave (2006) définit « six degrés » de séparation fonctionnelle ou opérationnelle plus radicale qui ne vont cependant pas jusqu'à une véritable scission de la propriété : création d'une division de ventes en gros ; séparation virtuelle ; séparation des activités ; séparation des activités s'accompagnant d'incitations localisées ; séparation juridique aboutissant à la création d'entités distinctes appartenant à un même propriétaire.

⁴ La Cour de justice a estimé que la fixation des prix par les établissements bancaires des réseaux VISA et MasterCard s'analysait en un accord anticoncurrentiel contraire à l'article 101 du TFUE lorsque ces commissions sont d'un montant excessif.

⁵ Parliamentary Commission on Banking Standards, Fifth Report: Changing banking for good, publié en juin 2013, www.publications.parliament.uk/pa/jt201314/jtselect/jtpebs/27/2702.htm, paragraphe 53.

⁶ Payment Systems Regulation, Policy Statement: A new regulatory framework for payment systems in the UK, PSR PS15/1, publié en mars 2015, <https://www.psr.org.uk/sites/default/files/media/PDF/psr-publications-consultations-psr-ps-15.1.pdf>.

⁷ Par exemple, Walmart s'est vu refuser à deux reprises l'octroi d'une licence bancaire pour des motifs de ce type.

⁸ Comme Khan (2019) le relève, la séparation est souvent imposée aussi entre banque de détail et activités commerciales. De fait, les détracteurs du projet Libra de Facebook ont fait part de leurs inquiétudes à l'idée que l'opérateur d'un système de paiement potentiellement important dispose d'une puissance de marché sur le marché de la publicité d'affichage.

⁹ Final Report of the Independent Commission on Banking, 2011, <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20120827143059/http://bankingcommission.independent.gov.uk/>

¹⁰ En France à travers la loi n° 2013-672 de juillet 2013 et en Allemagne à travers la loi de juin 2013 sur la séparation des risques et la planification du redressement et de la résolution des établissements de crédit.

¹¹ Aux États-Unis, les tribunaux ont choisi d'analyser les pratiques de compression de marge à la lumière des critères utilisés pour analyser le refus de vente et la pratique de prix prédateurs. Ainsi, dans l'affaire *Pacific Bell Telephone Company c. LinkLine Communications Inc.*, la Cour suprême a estimé qu'en l'absence d'obligation de contracter en amont et de prix prédateurs sur le marché de détail, l'entreprise en place « n'était certainement pas obligée de fixer le prix de ces deux services de manière à préserver les marges bénéficiaires de ses concurrents ». De ce point de vue, en se fondant sur les principes économiques applicables à la tarification de l'accès, les autorités de régulation devraient examiner tous les autres scénarios de compression des marges.

¹² Analyser les situations de compression de marge à l'aune des critères retenus pour analyser les pratiques de prix prédateurs peut toutefois poser des problèmes. Comme l'ont souligné l'Union européenne et le Canada durant la table ronde sur la compression de marge organisée par l'OCDE (OECD, 2009), une entreprise verticalement intégrée est en mesure d'évincer ses concurrents sans pratiquer des prix inférieurs au coût de revient et, par conséquent, sans enfreindre les règles qui interdisent de pratiquer des prix prédateurs. Utiliser le cadre d'analyse des prix prédateurs pour examiner les affaires de compression de marge risque donc de conduire à autoriser des comportements anticoncurrentiels préjudiciables aux consommateurs. En outre, comme il est possible à une entreprise de comprimer les marges de ses concurrents en pratiquant des prix de gros trop élevés plutôt que des prix de détail inférieurs au coût de revient, le risque d'effet dissuasif sur le comportement de baisse des prix ne s'applique pas de la même manière qu'en cas de pratique de prix prédateurs.

¹³ Décision de la Commission du 15 octobre 2014 dans l'affaire AT.39523 — Slovak Telekom, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39523/39523_5272_13.pdf.

¹⁴ Des responsables de l'UE ont cependant signalé qu'il pourrait être nécessaire de s'écarter de cette approche dans les affaires impliquant les marchés numériques, où le basculement (« *tipping* ») est fréquent, parce que le préjudice peut se matérialiser « de telle manière qu'il est impossible de revenir en arrière une fois que le dommage a atteint un certain point ». Ces affaires pourraient justifier que les mesures correctives aillent au-delà de l'habituelle « injonction de cessation » et prennent par exemple la forme de mesures « restauratrices et prescriptives », qui ont vocation à remédier au préjudice ou à restaurer la concurrence. Nick Banasevic, réunions de printemps de l'ABA, 2020. <https://globalcompetitionreview.com/article/1226094/dg-comp-official-eu-is-considering-%E2%80%99Crestorative-or-prescriptive%E2%80%99D-antitrust-remedies>

¹⁵ Voir OECD (2007) p 38 et Salop (2018).

