

Non classifié

Français - Or. Anglais

28 avril 2022

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

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

**Résumé des discussions tenues lors de l'audition d'experts sur les restrictions
applicables aux branches d'activité**

Annexe au compte rendu succinct de la 69e réunion du Groupe de travail n° 2 du 8 juin 2020

8 juin 2020

Ce document est un résumé des discussions tenues par le Groupe de travail no 2 lors de l'audition d'experts sur les restrictions applicables aux branches d'activité, le 8 juin 2020.

D'autres documents consacrés à ce sujet sont disponibles à l'adresse suivante :
www.oecd.org/daf/competition/line-of-business-restrictions-as-a-solution-to-competitionconcerns.htm

Veuillez prendre contact avec Mme Federica Maiorano pour toute question concernant ce document
[Federica.Maiorano@oecd.org].

JT03494292

Résumé des discussions tenues lors de l'audition d'experts sur « les restrictions applicables aux branches d'activité, solution aux problèmes de concurrence »

Le 8 juin 2020, le Groupe de travail n° 2 a tenu une table ronde intitulée « les restrictions applicables aux branches d'activité, solution aux problèmes de concurrence » sous la présidence du professeur Alberto Heimler.

Le Président ouvre la session en présentant le thème des restrictions applicables aux branches d'activité, et en expliquant notamment pourquoi ces restrictions sont utilisées et qui devrait les imposer. Le Président indique aussi qu'il peut être difficile d'imposer de telles restrictions dans le contexte de l'économie numérique, et qu'il faut donc se demander si d'autres solutions peuvent être plus adaptées à ce secteur particulier.

Le Président souhaite la bienvenue aux éminents experts membres du panel qui participeront à cette audition : **Darryl Biggar**, Conseiller économique spécial, Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) ; **Cristina Caffarra**, Vice-présidente, Charles River Associates ; **Pablo Ibáñez Colomo**, professeur de droit de la concurrence, London School of Economics and Political Science ; **Damien Geradin**, Associé, Geradin Partners ; et **Justus Haucap**, professeur d'économie, Düsseldorf Institute for Competition Economics.

Le Président explique que cette session sera tout d'abord consacrée aux secteurs des services d'utilité publique, puis aux restrictions applicables aux branches d'activité dans l'économie numérique. Il ouvre la première partie de la session et donne la parole aux États-Unis.

Les **États-Unis** font remarquer que les secteurs des infrastructures pourraient donner des indications utiles sur l'utilisation des restrictions applicables aux branches d'activité. Dans ces secteurs, ces restrictions sont généralement basées sur une séparation structurelle. Les États-Unis observent que même si elle peut s'avérer nécessaire pour créer une concurrence effective en amont, une séparation verticale totale appuyée par une interdiction des retours sur le marché d'amont pourrait aussi gommer des économies de gamme et d'échelle conséquentes. De plus, dans certaines circonstances, la rivalité des entreprises intégrées verticalement peut contribuer à la création d'offres concurrentes sans qu'il soit nécessaire de sacrifier des économies de gamme ou d'échelle. Les États-Unis concluent en soulignant que pour obtenir le résultat stratégique approprié dans une situation particulière, il convient d'analyser l'ampleur des facteurs mentionnés précédemment, et de déployer des efforts substantiels pour appliquer le droit de la concurrence.

Le Président s'adresse ensuite à la **Nouvelle-Zélande** dont l'intervention porte essentiellement sur les secteurs de l'électricité et des télécommunications, dans lesquels une réglementation et des restrictions applicables aux branches d'activité ont été mises en place. La Nouvelle-Zélande présente brièvement les évolutions intervenues dans ces deux secteurs au cours des dernières décennies.

