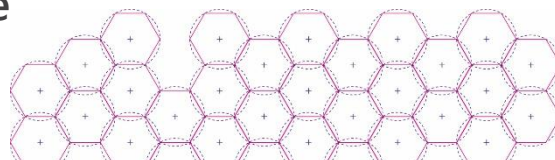


Réglementer les plateformes numériques pour favoriser le jeu de la concurrence

David Lewin, Grant Forsyth, Laura Wilkinson



E-commerce, médias sociaux, prestations dans le cloud... Les plateformes numériques proposent toute une gamme de services dématérialisés. Jusque récemment, ces plateformes n'étaient pratiquement pas réglementées. Pourtant, il est désormais reconnu que leur essor est aussi source de problèmes. Aujourd'hui, l'opinion penche de plus en plus pour un changement en la matière, mais comment procéder pour à la fois protéger les consommateurs, préserver le processus démocratique et favoriser la concurrence ? C'est sur ce troisième point que se concentre le présent document, car s'il est possible qu'une réglementation propice à la concurrence contribue aux deux autres paramètres, le risque de conflit est bien présent.

L'essor des plateformes numériques

Au cours de la dernière décennie, les plateformes numériques ont transformé la vie économique et sociale de milliards de personnes dans le monde. La Figure 1 illustre leur importance croissante et démontre à quel point la nature des dix plus grandes sociétés internationales (calcul basé sur leur capitalisation boursière) a évolué en dix ans. En 2009, ce classement était dominé par le secteur pétrolier, avec quatre représentants, contre une seule plateforme numérique : Microsoft. Dix ans plus tard, sept plateformes numériques se sont hissées dans le top 10, éclipsant les compagnies pétrolières.

Figure 1 : Les dix plus grandes sociétés, classées selon leur capitalisation boursière¹

T2 2009 (Md USD)		T2 2019 (Md USD)	
PetroChina	367	Microsoft	1 028
Exxon Mobil	341	Amazon	928
ICBC	257	Apple	911
Microsoft	212	Alphabet	751
China Mobile	201	Facebook	551
Wal-Mart	189	Berkshire Hathaway	521
China Construction Bank	182	Alibaba	439
Petrobras	165	Tencent	432
Johnson and Johnson	157	Johnson and Johnson	370
Shell Oil	156	J P Morgan	363
Part des plateformes numériques dans la capitalisation	8 %		80 %

Les sept plateformes numériques de la Figure 1 ont adopté des modèles économiques très différents. Il s'avère pertinent, en particulier, de distinguer celles dont les revenus sont principalement issus de la fourniture d'objets physiques (produits logiciels y compris) de celles qui monétisent des services purement dématérialisés. Concrètement :

- la majeure partie des revenus d'Alphabet provient de services de publicité ciblée en ligne qui exploitent les données recueillies par Google, son moteur de recherche, et YouTube, sa plateforme de média social². Il s'agit donc principalement d'un fournisseur de services dématérialisés ;
- Facebook (propriétaire d'Instagram) est le premier fournisseur de services de type réseau social dans la plupart des pays du monde. Cette position lui permet d'enregistrer des revenus et des bénéfices colossaux grâce à la publicité ciblée en ligne. Il s'agit donc d'une plateforme de services purement dématérialisés ;
- si Amazon tire actuellement la plus grande part de ses revenus de la vente en ligne d'objets physiques (directement ou par mise en relation), cette activité génère une faible marge d'exploitation en comparaison de celle d'Alphabet ou de Facebook. Ses bénéfices proviennent majoritairement de la fourniture d'infrastructures et de services web à des tiers. Ces services dématérialisés représentent moins de 10 % de son chiffre d'affaires ;
- les revenus et bénéfices d'Apple sont principalement issus de la vente d'appareils comme les téléphones, les tablettes et les ordinateurs portables. Les services dématérialisés représentent moins de 20 % de son chiffre d'affaires ;

¹ Source : Financial Times Global 500.

² Ces données peuvent aussi émaner d'autres applications Google, comme la messagerie électronique et le stockage en ligne.

- Microsoft continue de tirer la majeure partie de ses revenus de la vente de produits logiciels (Office et systèmes d'exploitation) et matériels (Xbox et autres appareils). Moins de 15 % de son chiffre d'affaires émane des services dématérialisés ;
- Alibaba applique un modèle économique très proche de celui d'Amazon, mais cible à ce jour spécifiquement le marché chinois ;
- Tencent réalise la majeure partie de son chiffre d'affaires en Chine grâce à la vente de jeux sur PC et téléphone mobile.

La Figure 2 met en avant ces grandes différences de manière synthétique. Alphabet (par l'intermédiaire de ses filiales) et Facebook ressortent nettement en tête des fournisseurs de services dématérialisés.

Figure 2 : Revenus 2018 (en milliards USD) générés par les services dématérialisés des principales plateformes numériques³

Plateforme	Revenus totaux	Revenus issus des services dématérialisés	Commentaire
Alphabet	137	123	Source : publicité ciblée en ligne
Facebook	56	55	Source : publicité ciblée en ligne
Amazon	233	12	Les services dématérialisés n'englobent pas les services web et la vente au détail.
Apple	60	9	Les services dématérialisés n'englobent pas la vente d'appareils.
Microsoft	110	13	Les services dématérialisés n'englobent pas la vente de produits matériels et logiciels.
Alibaba	55	8	Les services dématérialisés n'englobent pas la vente au détail.
Tencent	45	16	Les services dématérialisés n'englobent pas la vente de jeux sur PC et mobile.

