

Google : évitons de politiser le droit de la concurrence !

par Thibault Schrepel, juriste*

Depuis l'ouverture de l'**enquête de la Commission européenne sur Google pour abus de position dominante**, les attaques à l'encontre du géant du Web sont devenues légion. Accusé d'abus de position dominante, l'affaire, de nature juridique à l'origine, a pris une tournure politique. Déconnectés des enjeux numériques actuels et obsédés par la question de la souveraineté, **les politiques se sont saisis d'une affaire qui les dépasse**, au risque, désormais, d'en influencer le dénouement.

Google est certes en situation de quasi-monopole dans le secteur de la recherche en ligne. Mais **toute position dominante n'est pas illégitime** ; seul son abus est condamnable. Rappelons que Google a émergé contre des concurrents mieux établis dans les années 90 – comme Altavista et Inktomi – et a toujours dû se réinventer. Yahoo et Bing jouent le rôle de challengers, des start-ups concurrentes apparaissent régulièrement (comme Qwant l'année dernière), et Google figure derrière d'autres navigateurs dans certains pays, comme Yandex en Russie ou Baidu en Chine.

Les activités de Google sont déjà fortement surveillées. Les autorités de la concurrence, garantes du bon fonctionnement du marché, veillent à créer un environnement favorable à l'émergence de la concurrence. Ainsi **Google a dû prendre un certain nombre d'engagements, annoncés par la Commission européenne¹ le 5 février dernier, et qui nous paraissent aller dans le bon sens**. Nous souhaitons donc que les politiques, et en particulier le ministre français de l'Economie qui fait preuve du zèle des convertis s'agissant des vertus de la concurrence, cessent d'exercer leur pression sur la Commission. Démanteler Google serait la pire des solutions pour l'avenir du numérique.

* Je remercie chaleureusement Berin Szoka et Geoffroy Manne pour leur précieux commentaires sur le brouillon de cet article.

¹ Commission européenne, Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals- Frequently asked questions, 5 février 2014 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-87_en.htm

1. Une enquête pour possible abus de position dominante

La procédure ouverte par la Commission européenne est l'objet de beaucoup de fantasmes. Mais qu'en est-il réellement ? Il apparaît tout d'abord nécessaire de présenter les caractéristiques du marché sur lequel Google opère. Qualifié de biface, un tel marché se caractérise par l'existence d'une double relation verticale. Google se situe au milieu de la chaîne entre les sites Internet et les utilisateurs. Les premiers sont indexés sur le moteur de recherche Google, et ils peuvent utiliser les services de Google pour faire de la publicité et/ou augmenter leur *ranking* dans les résultats de recherche. Les deuxièmes se contentent généralement d'utiliser la fonction de moteur de recherche de Google. Ainsi, plus le nombre d'utilisateurs augmente, plus Google peut augmenter le prix de ses emplacements publicitaires.

La Commission européenne a ouvert une enquête pour possible abus de position dominante de Google sur le marché de la recherche Internet. Toute position dominante vient en effet avec la "responsabilité particulière" de ne pas abuser de cette position en éliminant ses concurrents ou en constituant des barrières à l'entrée du marché. C'est que la Commission européenne souhaite éviter à travers ces engagements.

En mars 2013, la Commission faisait part de ses conclusions préliminaires, relevant quatre pratiques de Google comme étant particulièrement susceptibles de causer un dommage aux consommateurs, en réduisant l'offre de services innovants. A la suite de ces conclusions, la Commission avait sollicité l'avis des tiers intéressés, puis avait demandé à Google d'améliorer ses engagements pour que Joaquín Almunia, vice-président de la Commission européenne, déclare finalement en octobre 2013 que Google avait bien « amélioré les engagements offerts ». En décembre dernier, ce dernier se rétractait en affirmant que les engagements proposés par Google n'étaient toujours « pas acceptables », tout en confiant que la Commission n'était pas encore prête à déposer une plainte à l'encontre de la société. « *La balle est toujours dans le camp de Google* », disait-il. « *Dans un délai très court, la balle sera dans le nôtre et il sera alors temps de prendre des décisions* ».