Divers points émergent de son expérience sectorielle. Premièrement, la Nouvelle-Zélande considère la réglementation de l'accès au marché comme un bon début, puisqu'elle n'est pas difficile à mettre en œuvre d'un point de vue politique, qu'elle est favorable à la concurrence et qu'elle ne limite pas trop sévèrement les droits de l'entreprise en place. Deuxièmement, la mise en place d'une telle réglementation donne aux responsables

politiques et aux autorités de réglementation de précieuses indications sur l'entreprise et sur le fonctionnement du secteur, qui peuvent être utiles après coup pour l'analyse et l'élaboration des politiques. Troisièmement, la réglementation de l'accès donne à l'entreprise en place une formidable occasion de contribuer à la réalisation de l'objectif stratégique, sachant notamment qu'il pourrait exister une solution plus drastique, comme une restriction applicable aux branches d'activité, pour y parvenir.

La Nouvelle-Zélande relève ensuite que les restrictions applicables aux branches d'activité sont plus structurelles et plus fermes que la réglementation de l'accès. Dans le secteur de l'électricité, elles ont été allégées au fil du temps, pour permettre aux distributeurs d'investir dans la production tout en restant capables de distribuer l'électricité sur le marché de détail. Cet allègement des restrictions ne s'est pas concrétisé dans le cas des réseaux en fibre optique.

Le Président souhaite alors la bienvenue au Président de l'autorité grecque de la concurrence, qui a également coordonné au niveau universitaire le projet des BRICS sur la concurrence, projet qui a conduit au rapport des BRICS sur la concurrence à l'ère numérique (Digital Era Competition BRICS Report) consacré à l'économie numérique.

Le représentant de la **Grèce** note qu'avant toute discussion sur l'imposition de restrictions applicables aux branches d'activité qui concernent spécifiquement les marchés numériques, il convient d'analyser les liens existant entre les mesures correctives et l'application extraterritoriale du droit de la concurrence. Il souligne en particulier que les problèmes de concurrence qui se posent aujourd'hui sont souvent le fait d'entités qui ne se trouvent pas sur le territoire spécifique des pays où les effets pourraient se faire sentir. Cela pourrait conduire à une application insuffisante ou trop rigoureuse du droit de la concurrence. Les pays doivent donc prendre conscience des limites de l'imposition de telles restrictions spécifiques à des entreprises qui ne sont pas présentes sur leur territoire.

La Grèce met en relief plusieurs des principales caractéristiques des marchés numériques qui pourraient poser des problèmes de concurrence, en soulignant que le principal problème dans ce contexte n'est pas uniquement la concurrence horizontale, qu'il pourrait être difficile de promouvoir dans certains cas, mais aussi la concurrence verticale, à laquelle la constitution d'écosystèmes économiques confère désormais une importance considérable. La Grèce insiste sur le fait que des aspects différents du pouvoir se font jour, et notamment ce que la Grèce qualifie de pouvoir architectural, à savoir l'avantage qui peut être tiré d'une position permettant d'influer sur l'organisation et la structure de l'écosystème sectoriel, qui peut découler du positionnement stratégique de l'entreprise sur les réseaux et d'asymétries de l'information. S'il existe une diversité de théories du pouvoir et d'indicateurs utilisés pour évaluer le pouvoir de marché horizontal, ce n'est pas le cas pour le pouvoir de marché vertical.

Le représentant de la Grèce souligne ensuite qu'il peut être difficile d'appliquer une réglementation similaire à celle des services d'utilité publique sur les marchés numériques, car ces derniers connaissent une évolution rapide. Une réglementation souple reposant sur des codes de conduite, comme le propose le rapport Furman ou le Japon, pourrait être envisagée, même si ces codes visent davantage à préserver la concurrence verticale qu'à traiter de la concurrence horizontale. Il est également possible d'envisager des réformes institutionnelles plus étendues, par exemple pour créer les marchés des données manquantes qui tiendront compte de la marchandisation de l'attention, ou de repenser la concurrence afin de prendre en considération la complexité des intérêts privés et publics concernés – qui peuvent consister à promouvoir la concurrence, mais aussi à assurer la protection de la vie privée et des données.

Le Président invite alors l'UE à présenter l'affaire Google Shopping, ainsi que l'affaire Android et les deux consultations publiques récemment menées par la Commission européenne.