³ Source : états financiers des entreprises.

Le présent rapport se consacre aux marchés des services dématérialisés sur lesquels Alphabet et Facebook opèrent, en étudiant plus particulièrement les problèmes de concurrence qui surviennent et les recours réglementaires susceptibles de les résoudre. Dans le même temps, nous soulignons qu'une réglementation favorisant le jeu de la concurrence sur les marchés dominés par ces deux entreprises peut également s'avérer nécessaire pour remédier aux problèmes de concurrence découlant des activités d'autres grandes plateformes numériques.

Principales caractéristiques des marchés des services dématérialisés

Les marchés des services dématérialisés sur lesquels Facebook, YouTube et Google réalisent la majeure partie de leur chiffre d'affaires présentent diverses caractéristiques⁴ qui, ensemble, peuvent conduire à des problèmes de concurrence.

Concrètement :

- pour tout client supplémentaire, le coût marginal de service est très faible, car l'accès à l'Internet haut débit est quasiment universel. Ainsi, à condition de proposer un service qui plaît aux consommateurs, les fournisseurs peuvent rapidement développer leur activité. À titre d'exemple, Facebook comptait un million d'abonnés en 2004, contre 350 millions en 2009 et 2,3 milliards fin 2018 ;
- il s'agit d'un marché multiface, sur lequel interviennent au moins deux groupes d'utilisateurs différents, mais interdépendants⁵. Par exemple, plusieurs plateformes numériques réunissent à la fois des consommateurs, des vendeurs ou fournisseurs de contenu et des annonceurs. Le fournisseur de services dématérialisés offre un service gratuit aux consommateurs. En échange, il collecte une multitude de données les concernant, qui sont ensuite compilées dans un ensemble de « mégadonnées » (big data), analysées et monétisées. Google, YouTube et Facebook proposent ainsi des services de publicité ciblée en ligne à un vaste panel d'entreprises souhaitant faire valoir leurs produits et services. Une fois créé, cet ensemble de mégadonnées constitue un obstacle à l'entrée sur le marché d'autres acteurs, qui doivent s'efforcer de le reproduire pour pouvoir espérer faire jeu égal ;
- en proposant une gamme de services interconnectés, le fournisseur de services dématérialisés en position dominante peut étoffer les informations recueillies sur les consommateurs et compliquer encore la tâche des nouveaux arrivants. Prenons l'exemple d'Alphabet.

⁴ Voir, par exemple, Scott Morton et al, Stigler Centre, *Committee for the Study of Digital Platforms - Market Structure and Antitrust Subcommittee Report*, mai 2019.

⁵ Voir le rapport de l'OCDE, *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, 2018, p. 9.

Cette entreprise est propriétaire de Google, mais propose aussi d'autres services : médias sociaux, messagerie électronique, cartographie, stockage, traduction, achats ;

- par effets de réseau, le service de l'acteur dominant peut paraître plus attractif aux abonnés potentiels que les services dématérialisés de la concurrence. Ainsi, Facebook prend souvent le dessus car les consommateurs savent que leurs amis et leurs proches ont de grandes chances d'être présents sur cette plateforme ;
- pour la grande majorité des consommateurs, il s'avère plus pratique d'utiliser les différents services dématérialisés du fournisseur en position dominante, plutôt que d'essayer simultanément plusieurs services concurrents afin de choisir le plus performant. Google a un énorme avantage sur ce point grâce à son moteur de recherche, installé par défaut sur tous les téléphones Android et, depuis 2019, sur les iPhone (après un versement de 12 milliards USD à Apple). Résultat : Google est le moteur de recherche utilisé par défaut sur plus de 90 % des smartphones à l'échelle mondiale⁶.

Ensemble, ces caractéristiques peuvent rapidement faire basculer les marchés des services dématérialisés en faveur d'un acteur dominant. Après un bref épisode concurrentiel, le marché est très peu disputé une fois franchi le point de non-retour. Le vainqueur exerce alors une domination concurrentielle prolongée.

Emprise sur le marché de Google et Facebook

Comme l'illustre la Figure 2, les revenus qu'Alphabet et Facebook tirent des services dématérialisés sont d'un ordre de grandeur bien supérieur à ceux des autres grandes plateformes numériques répertoriées. Le chiffre d'affaires de ces deux acteurs est presque entièrement issu de la publicité ciblée en ligne, et au moins deux autorités de la concurrence ont déclaré qu'ils occupaient une position dominante sur les marchés connexes :

- la Commission européenne a jugé que Google, de loin la plus grande société en activité détenue par Alphabet, occupait une position dominante sur le marché des services de moteur de recherche et des systèmes d'exploitation pour smartphone dans toute l'UE⁷ ;
- la Commission australienne de la concurrence et de la consommation (ACCC) a jugé que Google occupait une position dominante sur le marché des services de

moteur de recherche et de référencement payant. Pour Facebook, cela concerne le marché des services de médias sociaux et de publicité display en Australie⁸.