Notons sur ce point que la situation est quelque peu ubuesque. Dire que la balle est dans le camp de Google laisse supposer que la société puisse véritablement jouer avec. Or, la Commission européenne, tout comme la *Federal Trade Commission* (FTC), est présente au stade de la négociation ainsi qu'à celui de la prise de décision. C'est donc elle qui accepte ou non les engagements proposés par Google. L'équilibre des négociations est plus que précaire. Le fait que Joaquín Almunia reconnaisse « *qu'aucune autorité de concurrence dans le monde n'a jamais obtenu de tels engagements* »² fait bien état de ce pouvoir de

² Bloomberg, Google Ends EU Antitrust Probe Pledging Rival Links, 6 février 2014 <http://tinyurl.com/klnkf72>

négociation fort déséquilibré. En l'absence de toute condamnation de Google, ces engagements ne sont jamais que le résultat de simples échanges avec la Commission. On peut pourtant facilement imaginer qu'ils sont similaires à ce qu'ils auraient été après condamnation pour abus de position dominante.

2. Une enquête qui doit être marquée par la prudence

Les larges pouvoirs de la Commission doivent s'accompagner d'une grande prudence. Plusieurs caractéristiques de cette enquête tendent à le rappeler :

Quant aux coûts de transfert : tel qu'expliqué par Aaron Eldin et Robert Harris³, les coûts pour changer de moteur de recherche sont très bas, et ce spécialement parce que les consommateurs peuvent utiliser un moteur de recherche pour rechercher des solutions de rechange. Dès lors, la position dominante dont jouit actuellement Google est loin d'être si solide que celle qu'avait Microsoft à l'époque de l'enquête de la Commission européenne. Or, les engagements pour l'instant obtenus par la Commission assurent d'une part, la création de conditions propices à la concurrence (de son point de vue), et d'autre part, la perte de parts de marché pour Google. Cela est particulièrement vrai sur un marché où les consommateurs ne sont pas enfermés dans une technologie. Or, si la qualité de son service permettra à Google de maintenir ses parts de marché, il ne semble pas que le rôle des autorités de concurrence soit de favoriser la mise à mal d'une entreprise, aussi dominante soit-elle.

Quant à la constante mutation du marché : Google a une part de marché de 66,7%⁴ aux Etats-Unis et 88,6%⁵ en Europe. En 1998, lorsque Google intègre le marché, Altavista était numéro 1 incontesté et Yahoo était numéro 2. Yahoo a maintenant 11,2% de parts de marché aux Etats-Unis et 3,5% en Europe. Altavista est mort. Cela tend à prouver que, précisément à cause des coûts de transfert très peu élevés et parce que les effets de réseaux ne sont pas aussi forts que sur d'autres marchés en ligne (comme les réseaux sociaux), les engagements imposés par la Commission européenne pourraient potentiellement être plus punitifs pour Google que ce qu'ils l'ont été pour Microsoft. Joaquín Almunia a lui-même reconnu que le marché de la recherche en ligne était un marché en « constante mutation ». La Commission, en demandant des engagements sans même bénéficier d'une vision très limpide de ce que sera l'avenir proche sur ce marché, risque de déstabiliser un marché en pleine expansion.