¹⁶ Aspen Highlands Skiing Corp. c. Aspen Skiing Co., <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/738/1509/135745/>.

¹⁷ Décision de la Commission du 21 décembre 1988 dans l'affaire IV/31.851 — Magill TV Guide/ITP, BBC et RTE, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1586267905734&uri=CELEX:31989D0205>.

¹⁸ Décision de la Commission du 14 décembre 1972 dans l'affaire IV/29.911 – ZOJA/CSC – ICI, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1586266741023&uri=CELEX:31972D0457>.

¹⁹ Aspen Skiing, 472 U.S., 592-94.

²⁰ Voir, par exemple, l'affaire C-230/16 Coty Germany GmbH c. Parfümerie Akzente GmbH, EU:C:2017:941.

²¹ Dans l'UE, après l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans l'affaire *Bronner* (affaire C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG et autres, EU:C:1998:569), la Commission européenne a défini les trois conditions qui doivent être réunies pour qu'une affaire impliquant un refus de contracter ait un caractère prioritaire. Premièrement, le refus doit porter sur un produit ou un service objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval. Deuxièmement, le refus doit être susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché aval. Enfin, le refus doit être susceptible de léser le consommateur (Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE (devenu article 102 TFUE) aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes [2009] JO C 045/7, § 81).

Au Japon, la Fair Trade Commission estime qu'un refus de vente « *dépassant ce qui est raisonnable et portant sur un produit nécessaire pour que les entreprises clientes mènent leurs activités sur le marché aval* » peut s'analyser en un comportement d'éviction anticoncurrentiel (*Guidelines for Exclusionary Private Monopolization under the Antimonopoly Act* – traduction provisoire en anglais, p. 25). Les lignes directrices précisent que le caractère nécessaire d'un produit pour les clients est apprécié à l'aune des critères suivants : a) le caractère non substituable et indispensable du produit b) l'impossibilité, dans la pratique, pour les clients de fabriquer le produit par eux-mêmes. Voir : https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/guidelines_exclusionary.pdf

L'Australian Competition and Consumer Commission estime elle aussi que « *même si une entreprise dispose d'une importante puissance de marché, elle n'a en principe pas l'obligation de traiter avec d'autres entreprises* » et que « *dans certaines circonstances bien précises, un refus de vente de la part d'une entreprise disposant d'une importante puissance de marché peut être contraire [à la loi australienne sur la concurrence]* ». *Guidelines on misuse of market power*, §§ 3.3. et ss.

Au contraire, aux États-Unis, dans l'affaire *Trinko*, la Cour suprême des États-Unis a clairement exprimé son scepticisme à l'égard de la doctrine des installations essentielles, confirmant qu'il n'y a en principe pas lieu d'appliquer une obligation de contracter en vertu du droit de la concurrence, en dehors de celles prévues par une réglementation spécifique.

²² Comme exposé ci-après, le refus implicite de vente a trait à la possibilité qu'une entreprise refuse implicitement de permettre l'accès à une installation essentielle, mais dans l'UE, il n'est pas invoqué que dans ce type d'affaires ; pour qu'il y ait refus implicite, il n'est donc pas nécessaire qu'une installation essentielle soit concernée comme dans le cas du refus explicite de vente.

²³ À noter que dans l'affaire *Slovak Telekom*, l'UE a constaté, outre une compression de marge, un refus implicite de vente alors qu'il n'y avait pas d'intrant indispensable. L'UE explique que le juge européen a précisé que la condition du caractère indispensable était applicable en cas de refus d'accès explicite ou total (arrêt *Bronner*), mais ne l'était pas en cas de refus implicite d'accès, comme dans *Slovak Telekom*. Les conditions commerciales déloyales imposées par *Slovak Telekom* causent donc un préjudice à travers un mécanisme qui produit un effet équivalent à celui d'une

compression de marge et non d'un refus d'accès (il s'agit en quelque sorte d'une « compression de marge implicite »). Il serait donc utile dans ce type d'affaires de nommer directement le mécanisme qui permet d'utiliser la puissance de marché comme un levier, en le dénommant, non pas compression de marge ou refus implicite de vente, mais « stratégie d'augmentation des coûts des concurrents » (ou « pratique de prix prédateurs » dans les autres cas) puisqu'il est établi que ces mécanismes peuvent être jugés préjudiciables à la concurrence sans que la condition du caractère indispensable soit remplie. Il est en particulier bien établi dans l'UE que le refus de vente pur et simple n'est jugé préjudiciable que si la condition du caractère indispensable est remplie ; on peut donc tout naturellement penser qu'il en va de même dans le cas du refus implicite de vente. Le terme « refus implicite de vente » est donc parfois utilisé à tort.