Ces décisions se fondent en grande partie sur l'analyse de leurs parts de marché et sur leurs taux de rentabilité durablement élevés.

Figure 3 : Parts de marché et indicateurs de profit

Mesure	Alphabet	Facebook	Autres	Source
Temps passé en ligne par la population australienne	21 %	19 %	60 % ⁹	Enquête de l'ACCC sur les plateformes numériques
Parts du marché des services de moteur de recherche en Europe : 2009-2017	94 % 92 %	0 % 0 %	6 % 8 %	DG Concurrence, 2017
Marge d'exploitation : 2013-2017 ou 2018	27 % 23 %	44 % 39 %		États financiers des entreprises

Une analyse plus détaillée du marché de la publicité ciblée en ligne vient étayer ces conclusions. Depuis 2005, la publicité ciblée en ligne a évincé inexorablement la publicité traditionnelle¹⁰ en tête des méthodes marketing préférées des entreprises.

On distingue trois formes principales de publicité en ligne, comme l'ont décrit Plum¹¹ et l'ACCC¹² dans leurs rapports :

- le référencement payant, qui permet aux annonceurs de sponsoriser des liens commerciaux sur les moteurs de recherche afin d'apparaître en tête des résultats ;
- la publicité display, qui intègre¹³ du contenu ayant attiré les utilisateurs finaux : cette catégorie est subdivisée par type de contenu, à savoir display sur les médias sociaux (Facebook ou YouTube, par exemple) et display ouvert émanant d'éditeurs en ligne comme les journaux et magazines ;

⁸ ACCC, *op. cit.*, juin 2019.

⁹ Aucune autre plateforme numérique ne détient plus de 3,5 % de parts de marché.

¹⁰ À la télévision, au cinéma, dans les journaux ou à la radio.

¹¹ Rapport de Plum Consulting au gouvernement britannique, *La publicité en ligne au Royaume-Uni* (en anglais), janvier 2019.

¹² ACCC, *op. cit.*, juin 2019.

¹³ Sous diverses formes : bannières publicitaires, contenu intégré, vidéo, etc.

⁶ Voir, par exemple, ACCC, *Digital Platforms Inquiry*, juin 2019, p. 10.

⁷ Voir, par exemple, DG Concurrence, *Pratiques anticoncurrentielles : la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix*, juillet 2017.

- les petites annonces, qui permettent aux annonceurs (souvent de petites entreprises) d'acheter un encart dans un listing en ligne pour faire la promotion de leurs biens et services.

Les deux premières catégories constituent des formes de publicité ciblée, c'est-à-dire que les annonces ou les résultats de recherche affichés sont adaptés aux préférences des consommateurs, après analyse des ensembles de mégadonnées détenus par le fournisseur de services dématérialisés. L'efficacité du ciblage dépend de la qualité des données utilisées¹⁴. Par conséquent, le service proposé par le fournisseur qui dispose de l'ensemble de données le plus vaste et le plus complet a toutes les chances de remporter la part du lion sur ce marché et, dans une grande mesure, de dicter les conditions de l'offre.

À titre indicatif, la Figure 4 précise les revenus estimés de la publicité en ligne au Royaume-Uni en 2017. Voici ce qu'il en ressort :

- Google domine nettement l'offre sur le marché du référencement payant, comme le confirment les conclusions de la Commission européenne et de l'ACCC ;
- selon que l'on considère le display social et le display ouvert comme deux marchés publicitaires séparés ou comme les segments d'un même marché, Facebook n'occupe pas forcément une position dominante sur le marché de la publicité display en ligne.

Figure 4 : Revenus estimés de la publicité en ligne au Royaume-Uni en 2017 (Md GBP)¹⁵

Type de publicité en ligne	Alphabet	Facebook	Autres	Total
Référencement payant	5,2	0	0,6	5,8
Display :				
social	0,5	1,7	0,2	2,4
ouvert	0,2	0	1,6	1,8
Petites annonces	N. A.	N. A.	N. A.	1,5

De manière générale, les données factuelles laissent fortement à penser que les marchés du référencement payant et de la publicité basée sur le display social ont déjà atteint le point de non-retour¹⁶, respectivement en faveur de Google et de

¹⁴ En termes de nombre d'utilisateurs et de quantité de données détenues concernant chacun d'eux.

¹⁵ Rapport de Plum Consulting au gouvernement britannique, *La publicité en ligne au Royaume-Uni* (en anglais), janvier 2019.

¹⁶ Le « point de non-retour » fait référence au monopole sur le marché (l'acteur dominant détient presque toutes les parts). Cela peut se produire lorsqu'une certaine échelle est atteinte suite à l'association de plusieurs

Facebook. Quels problèmes cela soulève-t-il en termes de concurrence ?

Problèmes de concurrence après le point de non-retour

Une fois franchi le point de non-retour, Google et Facebook ayant atteint une position dominante sur le marché, deux principaux problèmes de concurrence se font jour :

- les possibilités d'entrée directe et réussie des concurrents sont restreintes ;
- les acteurs dominants sont en mesure de verrouiller tout service dématérialisé complémentaire.

