



Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement

Distr. générale
28 avril 2021
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement
Commission du commerce et du développement
Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence
Dix-neuvième session
Genève, 7-9 juillet 2021
Point 5 de l'ordre du jour provisoire

Le droit, la politique et la réglementation de la concurrence à l'ère du numérique

Note du secrétariat de la CNUCED

Résumé

Les plateformes numériques font partie intégrante de l'économie d'aujourd'hui, surtout depuis la pandémie de maladie à coronavirus 2019 (COVID-19), et sont un sujet de préoccupation pour les États et les autorités de la concurrence du monde entier.

Établie à partir des débats sur la concurrence dans l'économie numérique qui se sont déjà tenus dans le cadre de la CNUCED, la présente note donne un aperçu des difficultés rencontrées par les autorités compétentes dans le règlement des problèmes de concurrence sur les marchés numériques, expose des affaires de concurrence récentes mettant en cause des plateformes en ligne et décrit les initiatives législatives qui ont été engagées dans certaines juridictions. Elle fournit une analyse comparative des mesures récemment adoptées par différents pays et adresse des recommandations aux pays en développement quant à la façon de traiter les questions de concurrence propres aux marchés numériques.



I. Introduction

1. Le progrès technologique a permis aux consommateurs de disposer de nouveaux produits et services, souvent sans contrepartie financière mais en échange de données personnelles. Principaux instruments de cette évolution, les plateformes numériques fournissent des infrastructures et des services d'intermédiation sur différentes places de marché en ligne, qu'il s'agisse de marchés de produits physiques (Amazon), de magasins d'applications (Apple), de réseaux sociaux (Facebook) ou de moteurs de recherche (Google)¹. Les plateformes numériques sont des composantes essentielles de l'économie numérique et ont fait la preuve de leur utilité, en particulier depuis le début de la pandémie.

2. Avec la pandémie, il est devenu de plus en plus courant d'utiliser des services en ligne, ce qui a permis aux plateformes numériques de se développer et de devenir plus puissantes. En 2020, les plateformes de commerce électronique Pinduoduo, Meituan Dianping et Shopify ont fait leur apparition dans la liste des 100 premières entreprises mondiales par la capitalisation boursière. En mars-juin 2020, la capitalisation boursière des entreprises technologiques figurant sur cette liste a augmenté de 28 % par rapport à la période allant de décembre 2019 à mars 2020². En juin 2020, sept des dix premières entreprises mondiales par la capitalisation boursière étaient des plateformes numériques, dont deux avaient leur siège en Chine et cinq, aux États-Unis³. Entre janvier 2020 et septembre 2020, Apple a vu la valeur de son action bondir de 50 %, Amazon de 64 % et JD.com de 96 %⁴. Tous ces éléments montrent combien les restrictions de déplacement imposées par la pandémie ont profité aux plateformes en ligne.

3. Les questions de concurrence dans l'économie numérique font l'objet de débats – dans le cadre des sessions du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, depuis 2019, et à la Huitième Conférence des Nations Unies chargée de revoir tous les aspects de l'Ensemble de principes et de règles équitables convenus au niveau multilatéral pour le contrôle des pratiques commerciales restrictives, en 2020⁵. La présente note a été établie à partir des documents de travail élaborés pour ces manifestations et des discussions auxquelles elles avaient servi de cadre. La mention d'un État membre renvoie à l'autorité nationale de la concurrence correspondante.

II. Initiatives récentes et faits nouveaux dans le domaine de la politique et du droit de la concurrence

4. Au cours de la table ronde sur les questions de concurrence dans l'économie numérique, qui s'était tenue en marge de la dix-huitième session du Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence, en 2019, de nombreux experts et représentants d'autorités de la concurrence avaient souscrit à l'idée que les lois et les instruments existants étaient suffisants pour faire face aux problèmes de concurrence soulevés par la position dominante des plateformes numériques ou, au besoin, devraient simplement être adaptés⁶. Depuis cette date, les avis ont quelque peu changé et il est maintenant question de modifier la législation et de réglementer *ex ante*.

5. Le présent chapitre donne un aperçu général des difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence, expose des affaires de concurrence récentes et décrit les initiatives législatives engagées dans certaines juridictions, y compris dans des pays en développement et des pays émergents, afin de remédier aux problèmes de concurrence sur

¹ La mention d'une entreprise ou d'un procédé sous licence n'implique en rien l'approbation par l'Organisation des Nations Unies.

