

● Focus

17 Facebook, les réseaux sociaux et le droit de la concurrence

Thibault SCHREPEL,
LL.M. de la Brooklyn Law School (New York),
rédacteur en chef du site www.leconcurrentialiste.com

Avec plus d'un milliard d'utilisateurs, Facebook est le site Internet le plus visité au monde. Pourtant, le droit de la concurrence s'est pour l'heure peu intéressé à ce dernier, lui laissant un répit qu'avait pu avoir en leur temps Microsoft, Apple, IBM, Intel. À la différence de ces sociétés, Facebook opère sur le marché des réseaux sociaux. Un réseau social peut être défini comme un service en ligne qui permet à l'utilisateur : (i) de construire un profil public ou semi-public (ii) de coordonner une liste d'autres utilisateurs avec qui partager l'information (iii) et de consulter le profil de ces autres utilisateurs et interagir avec eux. Société américaine fondée par des étudiants d'Harvard, elle représente plus de 150 millions d'utilisateur à travers l'Europe. La problématique de Facebook et du droit de la concurrence appelle donc à se questionner sur l'abus de position dominante (Europe) et une « *monopolization* » (États-Unis).

1. Facebook détient-il une position dominante ? Analyses de droit économique

En matière de réseaux sociaux, la définition du marché pertinent pose un problème tout particulier, lié à l'indice d'élasticité de la demande. Il n'existe aucun précédent en matière de réseaux sociaux d'un site Internet gratuit pour les utilisateurs tel que Facebook qui serait devenu payant. Il est donc extrêmement difficile de savoir combien d'utilisateurs quitteraient Facebook en cas de nécessité de payer pour utiliser ce service. Plusieurs études économiques tendent à présenter des conclusions opposées.

Quoi qu'il en soit, les sites Internet de réseaux sociaux constituent leur propre marché pertinent. Cette affirmation tient au fait qu'il n'existe aucun équivalent dans le monde *off-line* comme *on-line*. Quelques discussions peuvent toutefois se former sur l'intégration dans le marché pertinent de sites Internet tels que Groupon, Yelp, YouTube ou même Amazon. Si certains soutiennent qu'ils constituent également des réseaux sociaux, d'autres défendent qu'ils constituent des sites Internet apportant une information supplémentaire à ces premiers. En somme, la différence se situerait dans l'expérience acquise par l'utilisateur : Facebook fournit un service où le partage sous forme de réseau social est le but principal.

Alors, avec plus d'un milliard d'utilisateurs, Facebook détient-il une position dominante ? Si une réponse positive semble évidente, plusieurs éléments jouent en la faveur de Facebook. En effet, (i) tout site Internet avec une interaction entre utilisateurs peut constituer un réseau social. De plus (ii) dans son affaire *FTC v. H.J. Heinz Co*, la cour d'appel des États-Unis pour le circuit du District de Columbia a affirmé que l'analyse des barrières à l'entrée impliquait un élément temporel. Aussi, plusieurs compagnies qui ont récemment intégré le marché des réseaux sociaux, telles que Pinterest ou Instagram, tendent à démontrer le faible niveau des barrières à l'entrée. Également, (iii) le marché des réseaux sociaux demeure très jeune.

MySpace fut un temps le réseau social dominant alors qu'il connaît aujourd'hui un fort déclin, preuve de la fragilité du marché. Enfin (iv) la concurrence ne se trouve jamais qu'à un clic (« *one click away* »), fragilisant les parts de marché constatées.

Toutefois, d'autres éléments jouent en la défaveur de Facebook. (i) Les possibilités de changer de réseau social sont très limitées. (ii) Aussi, une évidente barrière à l'entrée est ici constituée par ce que les économistes américains nomment « *network effects* ». Il s'agit d'évoquer l'intérêt que représente un tel site Internet en fonction du nombre d'utilisateurs. Avec plus d'un milliard de *membres*, la question peut se poser de la qualité intrinsèque du service proposé par Facebook : est-il réellement toujours supérieur à celui des autres sites Internet ou les utilisateurs sont-ils victimes de ces « *network effects* » ? Le fait est que ces « *network effects* » ne permettent pas en eux-mêmes de caractériser une position dominante. Des études démontrent par exemple, qu'en moyenne, un utilisateur Facebook n'interagit chaque semaine qu'avec quatre personnes, et six par mois. L'influence d'un faible nombre d'utilisateurs, s'ils décidaient de quitter le réseau, est ainsi très importante.

Ainsi, la détermination d'une éventuelle position dominante est peu concluante. Dans l'hypothèse où elle serait retenue, un abus est-il cependant caractérisé ?

2. L'abus d'une position dominante, ou « *monopolization* », de Facebook

Les droits américain et européen, par le biais de la *section 2 du Sherman Act* ou de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci après « *TFUE* »), cherchent ainsi à analyser le comportement du monopoleur.

Une des plus importantes questions tient au fait de savoir si Facebook agit dans un sens qu'il soit difficile de quitter son réseau. S'il est très difficile de transférer ses données vers un autre réseau, l'affaire *Microsoft* a toutefois affirmé qu'un acteur en situation de monopole ne viole pas *per se* le droit de la concurrence lorsqu'il conçoit un produit incompatible avec ceux de ses rivaux. Il fut ainsi jugé dans l'affaire *Facebook, Inc. v. Power Ventures*, qu'en dépit du fait que les sites Internet Gmail, AOL, Yahoo ! et Hotmail permettent à Facebook d'utiliser ses bases d'utilisateurs, Facebook n'a aucune obligation d'en faire de même.

Si un abus parvenait à être caractérisé, une action dite *private enforcement* engagée aux États-Unis pourrait aboutir à l'octroi de « *treble damages* », une sanction de trois fois le montant du dommage constaté. En Europe, l'ouverture d'instigation par la Commission européenne, dite de *public enforcement*, pourrait quant à elle conduire à une sanction de 10 % du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise. Comme l'a par ailleurs démontré Richard Posner, les situations de monopole ont très souvent, sur le marché des nouvelles technologies, bien plus stimulé l'innovation que les situations de concurrence pure et parfaite avec des opérateurs de taille égale. La question de Facebook et du droit de la concurrence est ainsi complexe à tout niveau.