Le représentant de l'**Union européenne**, s'exprimant à titre personnel, résume l'affaire Google Shopping et la conclusion selon laquelle Google accordait, dans la présentation de ses résultats de recherche générale, un traitement plus favorable à ses propres services de comparaison de produits qu'à ceux de ses concurrents.

De plus, il s'exprime sur la façon dont ce comportement s'est manifesté, sur les conclusions de la Commission européenne et sur les mesures correctives visant les pratiques d'auto-référencement anticoncurrentielles. En particulier, la décision de la Commission européenne a imposé à Google de mettre fin à cette infraction et à s'abstenir de prendre une quelconque mesure produisant un effet équivalent, en exigeant que Google s'assure, par principe, de ne pas traiter les services de comparaison de produits concurrents d'une façon moins favorable que ses propres services de comparaison dans les résultats de recherche générale. Ainsi, Google devrait soumettre son service aux mêmes processus et méthodes sous-jacents que les services concurrents en matière de placement et d'affichage dans ses résultats de recherche générale.

Pour mettre en place la mesure corrective, Google a créé une entité commerciale, Google Shopping Europe, dotée d'une comptabilité distincte afin d'éviter tout financement croisé entre ses différentes activités. Le représentant de l'UE note que cette situation pourrait être qualifiée de séparation fonctionnelle, l'unité de Google rivalisant équitablement avec les services de comparaison de produits concurrents, sélectionnés sur la base d'une enchère au second prix, qui contenait à la fois des critères de prix et de qualité appliqués de la même manière à Google et à ses concurrents. Néanmoins, il signale aussi que selon certains acteurs du marché, la situation sur le marché a évolué depuis l'infraction. Cela a conduit à un débat sur la possibilité d'introduire des dispositions sur les mesures correctives de nature à rétablir la concurrence sur les marchés qui avaient déjà basculé.

Le représentant de l'UE en vient ensuite à l'affaire Android et aux mesures correctives adoptées. Dans cette affaire, la Commission européenne a estimé que Google liait ses produits Google Search et Google Chrome au Play Store, un produit incontournable. Par conséquent, les fabricants qui souhaitaient installer le Play Store devaient aussi préinstaller Google Search et Google Chrome. Selon la mesure corrective, Google devait concéder sous licence Google Search et Google Chrome séparément du Play Store afin que les fabricants d'équipement aient la possibilité d'associer des produits différents venant d'entreprises diverses. De plus, lors de la configuration d'un portable Android, les utilisateurs se verraient proposer un écran de sélection leur permettant de choisir le moteur de recherche par défaut sur le widget de l'appareil et sur le navigateur Google Chrome. Les moteurs de recherche proposés aux utilisateurs seraient Google et trois autres produits, choisis sur la base d'une enchère entre divers concurrents remplissant les conditions requises.

Enfin, le représentant de l'UE note que même si elle souhaite continuer d'appliquer énergiquement son droit antitrust, la Commission européenne envisage également d'introduire un nouvel outil du droit de la concurrence. Elle envisage notamment d'adopter un cadre de règles *ex ante* pour que les marchés numériques restent équitables et contestables pour les nouvelles entreprises et les consommateurs. L'objectif de ce nouvel outil serait de résoudre certains problèmes de compétence structurels, sur le point d'émerger ou déjà présents sur le marché, auxquels les règles actuelles ne permettent pas de remédier efficacement. Plusieurs autres solutions sont actuellement en cours d'examen. En termes de champ d'application, la Commission européenne se demande si le nouvel outil du droit de la concurrence doit traiter des problèmes de concurrence

structurels dans tous les secteurs de l'économie ou s'il doit être limité à ceux où ces problèmes sont les plus marqués, comme les marchés numériques. Il convient également de déterminer si cet outil doit s'atteler aux problèmes de concurrence structurels posés uniquement par des entreprises en position dominante ou à tous les problèmes de concurrence pouvant être mis en évidence sur quelque marché que ce soit.