³ Aaron Eldin, Robert Harris, The Role Of Switching Costs in Antitrust Analysis: A Comparaison of Microsoft and Google, Yale Journal of Law and Technology, 2013 <http://tinyurl.com/p3zzjcb>

⁴ comScore Releases November 2013 U.S. Search Engine Rankings, <http://tinyurl.com/orzfnq5>

⁵ June 2014 search engine market share, <http://tinyurl.com/nusqa2j>

Quant à son caractère nouveau : Almunia a reconnu que cette enquête à l'encontre de Google est la première que la Commission opère sur le marché de la recherche en ligne. La Commission risque donc d'imposer des engagements venant pallier à des pratiques qui sont en fait pro-concurrentielles. Rappelons-nous une fois encore de l'affaire Microsoft. Il avait, à l'époque, été jugé que la gratuité du navigateur Internet Explorer était anti-compétitive parce qu'il était impensable que Microsoft dépense 100 millions de dollars chaque année pour le développer sans un but prédateur. Nous avons à présent le recul nécessaire pour comprendre que ce n'était pas anticoncurrentiel. Mozilla propose aujourd'hui son navigateur Internet gratuitement et génère pourtant un chiffre d'affaires de 100 millions d'euros par an, preuve de l'absence de prédation qui suppose de générer des pertes pour les récupérer ultérieurement. La prédation que les autorités pointaient du doigt n'était donc pas avérée.

Les exemples quant à l'inutilité de nombreux engagements proposés par Microsoft à l'époque⁶ sont, par ailleurs, nombreux. Ces engagements ont notamment poussé la société à proposer son système d'exploitation Windows 7 sur un DVD qui n'est rempli qu'à 60% alors que le Microsoft Security Essentials n'est par exemple pas inclus. Ils ont donc causé un dommage direct au consommateur. Le risque que de tels engagements nocifs et inutiles soient imposés à Google est fort. Almunia le reconnaît lui même : « *le droit de la concurrence n'est pas l'instrument adéquat pour imposer un algorithme spécifique et pour empêcher Google d'améliorer ses services s'il désire le faire* ». Cela doit être appliqué en pratique⁷.

Quant à son caractère particulièrement grave : les inquiétudes de la Commission ne portent pas sur l'intégration et la concurrence entre écosystèmes, mais sur le propre éco-système de Google :

Il s'agit là d'une différence majeure avec l'affaire Microsoft où l'interopérabilité était au centre des discussions⁸.

Une *false positive*, condamnation pour des pratiques qui ne sont pas anticoncurrentielles, aurait donc un effet encore plus néfaste que dans l'affaire Microsoft⁹. La responsabilité de réguler le propre éco-système de Google est accompagnée d'un risque majeur : celui de déréguler le marché de la recherche Internet en rendant Google moins attractif aux yeux du consommateur.

⁶ Robert Crandall et Charles Jackson, Antitrust in High-Tech Industries, Technology Policy Institute, 2010, <http://tinyurl.com/o2jdltu>

⁷ voir Jonathan Baker, "Preserving a Political Bargain: Antitrust and the Non-Interventionist Challenge to Monopolization Enforcement", Stanford Law School, 2009, <http://tinyurl.com/q43ldy6>

⁸ T. SCHREPEL, The Microsoft case by the numbers: comparison between U.S. and E.U., Le Concurrentialiste, Février 2014 <http://tinyurl.com/q56xh7d>

⁹ Geoffrey Manne et Joshua Wright, Innovation And The Limits of Antitrust, <http://tinyurl.com/qxqx9ve>

Cette affaire porte également à réflexion quant aux pouvoirs des autorités de concurrence. Est-ce qu'imposer des engagements sur le propre éco-système des sociétés est vraiment du ressort de ces autorités ? Jusqu'où peuvent-elles aller ? Quels risques de réduire les parts de marché d'une entreprise les autorités de concurrence peuvent-elles prendre ? Sont-elles suffisamment savantes pour mettre en balance les potentiels bénéfiques à long terme¹⁰ de tels engagements avec ceux néfastes à court et moyen terme ? Cette affaire Google, lorsque conclue, donnera de nombreux éléments de réponses.

Quant à la récente enquête de la FTC : rappelons qu'en janvier dernier¹¹, la FTC américaine a clôturé une enquête similaire à l'encontre de Google, jugeant *in fine* de l'absence de violations au droit de la concurrence. Google y avait toutefois accepté de modifier certaines de ces pratiques qui sont aujourd'hui au cœur de l'enquête de la Commission. Il n'en demeure pas moins que ces conclusions de la FTC sont un indicateur fort du caractère éventuellement pro-concurrentiel d'une partie au moins des pratiques mises en œuvre par Google.