² Voir <https://www.pwc.com/gx/en/services/audit-assurance/publications/global-top-100-companies.html>.

Note : Tous les sites Web mentionnés dans les notes de bas de page ont été consultés en avril 2021.

³ TD/RBP/CONF.9/4.

⁴ CNUCED, 2020, *Impact of the COVID-19 Pandemic on Trade and Development: Transitioning to a New Normal* (publication des Nations Unies, numéro de vente E.20.II.D.35, Genève).

⁵ TD/B/C.I/CLP/54 ; TD/RBP/CONF.9/4.

⁶ TD/B/C.I/CLP/55.

les marchés numériques. Il a été établi à partir de travaux de recherche et des informations communiquées par les autorités de la concurrence de pays en développement et de pays émergents (à savoir l'Argentine, le Brésil, la Colombie, l'Égypte, la Fédération de Russie, l'Indonésie, le Kenya, le Pakistan, le Pérou et la Turquie), en réponse à un questionnaire de la CNUCED⁷.

A. Difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence dans le contrôle de l'application des règles de concurrence sur les marchés numériques

6. En se fondant sur les réponses au questionnaire de la CNUCED, la présente section fait la synthèse des difficultés rencontrées par les autorités de la concurrence des pays en développement lorsqu'elles doivent faire respecter les règles de concurrence ou mener des missions connexes sur les marchés numériques.

1. Adéquation des outils d'analyse des pratiques anticoncurrentielles

7. Selon plusieurs autorités de la concurrence, dont celles de l'Argentine, de la Colombie, de la Fédération de Russie, du Pakistan et de la Turquie, les outils traditionnels d'analyse de la concurrence, fondés sur les prix et motivés par l'intérêt des consommateurs, sont bien peu adaptés aux problèmes inédits posés par l'économie numérique. Cela s'explique principalement par les éléments distinctifs des marchés numériques, à savoir leur nature multifacée, les services à coût nul, les effets de réseau, les économies d'échelle, l'importance de l'accès aux données, l'étendue de ces données et leur monétisation. Les autorités égyptienne, kenyane, péruvienne et turque de la concurrence indiquent qu'il est très difficile de définir le marché pertinent et d'établir l'existence d'une position dominante. Plusieurs autorités de la concurrence, dont celles du Brésil, de la Fédération de Russie, de l'Indonésie, du Kenya et de la Turquie, font observer que les dispositifs habituels d'analyse économique et les indicateurs usuels tels que la part de marché et le test du « monopoleur hypothétique » (qui consiste en l'analyse des conséquences d'une augmentation légère mais significative et non transitoire des prix, et sert à délimiter le marché pertinent afin de mettre au jour d'éventuels abus de position dominante et de contrôler les fusions) ne sont pas suffisants dans les affaires mettant en cause des plateformes numériques. Le Service fédéral de lutte contre les monopoles (Fédération de Russie) fait état des problèmes rencontrés dans le traitement des affaires d'abus de position dominante visant des plateformes numériques, lesquelles altèrent notamment la concurrence en accordant un traitement préférentiel à leurs produits (*self-preferencing*) et en utilisant à des fins commerciales les informations sur les vendeurs auxquelles elles ont accès. L'autorité turque de la concurrence précise que les spécificités des marchés numériques compliquent l'analyse de la position dominante. Les autorités argentine, russe et turque de la concurrence ajoutent qu'il est bien difficile de délimiter les marchés pertinents et d'établir le rapport des forces sur ces marchés.

8. La structure dynamique des marchés numériques, les services à coût nul, les effets de réseau, le basculement du marché (*market tipping*), les effets de verrouillage (*lock-in effects*) et le multihébergement (*multihoming*) (dans ce contexte, l'utilisation simultanée de plusieurs plateformes, par exemple de deux moteurs de recherche différents) sont quelques-uns des facteurs auxquels il convient de porter une attention particulière au moment de délimiter le marché pertinent et d'évaluer le rapport des forces en présence. Il n'est pas toujours évident de savoir si les plateformes font concurrence à des entreprises traditionnelles et des négociants en chair et en os ou si elles forment des marchés pertinents distincts. Cela exige une analyse rigoureuse et une bonne compréhension de la dynamique de marché. Selon le

⁷ Les questions étaient les suivantes : 1) Quelles difficultés l'autorité de la concurrence de votre pays rencontre-t-elle généralement lorsqu'elle traite de problèmes de concurrence sur les marchés numériques ? 2) L'autorité de la concurrence de votre pays a-t-elle pris des mesures à l'égard des marchés numériques (procédures judiciaires, dispositions réglementaires, études de marché) ces trois dernières années ? Dans l'affirmative, donner des précisions. 3) En cas de réponse affirmative à la question 2, quelles difficultés l'autorité de la concurrence de votre pays a-t-elle rencontrées lorsqu'elle a élaboré, adopté ou mis en œuvre les mesures en question ?