Grâce à cet outil, la Commission européenne souhaite s'assurer que des mesures correctives comportementales ou structurelles pourraient être imposées pour remédier aux problèmes de concurrence mis au jour par des enquêtes sur le marché. De plus, la Commission envisage aussi d'introduire dans le champ d'application du nouvel outil du droit de la concurrence la possibilité de recommander au législateur d'intervenir pour améliorer le fonctionnement du marché concerné.

Le représentant de l'UE souligne ensuite que dans le contexte de la législation sur les services numériques, il est envisagé d'appliquer un nouveau cadre réglementaire *ex ante* aux secteurs marqués par d'importants effets de réseaux et aux entreprises faisant office de contrôleurs d'accès. Deux options stratégiques sont à l'étude. L'une consiste à définir, pour les contrôleurs d'accès, des obligations claires et les pratiques proscrites, afin de garantir l'ouverture et l'équité du commerce sur les plateformes en ligne. La seconde, qui pourrait être complémentaire, correspond à un cadre permettant d'imposer des mesures correctives sur mesure couvrant des questions spécifiques, destinées à être appliquées au cas par cas après une évaluation préalable. Parmi ces mesures correctives pourraient figurer, par exemple, des obligations d'accès aux données à caractère non personnel ou des prescriptions spécifiques relatives à la portabilité des données à caractère personnel ou à l'interopérabilité.

Pour conclure, le représentant évoque la question de la réduction du délai fixé pour les décisions et précise que les nouveaux outils pourraient faire partie de la solution. Ainsi, introduire des règles *ex ante* pour les marchés numériques pourrait permettre d'empêcher l'émergence de problèmes de concurrence avant que les marchés ne soient caractérisés par un monopole, ou de prendre des mesures plus immédiates lorsqu'ils ont déjà basculé.

Le Président donne ensuite la parole au **Royaume-Uni**. Le délégué britannique note qu'un premier rapport intérimaire sur les plateformes en ligne et la publicité numérique a été publié en décembre 2019. Ce rapport présente un large éventail d'interventions potentielles visant à répondre aux préoccupations relatives au rôle des plateformes en ligne financées par la publicité numérique, et en particulier Google et Facebook. Le délégué expose brièvement les raisons du lancement de cette étude, comme le nombre d'appels émanant d'autorités publiques, de commissions parlementaires et d'auteurs d'analyses indépendantes pour que l'on s'intéresse à la publicité numérique, et plus généralement les préoccupations grandissantes concernant le rôle des plateformes en ligne. L'étude poursuivait deux objectifs de haut niveau : 1) analyser les préoccupations sur le fond et concevoir des mesures correctives au besoin, et 2) éclairer le gouvernement britannique et, plus généralement, la réflexion mondiale sur la façon dont il faut aborder la question de la réglementation des plateformes en ligne. Le Royaume-Uni précise les thèmes centraux de l'étude. Il convenait de déterminer, premièrement, dans quelle mesure les plateformes en ligne possèdent un pouvoir de marché, dans les médias de recherche et les médias sociaux, et quelles sont les sources de ce pouvoir de marché ; deuxièmement, si les consommateurs maîtrisent comme il se doit les données qu'ils communiquent aux plateformes ; et troisièmement, quelles sont les préoccupations sur les marchés de la publicité numérique, notamment au regard du manque de transparence et de l'exercice du pouvoir de marché.

Le Royaume-Uni livre un instantané de haute tenue des différents types de publicité numérique, comme la publicité de recherche, la publicité par affichage et les petites

annonces et insiste sur plusieurs préoccupations qui ont été mises en évidence. En ce qui concerne la publicité de recherche, l'étude a fait ressortir plusieurs barrières à l'entrée et au développement pouvant protéger Google contre la pression concurrentielle, comme les économies d'échelle et les données des utilisateurs, qui sont indispensables à la formation des algorithmes d'un moteur de recherche.