Entrée directe

Des obstacles substantiels, définis dans la troisième partie de ce rapport, empêchent l'entrée fructueuse d'un concurrent direct. Le nouvel arrivant doit notamment :

- surmonter les avantages colossaux dont jouissent Google et Facebook en termes d'image de marque et d'économies d'échelle ;
- se constituer un ensemble de données consommateurs aussi performant que celui du fournisseur déjà en place, sachant que cet obstacle risquera de peser de plus en plus à mesure que le fournisseur historique exploitera plus efficacement l'intelligence artificielle pour analyser les préférences des consommateurs ;
- perturber l'inertie des utilisateurs pour leur faire changer de fournisseur.

Verrouillage des services dématérialisés complémentaires

Les plateformes numériques comme Google et Facebook sont exploitées par des services dématérialisés complémentaires. C'est par exemple le cas des comparateurs de prix, qui se servent du moteur de recherche Google pour atteindre des clients, et des services d'actualité en ligne qui utilisent Facebook. Au départ, ces services renforcent la valeur de Google et de Facebook pour les consommateurs et permettent à ces plateformes de se développer plus rapidement. Toutefois, à mesure que leur emprise sur le marché augmente, Google et Facebook disposent à la fois des incitations et des moyens nécessaires pour verrouiller l'activité de ces fournisseurs de services complémentaires :

- en modifiant les conditions commerciales proposées, de façon à réduire les profits générés par les services complémentaires concurrents. Par exemple :

« D'autres plateformes imposent des règles et des attributions qui dépassent le cadre strict des services de comparaison et qui définissent le fonctionnement du

facteurs, tels que des économies d'échelle ou des effets de périmètre, des externalités réseau, des difficultés à lever des capitaux et des limites liées au comportement des consommateurs. Voir Furman et al, *Unlocking digital competition*, mars 2019.

marché, voire la relation entre les différentes parties prenantes, par exemple en régissant les autorisations d'accès à la plateforme et les exclusions, en réglementant les modalités de présentation des offres par les vendeurs, ainsi que les données et les API mises à leur disposition, en instaurant des systèmes de notation, en régulant l'accès aux informations générées sur la plateforme, en imposant des normes minimales applicables aux politiques de livraison et de retour, en fournissant des contrats types, en exerçant un contrôle sur les prix, en imposant des clauses NPF, etc. Cette faculté à imposer des protocoles et à "définir le marché" établit les règles du jeu de la concurrence. »¹⁷ ;

- en identifiant, grâce à l'analyse de leur ensemble de données, les services complémentaires de la concurrence qui remportent le plus de succès ou qui représentent la menace concurrentielle la plus crédible ;
- en créant leurs propres services complémentaires, vers lesquels le trafic des services concurrents est détourné¹⁸ ;
- en faisant l'acquisition des entreprises exploitant ces services complémentaires au lieu d'en mettre sur pied par eux-mêmes.

Pour que cette stratégie porte ses fruits, le fournisseur historique doit absolument garder le contrôle de sa relation avec les consommateurs, afin qu'aucun concurrent ne réussisse à instaurer une relation directe avec eux (empêchant alors le fournisseur historique de servir d'intermédiaire).

Si ces deux problèmes ne sont pas réglés, la position dominante du fournisseur historique de services dématérialisés a toutes les chances de perdurer et d'engendrer une hausse des prix, une baisse de la qualité et une innovation moins rapide qu'elle ne le serait sur un marché concurrentiel.

Réglementation des plateformes numériques : la position actuelle

Des deux côtés de l'Atlantique, les autorités de la concurrence interviennent de plus en plus fréquemment dans la réglementation des plateformes numériques. En Europe, la direction générale de la concurrence de la Commission européenne a jugé :

- que Google commettait un abus de position dominante sur le marché des services de recherche. En juin 2017, elle a conclu que Google faussait le jeu de la concurrence sur le marché des comparateurs de prix, en utilisant son moteur de recherche pour réserver un placement et un affichage plus favorables à son propre

service par rapport à ses concurrents. Google s'est vu infliger une amende de 2,4 milliards EUR. En mars 2019, la Commission européenne a de nouveau condamné Google à une amende de 1,5 milliard EUR, en raison du contrôle exercé par l'entreprise sur le placement des publicités pour les moteurs de recherche concurrents sur les sites web des éditeurs de contenu utilisant l'algorithme de recherche Google ;

- que Google commettait un abus de position dominante sur le marché des systèmes d'exploitation intelligents pour mobiles afin de renforcer son emprise sur le marché des services de moteur de recherche. En juillet 2018, elle a frappé Google d'une amende de 4,3 milliards EUR pour cette violation.



La Commission européenne a jugé que Google commettait un abus de position dominante sur les marchés des services de recherche et des systèmes d'exploitation intelligents.

Par ailleurs, le règlement général sur la protection des données (RGPD) est entré en vigueur dans l'UE en 2018. Conçu pour protéger la confidentialité des données fournies par les consommateurs, le RGPD a les plateformes numériques en ligne de mire.