²⁴ Voir Kwoka & Slade (2020), qui comme Baker, Rose, Salop & Scott Morton (2020), décrivent les limites de l'argument tiré de l'élimination de la double marge.

²⁵ L'arbitrage portant sur la dernière offre contraint chacune des parties qui s'affrontent à soumettre au tribunal arbitral une proposition de prix sans connaître la proposition de l'autre partie. Les propositions sont publiées avant la tenue de l'audience. Après publication (et si les propositions sont raisonnables), les parties décident souvent de transiger. Lorsque la procédure d'arbitrage va jusqu'au stade de l'audience, il s'agit souvent d'une procédure simplifiée et accélérée, ce qui est un gage d'efficacité. Enfin, lorsque le tribunal rend sa décision, il doit choisir un des deux montants proposés et ne peut pas trancher en faveur d'un autre montant que ceux proposés, <https://changarbitration.com/2019/04/att-implements-baseball-arbitration-to-save-time-warner-merger/>

²⁶ Turner possède les chaînes CNN, TBS, TNT et d'autres chaînes diffusant des émissions d'information, des émissions sportives, etc.

²⁷ Comme le fait observer Tucker (2020), les entreprises sont souvent en mesure de contrôler l'accès à une base de données particulière. En revanche, elles sont beaucoup moins capables d'agir sur la capacité de leurs concurrents à créer une base de données similaire. Il leur est en particulier impossible d'agir sur la capacité d'un concurrent à créer une base de données permettant d'obtenir des informations similaires.

²⁸ Les API sont des interfaces de programmation applicative. Alors qu'une interface utilisateur permet à un être humain d'utiliser une application logicielle, une API permet à une partie d'un logiciel d'utiliser les données ou fonctionnalités d'une autre application. Par exemple, l'API sur Google Maps met à la disposition de développeurs tiers les composants dont ils ont besoin pour intégrer facilement Google Maps à leurs propres pages Internet.

²⁹ Il ne s'agit pas ici de sous-estimer la difficulté de l'entrée ou de laisser entendre qu'elle est probable, mais tout simplement de décrire le mécanisme par lequel elle est possible.

³⁰ Même s'il n'est pas exclu que son entrée entraîne une diminution de l'efficacité de l'opérateur.

³¹ Ce qui est contraire à l'idée selon laquelle la réglementation *ex ante* ne se justifie que si le marché adjacent (par exemple le marché du livre) n'est pas concurrentiel, <https://chillingcompetition.com/2020/04/24/on-the-possible-ex-ante-regulation-of-online-platforms-i-lessons-from-the-eu-telecoms-regime/>

³² Voir à ce sujet Caffara (2020).

³³ Décision B6-22/16 du 6 février 2019. Un résumé de l'affaire en anglais peut être consulté à l'adresse : https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4.

³⁴ Cour d'appel de Düsseldorf, 26 août 2019, affaire VI-Kart 1/19 (V).

³⁵ Wen, W. et F. Zhu (2019), « Threat of platform-owner entry and complementor », *Strategic Management Journal*, vol. 40/9, <https://doi.org/10.1002/smj.3031>.

³⁶ Autorité italienne de la concurrence, Amazon: investigation launched on possible abuse of a dominant position in online marketplaces and logistic services, 16 avril 2020, <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2019/4/Amazon-investigation-launched-on-possible-abuse-of-a-dominant-position-in-online-marketplaces-and-logistic-services>.

³⁷ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_4291

³⁸ Par exemple [ici](#).

³⁹ <https://www.gov.uk/government/organisations/groceries-code-adjudicator>

⁴⁰ Voir également New York Times, Prime Leverage: How Amazon Wields Power in the Technology World, 15 décembre 2019, <https://www.nytimes.com/2019/12/15/technology/amazon-aws-cloud-competition.html>.

⁴¹ L'ACM a publié sous le titre Extension of enforcement toolkit to increase effectiveness in dealing with competition problems in the digital economy, https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/ex-ante-tool_0.pdf, un article qui soutient le projet du gouvernement consistant à imposer des restrictions comportementales comme l'exigence d'un classement non discriminatoire, l'obligation de permettre l'accès à la plateforme, la portabilité et le partage des données.