L'analyse des médias sociaux et de la publicité par affichage a aussi permis de cerner diverses barrières à l'entrée. Il s'agit, par exemple, des effets de réseaux et de la capacité de Facebook de contrôler l'interopérabilité avec sa plateforme, et ainsi de restreindre potentiellement l'accès de ses concurrents directs, et son accès à d'importantes quantités de données. Le Royaume-Uni traite ensuite du marché ouvert de la publicité par affichage, sur lequel un grand nombre de vendeurs d'inventaire différents, généralement des journaux, ou d'autres fournisseurs de contenu, rivalisent en temps réel pour vendre cet inventaire à des annonceurs. Enfin, le Royaume-Uni insiste sur la question de la maîtrise des données par les consommateurs et souligne que les données et l'attention des consommateurs sont les deux intrants essentiels de la publicité numérique. Sur ce point, l'étude a constaté que la plupart des consommateurs souhaiteraient avoir une maîtrise suffisante de leurs données, celle qu'ils exercent actuellement étant limitée.

Le Royaume-Uni note que les interventions proposées, qui sont soumises à consultation, vont des mesures favorisant la transparence aux interventions visant les comportements, en passant par la séparation structurelle. On peut citer, à titre d'exemple, l'introduction d'un code de conduite applicable régissant le comportement des plateformes qui disposent d'un pouvoir de marché significatif ou, comme dans l'étude Furman, d'un indéniable statut stratégique sur le marché. Cet outil pourrait permettre d'intervenir plus vite qu'avec les outils traditionnels du droit de la concurrence, afin de répondre aux préoccupations avant qu'il ne soit irrévocablement porté atteinte à la concurrence. Le délégué souligne aussi que le bon fonctionnement de cet outil passe par la mise en place d'une instance de réglementation qui en assure la mise en œuvre, car ce type de réglementation serait davantage contraignant que facultatif. On peut citer, dans une deuxième catégorie, diverses formes d'interventions visant les sources du pouvoir de marché, comme les interventions dans la publicité de recherche, sur les médias sociaux et numérique, et celles concernant les données et à caractère structurel.

Le Royaume-Uni fait observer que sa proposition de code de conduite repose sur trois principes, à savoir un traitement équitable, une liberté de choix, et la confiance et la transparence. Le traitement équitable consiste à se prémunir contre le risque de comportement abusif, la liberté de choix contre tout comportement d'exclusion – qu'il s'agisse de restrictions contractuelles ou de restrictions de l'interopérabilité – et la confiance et la transparence à faire en sorte que les utilisateurs de la plateforme disposent d'informations adéquates pour prendre des décisions en toute connaissance de cause, ce qui permet à la fois de promouvoir une concurrence effective et de renforcer la confiance dans le marché. Le délégué conclut en estimant que le droit de la concurrence seul, eu égard aux délais requis pour les poursuites et, souvent, du nombre très restreint d'affaires traitées en parallèle, ne sera pas adapté.

Le Royaume-Uni résume une partie des autres interventions proposées. En matière de recherche, il était suggéré d'imposer à Google de fournir un accès aux données concernant les clics et les requêtes aux moteurs de recherche de tiers, de les autoriser à former leurs algorithmes à rivaliser plus efficacement, ainsi que de restreindre la capacité de Google de conclure des accords par défaut avec les fabricants d'appareils et les exploitants des navigateurs. Pour ce qui est des médias sociaux, la priorité allait davantage à l'augmentation de l'interopérabilité entre Facebook et les autres plateformes de médias sociaux qu'à des formes particulières de fonctionnalité.

En ce qui concerne la publicité par affichage ouvert, deux grandes catégories d'interventions ont été mises en lumière. La première appelle à une transparence accrue sur ce qui est qualifié de vérification des annonces, c'est-à-dire sur les prix et sur la question de savoir si l'annonce en question est présentée aux consommateurs pertinents. La seconde catégorie d'interventions potentielles vise à résoudre les conflits pouvant découler d'une intégration verticale. L'une des propositions concerne ainsi la séparation potentielle entre les plateformes liées à la demande et celles liées à l'offre afin de remédier au conflit d'intérêts pouvant naître de la représentation simultanée des annonceurs et des éditeurs. Le Royaume-Uni conclut en notant que le rapport intérimaire a mis en évidence des restrictions applicables aux branches d'activité de nature structurelle, pouvant prendre des formes diverses, de la séparation opérationnelle à une cession totale.