Aux États-Unis, les autorités compétentes se sont montrées plutôt discrètes sur la question à ce jour. En juillet 2019, la Commission fédérale du commerce (Federal Trade Commission) a infligé à Google une amende de 5 milliards USD pour avoir trompé les consommateurs quant à la confidentialité des données détenues à leur sujet. Dans le même temps, elle a annoncé l'ouverture d'une enquête sur les possibles pratiques anticoncurrentielles de Facebook. Début septembre, cinquante procureurs généraux d'États et de territoires américains ont déclaré lancer une enquête antitrust sur Google.

Parallèlement à ces mesures de répression, les rapports d'experts argumentant en faveur d'une réglementation des plateformes numériques se sont multipliés. En mars 2019, un comité a fait état de ses recherches en la matière au gouvernement britannique (rapport Furman¹⁹) ; au mois d'avril, plusieurs spécialistes ont remis un rapport à la direction générale de la concurrence de la Commission européenne (rapport Vestager²⁰) ; en mai, un groupe d'économistes du Stigler Centre²¹ a étudié ces problèmes du point de vue

¹⁷ Crémer et al, *Competition policy for the digital era*, avril 2019.

¹⁸ DG Concurrence, *Résumé de la décision de la Commission du 27 juin 2017 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE [Affaire AT.39740 — Moteur de recherche Google (Shopping)]*, juin 2017.

¹⁹ Furman et al, *Unlocking digital competition*, mars 2019.

²⁰ Crémer et al, *op. cit.*, avril 2019.

²¹ Institut universitaire au sein de l'école de commerce Chicago Booth.

américain (rapport Morton²²) ; et enfin en juin, l'ACCC a publié un rapport établissant plusieurs propositions de réglementation des plateformes numériques²³. Ces rapports formulent quatre propositions de haut niveau.

Figure 5 : Propositions de réglementation des plateformes numériques

Proposition 1

- Fonder la réglementation des plateformes numériques sur le cadre existant en matière de droit de la concurrence

Proposition 2

- Mettre en œuvre des mesures de protection des consommateurs

Proposition 3

- Mettre sur pied une autorité de réglementation sectorielle pour épauler l'autorité de la concurrence

Proposition 4

- Appliquer des mesures phares aux plateformes dominantes uniquement

Proposition 1 : Fonder la réglementation des plateformes numériques sur le cadre existant en matière de droit de la concurrence

Ces rapports s'accordent à dire que le cadre existant en matière de droit de la concurrence reste un bon point de départ pour réglementer les plateformes numériques, mais qu'il convient de l'adapter aux caractéristiques de leurs marchés, décrites dans la troisième partie du présent article. Par exemple :

« Le comité est d'avis que la politique concurrentielle doit être outillée pour répondre aux nouveaux enjeux, sans nécessité de modifier radicalement ses fondements »²⁴.

« Si les outils existants et les objectifs des cadres en vigueur dans le droit de la concurrence et le droit de la consommation restent applicables aux marchés numériques, l'opacité et la complexité de ces derniers ne permettent pas de déceler facilement les problèmes et risquent de limiter l'efficacité de leurs principes généraux »²⁵.

Proposition 2 : Mettre en œuvre des mesures de protection des consommateurs

Les experts s'accordent également à dire que la réglementation des plateformes numériques, sous quelque forme que ce soit, doit être pensée dans le but d'optimiser la protection des consommateurs. Or, on constate de plus en plus que les plateformes numériques et que les mesures propices à la concurrence peuvent elles-mêmes entrer en conflit avec les mesures de protection des consommateurs et par conséquent, en réduire l'impact. Par exemple :

- les fournisseurs de services dématérialisés ont tout intérêt à créer des contenus addictifs (qui portent préjudice aux consommateurs). De fait, ils veulent que les consommateurs restent en ligne le plus longtemps possible afin de recueillir un maximum de données sur eux et de placer davantage de publicités. Cet effet peut être amplifié par le jeu de la concurrence, qui incite les autres plateformes du marché à rivaliser pour capter l'attention des consommateurs ;
- la mise en œuvre de mesures de protection des consommateurs risque d'augmenter les coûts fixes d'une plateforme numérique, ce qui se traduira par un renforcement des effets d'économies d'échelle et multipliera les obstacles à l'entrée réussie de concurrents sur le marché.

Proposition 3 : Mettre sur pied une autorité de réglementation sectorielle pour épauler l'autorité de la concurrence

Pour épauler l'autorité de la concurrence dans ses prérogatives, un consensus se dessine en faveur de la création d'une autorité de réglementation propre au secteur des plateformes numériques, qui pourrait être chargée de réduire les préjudices portés aux consommateurs, mais aussi de comprendre les dynamiques des marchés et de favoriser la concurrence. Cette « autorité numérique » serait à même d'évaluer l'interaction entre ces deux types de mesures, pour tenir compte de leurs objectifs respectifs. Quant à son statut, elle pourrait soit agir indépendamment, soit être placée sous la houlette de l'autorité de la concurrence, de l'autorité de la protection des données ou encore, de l'organisme national de réglementation des télécommunications²⁶. Voici les principaux arguments avancés pour promouvoir la création d'une autorité numérique.

- Les marchés des services dématérialisés évoluant à vitesse grand V, une autorité numérique sectorielle serait en mesure d'intervenir plus rapidement que

²² Morton et al, *op. cit.*, mai 2019.