⁴² <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study#interim-report>

⁴³ Voir Crawford et al. (2018).

⁴⁴ Décision de la Commission du 6 juin 2012 dans l'affaire M.8124 – Microsoft/LinkedIn, [2016] JO/C 388/04, paragraphe 447.

⁴⁵ Article 3 du Règlement 2015/2120 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) n° 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union 531, JO L 310, 26 novembre 2015, pp. 1–18.

⁴⁶ Article 7.4a de la loi néerlandaise relative aux télécommunications, juin 2012, <https://www.government.nl/documents/policy-notes/2012/06/07/dutch-telecommunications-act>.

⁴⁷ <https://globalcompetitionreview.com/article/1226072/mundt-%E2%80%9C9Csceptical%E2%80%9D-of-data-portability-impact>

⁴⁸ Ainsi, les normes de banque ouverte ne se sont dans un premier temps appliquées qu'aux comptes courants de neuf banques.

⁴⁹ Voir le rapport d'étape de la CMA sur le marché de la publicité en ligne, annexe L, pp. 6-12, https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5df9efa2ed915d093f742872/Appendix_L_Potential_approaches_to_improving_personal_data_mobility_FINAL.pdf

⁵⁰ Voir par exemple Furman et al. (2019), Cremer et al. (2019), Scott-Morton et al. (2019), et ACCC (2019).

Bibliography

- ACCC (2019), Digital platforms inquiry - final report, <https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>.
- Baker, J. (2014), Note on 'Single Monopoly Profit' Theory, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2496932.
- Baker, J., Rose, N., Salop, S. & Scott Morton, F. (2020), Recommendations and Comments on the Draft Vertical Merger Guidelines (February 24, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3543736>.
- Biggar, (2016), The Transformation of the Electricity Sector in Australia: The Public Policy and Competition Policy Issues, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD\(2017\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP2/WD(2017)1/en/pdf)
- Biggar (2019), Contribution to “When should regulated monopolies be allowed to participate in competitive sectors?” July 2019, <https://www.youtube.com/watch?v=SaUpI8Pn1pk&feature=youtu.be>
- BMW (2019), A new competition framework for the digital economy - Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’, September 2019, <https://www.bmw.de/Redaktion/EN/Pressemitteilungen/2019/20190909-commission-of-experts-on-competition-law-40-presents-final-report-to-minister-altmaier.html>.
- Bostoen, Friso (2017), Online Platforms and Vertical Integration: The Return of Margin Squeeze? (2017), Journal of Antitrust Enforcement 2018, Vol. 6(3), 355-381; Faculty of Law, Stockholm University Research Paper No. 42, <https://ssrn.com/abstract=3075237>.
- Caffara, C. (2020), The UK’s “other” big experiment: Regulating online platforms?, <https://voxeu.org/content/uk-s-other-big-experiment-regulating-online-platforms>.
- Cave, Martin E. (2006), Six Degrees of Separation Operational Separation as a Remedy in European Telecommunications Regulation, COMMUNICATIONS & STRATEGIES, No. 64, p. 89, 4th Quarter 2006, <https://ssrn.com/abstract=994798>.
- Colomo, P. I. (2019), Legal Tests in EU Competition Law: Taxonomy and Operation, Journal of European Competition Law & Practice, Volume 10, Issue 7, September 2019, Pages 424–438, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz045>.
- Crawford, G. et al. (2018), The Welfare Effects of Vertical Integration in Multichannel Television Markets, Econometrica, Vol. 86/3, pp. 891-954, <https://www.econometricsociety.org/publications/econometrica/2018/05/01/welfare-effects-vertical-integration-multichannel-television>
- Cremer et al. (2018), Competition policy for the digital era, <https://op.europa.eu/s/n3Ov>.
- European Commission (2009), Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty [102 TFEU] to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, C(2009) 864 final, [2009] OJ C 45/7 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)
- Feng Zhu & Qihong Liu (2018), Competing with Complementors: An Empirical Look at Amazon.com, 39 Strategic Management Journal. 2619 (2018), <https://doi.org/10.1002/smj.2932>.
- Furman, J. et al. (2019), Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel, 2019, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.
- Guersent, O. (2019), Hearing at the French Senate of Mr Olivier Guersent, Director-General of DG Competition at the European Commission, 29 January 2019, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2020-000595_EN.html; <http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20200127/eco.html#toc4>.
- Ibarra, IA., Goff, L., Hernandez, D.J., Lanier, J. & Weyl, GE. (2018), Should We Treat Data as Labor? Moving beyond "Free" AEA papers and proceedings, vol. 108, May 2018 pp38-42
- ICLE (2019), The Weaknesses of Interventionist Claims, ICLE Report, June 2019, <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2019/07/Concluding-Comments-The-Weaknesses-of-Interventionist-Claims-FTC-Hearings->

[ICLE-Comment-11.pdf](#).