3. Etude de la portée des engagements proposés

Les engagements proposés¹² par Google en octobre dernier étaient déjà stricts. Google y proposait d'adapter l'affichage de ses résultats de recherche et de mettre en place un système d'opt-out plus facile. Google proposait également de publier les spécifications de codes HTML. Quant à Google News, la société proposait la mise en place de nombreux moyens permettant de préserver la visibilité de tous les éditeurs qui souhaitaient y être impliqués.

Les nouveaux engagements proposés sont encore plus stricts. S'il est vrai que certains apparaissent proportionnés (celui du « *Opt-out from display* », celui dit « *Absence For Search* » ou encore celui lié aux exigences d'exclusivité dans les accords avec les éditeurs), d'autres nous semblent représenter une atteinte importante à l'autonomie commerciale et stratégique de Google.

Si ces engagements étaient retenus, Google serait par exemple forcé d'afficher les pages et produits de ses concurrents dans ses résultats de recherche, ce qui aurait pour effet de conduire ses utilisateurs vers les offres concurrentes. Ainsi, l'engagement tenant à ce que Google indique « aux utilisateurs où trouver des solutions alternatives » est fort nuisible. Dans la dernière version des

¹⁰ Alan Devlin et Michael Jacobs, Anticompetitive Innovation and the Quality of Invention, Berkeley Technology Law Journal, 2012, <http://tinyurl.com/nvrnfxj>

¹¹ FTC, Google Agrees to Change Its Business Practices to Resolve FTC Competition Concerns In the Markets for Devices Like Smart Phones, Games and Tablets, and in Online Search, Janvier 2013 <http://tinyurl.com/oazwgas>

¹² Commitments, case COMP/C-3/39.740, <http://tinyurl.com/pgjbu5w>

engagements transmis, la Commission européenne indique que « pour les services de recherche spécialisé, Google affichera les liens de trois de ses concurrents dans un format visuellement comparable aux liens de ses propres services », ¹³ ajoutant que « les concurrents auront le contrôle sur la façon dont ils veulent présenter les offres et donc leur *business model* ». Cet engagement n'est pas négligeable : en imposant à Google de rediriger ses utilisateurs vers les services de ses concurrents, il crée, en d'autres termes, un système de partage de ses utilisateurs.

Google propose également que tous les sites Web aient la possibilité de retirer leur contenu de tous les services de recherche spécialisée de Google, étant précisé qu'il sera possible de retirer l'ensemble d'un nom de domaine ou un ou plusieurs sous domaines. Google assure, par ailleurs, que ce retrait des résultats de recherche spécialisée n'affectera pas le classement dans les résultats généraux. C'est tout à fait surprenant. On se trouve en effet confronté à la situation où les concurrents de Google blâment cette société pour avoir un *open system* ¹⁴. Ils relèvent en somme que **Google est coupable d'innovation prédatrice, ou tout au moins, d'avoir un système prédateur**. L'argument est particulièrement surprenant lorsque l'on sait que ce type de réclamation apparaît généralement en contestation d'un système fermé. Les pratiques d'innovation prédatrices sont caractérisées par le fait qu'une société obtienne ou tente d'obtenir une position dominante en programmant ses produits/services de telle sorte qu'ils tuent la concurrence. Il semble dès lors difficile d'imaginer une situation où un concurrent tuerait les autres en faisant promotion de leur existence.