²³ ACCC, *op. cit.*, juin 2019, qui s'intéresse aux impacts de ces plateformes sur les médias traditionnels.

²⁴ Furman et al, *op. cit.*, mars 2019, p. 5.

²⁵ ACCC, *op. cit.*, juin 2019, p. 13.

²⁶ Le rôle premier d'une autorité numérique pouvant être de renforcer le jeu de la concurrence sur les marchés des services dématérialisés, les autorités de réglementation des télécommunications sont bien armées pour cette mission, puisqu'elles ont réussi à instaurer une concurrence efficace dans ce secteur auparavant soumis au monopole d'un opérateur historique. Voir Richard Feasey, *Ex ante digital regulation – what can we learn from telecoms?*, 2019, pour une discussion approfondie sur ce point.

l'autorité générale de la concurrence, en cas de défaillance du marché.

- À l'exception des cas de fusion, les autorités de la concurrence s'appuient sur la jurisprudence. Une autorité numérique, à l'inverse, pourrait adopter une approche réglementaire tournée vers l'avenir.
- En cas de domination manifeste, une telle autorité pourrait être habilitée à prendre des mesures plus concrètement propices à la concurrence, alors que l'autorité traditionnelle risquerait d'axer son action uniquement sur la prévention des abus de position dominante.
- Les autorités de la concurrence prennent généralement des décisions ponctuelles : amendes, changements structurels obligatoires, interdiction de certaines pratiques. Les autorités de réglementation sectorielles ont plus souvent pour mission de surveiller en continu l'évolution des marchés et le comportement des acteurs dominants.
- Une autorité numérique sectorielle pourrait recueillir des données sur le fonctionnement des marchés des services dématérialisés afin de mieux en comprendre les méandres et d'en améliorer la transparence. À l'inverse, une autorité de la concurrence agit généralement au cas par cas dans un vaste éventail de secteurs.

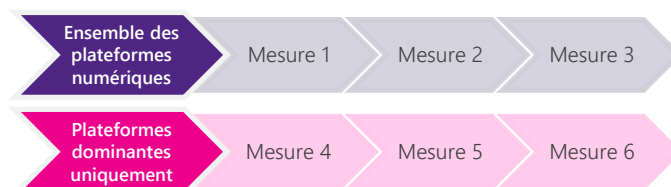
Proposition 4 : appliquer des mesures phares aux plateformes dominantes uniquement

Les experts s'accordent à dire que plusieurs des mesures requises pour favoriser le jeu de la concurrence devraient s'appliquer uniquement aux plateformes numériques qui occupent déjà une position dominante sur un marché donné. Toutefois, le terme employé pour qualifier cette position varie. Le rapport Vestager parle de *position dominante* ; l'ACCC, d'une *emprise substantielle sur le marché* ; le rapport Furman, d'un *statut stratégique sur le marché* ; et le rapport Morton, d'un *pouvoir de goulot d'étranglement*. Il n'est pas possible de déterminer clairement si les tests utilisés pour identifier ces plateformes sont cohérents.

Mesures spécifiques visant à favoriser le jeu de la concurrence

Les récents rapports Vestager, Furman, ACCC et Morton ont établi six mesures à envisager en vue de favoriser le jeu de la concurrence sur les marchés des services dématérialisés. En voici une liste commentée. Les mesures 1 à 3 s'appliqueraient à l'ensemble des plateformes numériques, tandis que les mesures 4 à 6 concerneraient uniquement les plateformes dominantes.

Figure 6 : Mesures visant à favoriser le jeu de la concurrence



Mesure 1 : portabilité des données client

Cette mesure aurait pour but de réduire les coûts supportés lorsqu'un consommateur change de plateforme numérique et pourrait inclure l'élaboration de normes ouvertes sur l'identité numérique appartenant à l'utilisateur final. Toutefois, une épineuse question reste en suspens : quelle définition doit-on donner au terme de *données client* ? Il s'avère nécessaire de faire la distinction entre les « *données communiquées volontairement, observées et déduites* »²⁷. L'ACCC s'interroge également sur l'effet réel qu'une telle mesure pourrait avoir, étant donné que les consommateurs ont déjà la possibilité d'utiliser gratuitement plusieurs services concurrents à la fois. Elle serait peut-être plus efficace si elle était appliquée aux données de réputation²⁸ des fournisseurs, consultables par les autres parties prenantes sur les marchés multiface.

Mesure 2 : interopérabilité entre les services proposés par des plateformes numériques concurrentes

Pour donner un exemple parlant, une telle mesure pourrait s'appliquer à des services de communications comme WhatsApp et Windows Live Messenger. Il existe ici des parallèles flagrants avec l'obligation imposée aux opérateurs télécoms d'interconnecter leurs réseaux avec ceux des concurrents et d'assurer la transmission des appels vocaux. De fait, l'article 61 du code des communications électroniques européen en vigueur dans l'UE prévoit des dispositions visant l'interopérabilité entre les services de communications des plateformes numériques²⁹. Toutefois, il n'est pas évident que cette mesure aurait un effet bénéfique à long terme sur la protection des consommateurs. La coordination nécessaire entre les plateformes numériques concurrentes pour satisfaire à cette exigence d'interopérabilité pourrait freiner l'innovation propice au développement de services de communications à valeur ajoutée. Il n'est pas non plus certain que l'absence d'interopérabilité entre les services de communications fournis par les plateformes numériques soit l'une des causes principales de leur domination.