Le Président s'adresse alors au BIAC. Le **BIAC** partage le point de vue selon lequel la nature de toute défaillance présumée du marché résultant du double rôle joué par les propriétaires des plateformes numériques (en tant qu'opérateurs des plateformes et que détaillants) doit être examinée en détail et comprise avant qu'une quelconque mesure corrective potentielle puisse être mise en œuvre. Le BIAC note que les plateformes numériques et leurs modèles économiques ne sont pas tous identiques, et les questions auxquelles il faut s'atteler peuvent donc être tout aussi diverses. De plus, le BIAC souligne qu'il convient d'envisager avec prudence les justifications économiques possibles avant d'envisager d'imposer des mesures correctives aux plateformes prétendument dominantes, au moyen d'une séparation structurelle ou de restrictions applicables aux branches d'activité. Le BIAC mentionne plusieurs éléments qui devraient être pris en compte sur les marchés numériques comme la pertinence et les effets de l'auto-référencement, le caractère solidement établi ou non du pouvoir de marché, la possibilité ou non de reproduire les effets de réseaux, le fait de comprendre clairement ce qui fait partie d'une plateforme numérique, la connaissance des relations entre les plateformes numériques et les diverses catégories de détaillants qui les utilisent, la détermination du caractère immatériel et mondial des principaux actifs, l'évaluation des économies des opérations des plateformes numériques qui peuvent être fortement interdépendantes, et l'évolution des marchés dynamiques des plateformes numériques.

Ces considérations doivent s'inscrire dans le cadre d'autres questions plus larges liées à l'exploitation des plateformes comme les problèmes de propriété des données. En outre, l'expérience a montré que la séparation structurelle s'était avérée efficace dans certains cas mais pas dans d'autres, et que les restrictions applicables aux branches d'activité empêcheraient certains opérateurs commerciaux de participer pleinement à l'économie de marché.

Pour résumer, le BIAC fait observer qu'il convient de s'assurer que les régimes applicables à l'abus de position dominante sont suffisamment souples pour remédier aux problèmes susceptibles de se présenter sur des marchés en mutation fondés sur l'innovation. Premièrement, l'application par les autorités de la concurrence des dispositions relatives à l'abus de position dominante déjà élaborées et adoptées devrait constituer la toute première mesure destinée à remédier à cet abus. Deuxièmement, des bacs à sable réglementaires pourraient être utilisés par les autorités de réglementation à la demande du secteur concerné. Troisièmement, si une séparation structurelle ou des restrictions applicables aux branches d'activité doivent être imposées *ex ante* par un texte législatif ou réglementaire, les avantages et les inconvénients d'une telle mesure devraient être analysés publiquement du fait de la complexité de ces marchés et de l'ampleur des différences les séparant des monopoles naturels. Enfin, le BIAC indique que certains pays ont adopté ou envisagent d'adopter une législation conférant des pouvoirs étendus pour imposer ces cessions structurelles ou des restrictions applicables aux branches d'activité,

qui reposent souvent sur des notions vagues contournant la rigueur des évaluations d'impact sur la concurrence classiques. Selon le BIAC, les mesures correctives que constituent la séparation structurelle et les restrictions applicables aux branches d'activité devraient être utilisées en dernier recours, sur la base de normes objectives et transparentes.

Le Président remercie le BIAC et donne la parole à **Pablo Ibáñez Colomo**, en lui demandant si à son avis, le droit de la concurrence est suffisant pour discipliner les entreprises numériques en position dominante vis-à-vis des abus possibles.

Le professeur Ibáñez Colomo note, tout d'abord, qu'en ce qui concerne l'efficacité du droit de la concurrence, il convient de répondre à deux questions distinctes, et donc de déterminer si le droit de la concurrence nous permet d'obtenir les résultats voulus et s'il peut s'appliquer efficacement au type d'interventions souhaité sur ces marchés. Sur ce point, il convient d'évaluer la capacité du droit de la concurrence de s'appliquer à « des mesures correctives proactives », comme les obligations d'accès, les cessions ou les modifications de la conception d'un produit ou d'un modèle économique, ce qui est très complexe. Par conséquent, si nous plaçons pour un recours accru à ce type d'interventions, les limites du droit de la concurrence à cet égard devraient être claires. En particulier, le droit de la concurrence peut être défaillant à plusieurs égards lorsqu'il s'agit de la conception, de la mise en œuvre et du suivi des mesures correctives.