Enfin, un nouvel engagement porte sur la « portabilité des campagnes de publicité de recherche en ligne de Google AdWords vers des plateformes concurrentes ». Google propose de ne plus « imposer d'obligations qui empêcheraient les annonceurs de migrer ou gérer les campagnes de publicité à travers des plateformes concurrentes ». Il s'agit notamment de mettre fin aux restrictions contractuelles qui empêchaient les annonceurs d'avoir recours au « multi-homing », un système qui leur permet de gérer leurs campagnes de publicité à travers des tableaux de bord de tiers. Cet engagement fait référence à la question complexe de l'interopérabilité qui couvre la compatibilité entre différents systèmes / logiciels ¹⁵. Le refus de proposer une interopérabilité peut constituer un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE. Cependant, il nous semble, *a minima*, que de telles pratiques ne doivent être interdites que lorsque les consommateurs sont immobilisés dans une technologie. S'ils ne le sont pas, et s'ils croient que cette interopérabilité est une

¹³ Commission européenne, Antitrust: Commission obtains from Google comparable display of specialised search rivals- Frequently asked questions, Février 2014, <http://tinyurl.com/p6rhyvv>

¹⁴ voir Fairsearch Europe Survey, Juillet 2013, <http://tinyurl.com/old6fo3>

¹⁵ Daniel Spulber, Unlocking Technology: Antitrust and Innovation, *Journal of Competition Law & Economics*, 4(4), 915–966, 2008, <http://tinyurl.com/ostpcyj>

fonctionnalité importante, ils n'hésiteront pas à adopter la technologie d'un concurrent. **Ces engagements imposés par la Commission européenne semblent ainsi ne se soucier que des concurrents en négligeant l'expérience utilisateur.** Il est vrai que l'application du droit de la concurrence conduit souvent à prendre des décisions sur la programmation de logiciels/services, mais cela doit toujours faire l'objet d'une précaution qui ne semble pas être tout à fait de mise.

4. Et maintenant ?

Les engagements proposés par Google sont déjà très stricts. Si la Commission européenne ne s'est toujours pas publiquement exprimée sur la suffisance de ces derniers, Joaquín Almunia a de nombreuses fois exprimé sa volonté de les rendre contraignants sans demander à ce que Google les modifie davantage. Toutefois, de nombreuses voix dissidentes s'élèvent contre ces engagements, les jugeant insuffisants. Le risque qu'ils soient rejetés par la Commission européenne est donc bien réel. D'autres voix dissidentes demandent à ce que toute procédure d'engagement soit abandonnée et que Google soit sanctionné comme Microsoft l'a été en 2004 à hauteur de 561 millions d'euros¹⁶. Seulement, comme dans l'affaire Microsoft, cela semble délicat pour la Commission de prendre le risque de sanctionner Google pour des pratiques qui pourraient s'avérer ne pas être anticoncurrentielles. De plus, il ne nous semble pas que les pratiques de Google doivent permettre de renflouer les caisses européennes.

Neelie Kroes, Commissaire européen à la société numérique, a récemment apporté son soutien à Joaquín Almunia en appelant à maintenir les engagements en l'état. Cela nous semble aller dans le bon sens. **Notre objectif n'est bien sûr pas de défendre Google ni aucune autre société, mais il faut rappeler les dérives des anciennes procédures ouvertes par les autorités de la concurrence, et adopter la plus grande prudence.** Surtout, cette procédure ne doit pas être l'enjeu de guerres politiques étrangères aux questions de droit de la concurrence.

Milton Friedman expliquait dès 1999¹⁷ que « l'industrie informatique, qui pour l'heure a eu beaucoup de chance d'être relativement épargnée de toute intrusion du gouvernement, connaîtra bientôt une augmentation continue de la réglementation gouvernementale. Le droit de la concurrence deviendra très vite de la réglementation ». Soyons attentifs à ne pas sur-réguler un marché en évolution rapide.

¹⁶ Commission européenne, La Commission conclut l'enquête sur Microsoft, impose des mesures correctives visant à modifier son comportement et inflige une amende <http://tinyurl.com/omfzjua>

¹⁷ Milton Friedman, The Business Community's Suicidal Impulse, 1999, <http://tinyurl.com/ptsy3kw>