²⁷ Crémer et al, *op. cit.*, avril 2019, p. 8.

²⁸ Les données qui déterminent la note de réputation des fournisseurs sur laquelle les utilisateurs peuvent se baser avant d'acheter.

²⁹ DIRECTIVE (UE) 2018/1972 DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL établissant le code des communications électroniques européen, décembre 2018.

Mesure 3 : incitation des consommateurs à utiliser plusieurs services à la fois

Les consommateurs sont souvent réticents à utiliser simultanément plusieurs services dématérialisés concurrents afin de choisir celui qui leur convient le mieux. Même si ce processus stimulerait le jeu de la concurrence, il risquerait d'être trop chronophage pour des consommateurs qui ont tendance à accepter les options par défaut et les conditions d'utilisation de leurs données sans les étudier. Il semble difficile de faire évoluer ce comportement, mais les autorités de réglementation pourraient inciter raisonnablement les consommateurs à ne pas accepter les paramètres par défaut (comme le choix du moteur de recherche, par exemple) en leur demandant ponctuellement de faire un choix explicite. L'ACCC propose d'adopter cette exigence pour les moteurs de recherche en Australie.

Mesure 4 : partage de données entre plateformes numériques dominantes et concurrents de moindre envergure

Force est de constater que les ensembles de mégadonnées détenus par Facebook et Google constituent un obstacle majeur à l'entrée de concurrents sur les marchés de la publicité ciblée en ligne. Le partage de ces données contribuerait grandement à pallier le problème. Néanmoins, toute réglementation imposant un tel partage devrait apporter une réponse satisfaisante à ces cinq questions au moins³⁰ :

- quelles catégories de données faut-il partager ? Par exemple, ce partage doit-il s'étendre au-delà des données que les consommateurs fournissent explicitement à la plateforme dominante, et inclure ainsi les comportements observés sur cette dernière, voire les déductions qu'elle en tire ? ;
- le partage de données doit-il être ponctuel ou continu ? ;
- la réglementation (comme le RGPD dans l'UE) pourrait-elle restreindre un tel partage de données au point qu'il aurait peu de valeur pour le concurrent de moindre envergure ? ;
- à quel prix l'acteur dominant aurait-il le droit de facturer les données partagées ? Pour répondre à cette question, il est important de noter qu'il existe ici des différences fondamentales entre les prix réglementés pour les entrants essentiels aux services de télécommunications et les prix réglementés pour le partage de données à l'étude. Lorsqu'un fournisseur d'accès télécom loue un entrant essentiel à un demandeur d'accès, cela diminue l'approvisionnement disponible pour les autres (lui y compris). Le partage de données n'induit aucune baisse de l'offre. En termes

économiques, ces données ne sont pas préjudiciables à autrui ;

- quel impact l'obligation de partager les données aurait-elle sur la motivation des plateformes numériques dominantes à innover davantage pour améliorer leurs services ?

Mesure 5 : modification du processus d'examen des fusions

Une refonte du processus d'examen des fusions apparaît de plus en plus comme une nécessité, sachant que les plateformes numériques dominantes ont pris l'habitude d'acquiescer de jeunes entreprises innovantes susceptibles de leur faire concurrence plus tard. Voici les trois principales solutions proposées :

- la plateforme dominante doit notifier l'autorité de la concurrence de son intention d'acquiescer une petite entreprise, même en dessous du seuil imposé à l'heure actuelle ;
- la théorie d'analyse des préjudices employée par les autorités de la concurrence doit évoluer. Jusqu'à présent, aux États-Unis en particulier, ces dernières ont jugé qu'il était préférable d'éviter les faux positifs (ex. : interdire des fusions pouvant contribuer à la protection des consommateurs), plutôt que d'éviter les faux négatifs (ex. : autoriser des fusions pouvant nuire à la protection des consommateurs). Cette position part du principe qu'il est très difficile de rectifier un faux positif (une fois la fusion interdite), alors que les forces du marché auront rapidement pour effet de rectifier un faux négatif. Or, aujourd'hui, certaines autorités majeures de la concurrence font valoir que la position dominante de certaines plateformes numériques est si forte que les perspectives d'auto-correction des faux négatifs s'avèrent peu concluantes et que cette hypothèse de départ n'a plus lieu d'être³¹ ;
- en cas de domination des plateformes numériques, il devrait incomber aux acteurs qui proposent la fusion d'apporter la preuve que cette dernière serait bénéfique à la protection des consommateurs – au vu de l'asymétrie d'information observée sur des marchés de services dématérialisés particulièrement complexes.

Pour certains analystes, cette préoccupation doit être mise en balance avec les incitations que des fusions sans restriction avec les plateformes numériques dominantes offrent aux start-ups innovantes. Ces dernières pourraient en effet ne concevoir de nouveaux services dématérialisés aux effets positifs pour les consommateurs que si elles entrevoient la possibilité d'un rachat par une plateforme numérique dominante³². D'autres experts

³⁰ Voir également Feasey, *Implementing data sharing regulation*, septembre 2019.