Le professeur Ibáñez Colomo souligne ensuite que par le passé, le droit de la concurrence n'a été utilisé pour ce type d'interventions que dans des circonstances exceptionnelles, le système étant conscient de ses limites en matière de mesures correctives. Il s'agit d'un point essentiel, qu'il convient de garder à l'esprit lorsqu'on réfléchit à la ligne de démarcation entre les interventions sectorielles *ex ante* et les interventions relevant du droit de la concurrence. M. Ibáñez Colomo note également que cet aspect a encore plus d'importance lorsqu'on envisage certains types d'interventions, comme les mesures réparatrices, destinées à remettre les conditions de concurrence dans un état antérieur théorique, ce qui est incroyablement complexe. Pour conclure, le professeur Ibáñez Colomo fait observer que les interventions évoquées au cours de la présente audition sont très délicates et que les autorités de la concurrence ne sont pas nécessairement armées à cet égard.

Le Président invite alors **Justus Haucap** à présenter les modifications apportées à la Loi allemande sur la concurrence, et à préciser en particulier si ces nouvelles règles faciliteraient la détection et la répression des discriminations non fondées sur les prix.

Le professeur Haucap répond que les nouvelles règles allemandes peuvent être considérées dans un sens comme une expérience réglementaire, même si ce n'est pas la première fois que des règles particulières s'appliquent à des secteurs spécifiques – ce fut en effet le cas, par exemple, dans les industries de réseau traditionnelles.

Compte tenu de l'importance des effets de réseaux et du multi-hébergement, l'une des règles consiste à renverser la charge de la preuve lorsqu'une entreprise ou une plateforme se livre à une pratique qui rend le multi-hébergement plus difficile, même en-dessous du seuil fixé pour définir une position dominante. Le professeur Haucap souligne que dans un sens, il s'agit d'introduire davantage de nuances pour faire la distinction entre les plateformes qui sont en position dominante et celles qui ne le sont pas, en utilisant le concept de pouvoir de marché relatif ou de « niveau de dépendance ».

Par comparaison avec les anciennes industries de réseaux, un autre problème se pose sur les marchés numériques, comme le montre l'affaire Google Shopping : il se peut, en effet, que les consommateurs ne sachent même pas de quoi ils sont privés. Ainsi, en cas d'auto-référencement, les concurrents sont relégués si loin qu'ils peuvent ne plus être

visibles. Il s'agit d'une tactique non fondée sur les prix, qui fait qu'il est plus difficile d'assurer le libre jeu de la concurrence sur ce type de marchés. En Allemagne, pour empêcher une telle situation, l'autorité de la concurrence peut qualifier certaines des plateformes de « plateformes d'une importance primordiale pour la concurrence », lesquelles doivent s'abstenir d'un certain nombre de pratiques. Le professeur Haucap conclut en espérant que cette nouvelle approche fonctionnera.

Le Président s'adresse à **Darryl Biggar** et lui demande si, selon lui, l'hypothèse des investissements à fonds perdus peut combler certains écarts et permettre aux autorités de la concurrence de lutter plus efficacement contre les pratiques abusives.