- Kaplow, L. (1985), Extension of Monopoly Power through Leverage, *Columbia Law Review*, Vol. 85/3, pp. 515-556, https://www.jstor.org/stable/1122511?seq=1#page_scan_tab_contents.
- Khan, Lina M. (2019), The Separation of Platforms and Commerce, 119 *Colum. L. Rev.* 973 (2019), <https://columbialawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>.
- Kwoka, J. & Slade, M. (2020), Second Thoughts on Double Marginalization, *Antitrust*, Vol. 34, No. 2, Spring 2020, https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/antitrust_magazine/atmag-spring2020/sprng20-kwoka.pdf
- Lanier, J. (2013) *Who Owns the Future?* New York: Simon & Schuster.
- OECD (2001), Recommendation of the Council concerning Structural Separation in Regulated Industries, adopted on 26 April 2001 [C(2001)78/FINAL], amended on 13 December 2011 [C(2011)135 and CORR1] and on 23 February 2016 [C(2016)11 - C/M(2016)3], www.oecd.org/daf/competition/recommendations.htm.
- OECD (2007), Refusal to deal, <http://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>
- OECD (2009), Margin Squeeze, DAF/COMP(2009)36, <https://www.oecd.org/daf/competition/sectors/46048803.pdf>.
- OECD (2016a), Structural separation in regulated industries: Report on implementing the OECD Recommendation, <http://www.oecd.org/daf/competition/Structural-separation-in-regulated-industries-2016report-en.pdf>.
- OECD (2016b), Price discrimination, DAF/COMP(2016)15, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)15/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)15/en/pdf).
- OECD (2017), A Chain Reaction: Disruptive Innovation in the Electricity Sector, <https://www.oecd.org/competition/A-chain-reaction-disruptive-innovation-in-the-electricity-sector.pdf>
- OECD (2018), Financial Markets, Insurance and Private Pensions: Digitalisation and Finance, Chapter 5 - Competition and open application programming interface standards in banking, <http://www.oecd.org/finance/Financial-markets-insurance-pensions-digitalisation-and-finance.pdf>.
- OECD (2019), Competition for-the-market, DAF/COMP/GF(2019)7, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)7/en/pdf).
- OECD (2020a), Conglomerate effects of mergers, <http://www.oecd.org/daf/competition/conglomerate-effects-of-mergers.htm>
- OECD (2020b), Consumer data rights and competition data rights, <http://www.oecd.org/daf/competition/consumer-data-rights-and-competition.htm>.
- OECD (2020c), Start-ups, killer acquisitions and merger control, <http://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control.htm>
- Posner, E.A. & Weyl, G. (2018), *Radical Markets: Uprooting Capitalism and Democracy for a Just Society*. Princeton: Princeton University Press
- Salop, S. (2018), Invigorating Vertical Merger Enforcement, *The Yale Law Journal*, Vol. 127/7, pp. 1962-1994, https://www.yalelawjournal.org/pdf/Salop_uidpngq1.pdf.
- Scott-Morton, F. et al. (2019), Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee Report, <https://som.yale.edu/sites/default/files/CompetitionDigitalPlatformsStigler19.pdf>.
- Slade, M. & Lafontaine, F. (2007), Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence, *Journal of Economic Literature*, vol. 45, p. 629-685, <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/jel.45.3.629>.
- Tucker, C. (2020), Digital Data as an Essential Facility: Control, *CPI Antitrust Chronicle* February 2020, <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2020/02/CPI-Tucker.pdf>.
- Veljanovski, C. (2012), Margin Squeeze: An Overview of EU and National Case Law (June 7, 2012), e-Competitions: Competition Laws Bulletin, No. 46442, <https://ssrn.com/abstract=2079117>.
- Wen, W. and F. Zhu (2019), “Threat of platform-owner entry and complementor”, *Strategic Management Journal*,

Vol. 40/9, <https://doi.org/10.1002/smj.3031>.

Wong-Ervin, K. (2019), U.S. Vertical Merger Guidelines: Recommendations and Thoughts on EDM and Merger Specificity, CPI, January 2020.