³¹ Furman et al, *op. cit.*, mars 2019. Parmi ses recommandations concernant l'évolution du processus d'examen des fusions au Royaume-Uni, le rapport Furman propose de remplacer le « test d'équilibrage des probabilités » par un « test d'équilibrage des préjudices ».

³² Furman et al, *op. cit.*, mars 2019, p 49, par. 1.156.

avancent que cette incitation perdurera même après la restriction des fusions avec les plateformes dominantes, car les start-ups innovantes intéresseront également des fournisseurs de services dématérialisés moins prestigieux.

Mesure 6 : non-discrimination dans le traitement des services complémentaires

Le problème du verrouillage des services dématérialisés complémentaires par les plateformes numériques dominantes (évoqué dans la cinquième partie de cet article) peut être résolu en obligeant ces dernières à ne pas privilégier leurs propres services complémentaires par rapport à ceux de leurs concurrents. Le secteur des télécommunications peut fournir certains enseignements en la matière, car ce type d'exigences s'applique à l'approvisionnement en entrants essentiels depuis de nombreuses années. Elles ont donné lieu à différents concepts tels que l'équivalence des entrants, l'équivalence des entrants ou encore la séparation fonctionnelle et son pendant plus intrusif, la séparation structurelle, en vue de résoudre les problèmes de discrimination relatifs à l'approvisionnement en entrants essentiels par les entreprises à intégration verticale.

Défis futurs

S'il ressort clairement de cette analyse que la réglementation des plateformes numériques en est encore à ses prémices et que la forme à adopter reste sujette à incertitude, l'idée gagne en popularité dans le monde, du moins en Australie, en Europe, au Royaume-Uni et aux États-Unis. Toutefois, élaborer une réglementation susceptible d'améliorer la protection des consommateurs pose plusieurs défis majeurs :

- est-il possible d'instaurer un cadre réglementaire qui freinera de manière systématique les pratiques potentiellement néfastes des plateformes numériques mondiales ? C'est évidemment une finalité souhaitable. Cependant, pour y parvenir, il faudra certainement pouvoir compter sur le leadership mondial de certains pays stratégiques ;
- à quel niveau les « autorités numériques » sectorielles viendront-elles épauler les autorités de la concurrence traditionnelles ? ;
- dans quelle mesure parviendront-elles à comprendre le fonctionnement des plateformes numériques dominantes, la façon dont celles-ci exploitent les données client et leurs modes d'interaction avec les autres plateformes, ainsi qu'à anticiper l'évolution du jeu de la concurrence entre les plateformes numériques dominantes³³ ? ;

- quelles mesures parmi celles citées plus haut faudrait-il mettre en œuvre en premier ? Si l'argumentaire en faveur de la prise de mesures réglementaires est solide, les marchés concernés sont complexes et le champ d'erreur est vaste, tout comme le risque de conséquences inattendues susceptibles de nuire aux consommateurs, plutôt que l'inverse ;
- comment les autorités peuvent-elles acquérir une compréhension optimale des marchés des services dématérialisés qu'elles souhaitent réglementer ? Est-ce un rôle à attribuer aux nouvelles autorités numériques ? ;
- dans quelle mesure est-il possible d'imposer, ex ante, un code de conduite aux plateformes numériques dominantes qui définisse les pratiques anticoncurrentielles³⁴ et dans quelle mesure une approche au cas par cas est-elle requise en cas d'allégation de pratiques anticoncurrentielles³⁵ ? ;
- comment résoudre les conflits potentiels entre la réglementation visant à renforcer la protection des consommateurs et la réglementation favorisant le jeu de la concurrence ?

Visiblement, il reste beaucoup de chemin à parcourir.

À propos de Plum

À la pointe du marché, Plum est une société de conseil indépendante spécialisée dans les télécommunications, les médias, les technologies et autres secteurs connexes. Nous nous appuyons sur notre maîtrise de l'industrie, notre expérience en conseil et nos analyses rigoureuses pour étudier les défis et les opportunités dans les domaines de la réglementation, du spectre radio, de l'économie, du commerce et de la technologie.

Ancien partenaire fondateur de Plum, David Lewin fait désormais partie des associés. Pendant 30 ans, il a aidé de nombreux clients à gérer des problématiques concurrentielles, politiques et réglementaires sur les marchés des TIC.

Partenaire chez Plum, Grant Forsyth dispose de plus de 20 ans d'expérience dans les télécommunications. Il est spécialiste de la réglementation du secteur.

Consultante chez Plum, Laura Wilkinson est spécialiste des problématiques réglementaires et politiques touchant les télécommunications et le secteur numérique.

Pour plus d'informations, veuillez nous contacter à l'adresse :

info@plumconsulting.eu
www.plumconsulting.fr
+33 623 33 83 97 | +44 20 7047 1919

³³ La concurrence entre Google et Facebook sur les marchés de la publicité ciblée risque de se renforcer à l'avenir, sachant qu'Amazon pourrait devenir un acteur majeur sur ces marchés grâce aux volumes croissants de données client recueillies par le biais de son site d'e-commerce et de ses services Amazon Prime et Alexa.

³⁴ Approche proposée dans le rapport Furman.

³⁵ Axe étudié dans le rapport Vestager.