Mr. Biggar note que ni l'approche du bien-être total, ni celle du bien-être du consommateur ne correspondent à ce que font réellement les autorités de la concurrence, et c'est pourquoi dans sa vidéo, il propose une autre approche, qualifiée par le Président d'hypothèse des investissements à fonds perdus. Selon ce cadre, dans une chaîne d'approvisionnement caractérisée par un goulet d'étranglement – une entreprise en position dominante –, les investissements de type relationnel réalisés à fonds perdus par les entreprises situées en amont ou en aval du goulet d'étranglement sont exposés à un risque de hold-up et ces entreprises peuvent rechigner à investir. Le droit de la concurrence peut servir à protéger les investissements en amont ou en aval. Cette approche, également connue sous le nom d'approche des coûts de transaction, est bien adaptée aux restrictions applicables aux branches d'activité, et pourrait de fait permettre aux autorités de la concurrence de lutter plus efficacement contre les pratiques abusives. Elle pourrait en outre contribuer à combler l'écart existant entre les recommandations des économistes et l'action des autorités de la concurrence. Enfin, cette approche des coûts de transaction, qui se concentre sur les conséquences pour les investissements en amont ou en aval et procure aux autorités de la concurrence une base solide pour y remédier plus efficacement, concerne directement les plateformes numériques.

Le Président invite ensuite **Damien Geradin** à faire part de son point de vue sur la possibilité de réduire la durée des procédures antitrust et à expliquer pourquoi elles sont si longues dans l'UE.

En ce qui concerne le premier aspect, le professeur Geradin note qu'il serait certainement possible d'accroître l'efficacité des enquêtes et d'améliorer certains points de procédure. Néanmoins, les enquêtes portant sur des affaires de concurrence prendront toujours du temps, pour des raisons pertinentes, comme la régularité des procédures ou le fait que la preuve de la charge revient aux autorités de la concurrence et que ces dernières se fondent de plus en plus sur l'analyse économique. M. Geradin souligne en outre que lorsqu'une intervention s'impose, aucune autorité de la concurrence ne peut réparer un préjudice sur le champ, en particulier sur les marchés numériques. C'est la raison pour laquelle le professeur est un fervent partisan de la proposition de la Commission européenne d'introduire une réglementation *ex ante*. Il lui semble en effet parfaitement logique de mettre en place des règles proscrivant certains types de comportements à l'avance, sans qu'il soit nécessaire qu'une infraction ait déjà été commise, car cela permettrait d'éviter plusieurs problèmes. Il serait aussi utile de pouvoir adopter des mesures correctives spécifiques au cas par cas. Le professeur Geradin conclut en soulignant que la réglementation quelle qu'elle soit doit être attentivement examinée et parfaitement calibrée, car elle peut parfois aggraver la situation, mais les interventions *ex post*, même provisoires, prendront toujours plusieurs mois et les marchés numériques peuvent basculer relativement vite.

Le Président demande enfin à **Cristina Caffarra** d'expliquer les différences existant entre les États-Unis et l'UE.

Mme Caffarra souligne, tout d'abord, que l'évolution de l'approche actuelle est née pour une bonne part du sentiment largement répandu que l'application du droit de la concurrence sur les marchés numériques, du moins en Europe, était un échec, et qu'une réglementation était donc nécessaire. De plus, les mesures correctives imposées dans l'affaire Google Shopping sont, d'après elle, largement considérées comme ayant échoué à rétablir la concurrence sur le marché. Cela s'explique notamment par l'approche « mettre fin et s'abstenir » qui a été utilisée, dans une situation où les incitations et l'aptitude des plateformes à contourner les mesures correctives, ainsi que la difficulté de surmonter les biais comportementaux des consommateurs sont considérables.

Mme Caffarra ajoute ensuite qu'à son avis, l'échec de ces mesures correctives dans ces affaires tient dans une large mesure au manque d'assurance, aux hésitations et aux doutes des instances de réglementation quant à l'imposition de mesures plus sévères. Elle note que la réglementation a de fait un rôle à jouer, le droit de la concurrence ne pouvant s'appliquer à toutes les situations. Les économistes doivent toutefois s'efforcer de mieux comprendre les répercussions des nouveaux modèles économiques sur les incitations. En outre, il convient de choisir une réglementation adéquate, qui permette de remédier aux problèmes spécifiques de différentes plateformes. Pour conclure, Mme Caffarra insiste sur la nécessité de faire preuve de davantage de courage dans la réflexion sur les mesures correctives et autres.

Le Président remercie l'ensemble des participants et clôt la session.