Conseil administratif de défense économique (Brésil), il est difficile d'adapter la politique de concurrence aux particularités des marchés numériques, notamment aux effets de verrouillage, sans compromettre la sécurité juridique. Par exemple, il est difficile de définir les obstacles d'ordre technique au multihébergement.

2. Gains d'efficacité, effets favorables à la concurrence et innovation

9. Selon quelques autorités de la concurrence, dont celles du Brésil, de l'Égypte et de la Turquie, il est nécessaire de parvenir à une application équilibrée du droit de la concurrence afin d'éviter qu'une application excessive ou déficiente ne freine l'innovation et l'investissement dans l'économie numérique. Cependant, il est souvent délicat d'analyser et de quantifier les gains d'efficacité sur les marchés numériques. À cet égard, le Conseil administratif de défense économique (Brésil) signale qu'il est difficile de prévenir rapidement et efficacement les atteintes à la concurrence sur les marchés numériques, ceux-ci étant dynamiques et en constante évolution. Il est essentiel de déterminer non seulement quand mais aussi comment intervenir (par l'adoption de mesures correctives ? de mesures conservatoires ? d'une réglementation *ex ante* ?) pour maintenir la concurrence sans étouffer l'innovation. Dans un contexte d'innovation et d'accélération du progrès technologique, il est aussi important d'élaborer des mesures adaptées aux particularités de l'économie numérique. En raison de son caractère transnational, celle-ci appelle à une coopération entre les autorités de la concurrence de différents pays.

10. Au sujet des fusions-acquisitions, l'autorité égyptienne de la concurrence fait état des problèmes rencontrés dans l'analyse des gains d'efficacité qui résulteraient de l'exécution de tel ou tel projet de regroupement d'entreprises numériques. Pour évaluer les gains d'efficacité dynamiques (par exemple, un développement de l'innovation), il faut très bien connaître et comprendre le secteur et les technologies en jeu, et être capable d'établir des prévisions, alors même que le domaine de l'innovation est imprévisible par nature. L'autorité de la concurrence s'efforce de surmonter ces difficultés en cherchant à mieux comprendre la technologie qui sous-tend le secteur concerné et en suivant de près l'évolution des marchés. Elle examine le comportement des entreprises et des consommateurs, recense les problèmes rencontrés par les seconds et détermine quelles solutions peuvent être apportées par les premières. Tout cela suppose que les parties à l'opération acceptent de coopérer étroitement et communiquent les informations requises.

11. Selon le Service fédéral de lutte contre les monopoles (Fédération de Russie), l'une des difficultés est de répondre à la nécessité de concilier la protection de la concurrence et le respect des droits de propriété intellectuelle des entreprises numériques. Dans les enquêtes portant sur des affaires de concurrence sur les marchés numériques, les mis en cause peuvent avancer que les pratiques examinées par l'organisme de réglementation relèvent simplement de l'exercice des droits de propriété intellectuelle et que la législation visant à lutter contre les monopoles n'est donc pas applicable.

3. Collecte et analyse de données dans les enquêtes portant sur des affaires de concurrence

12. Selon quelques autorités de la concurrence, dont celles de l'Indonésie et de la Turquie, les enquêteurs qui sont chargés d'une affaire de concurrence sur les marchés numériques peinent à avoir accès à des données fiables, qui permettent de procéder à des analyses étendues et solides, à contacter les parties concernées et à obtenir d'elles des données de qualité. C'est particulièrement exact dans le cas de plateformes multifaces, notamment en raison de la multiplicité des acheteurs et des vendeurs présents sur ces plateformes et du grand nombre d'utilisateurs sur chacune de leurs faces. Se pose également la question de l'extraterritorialité. Si les enquêteurs ont besoin d'obtenir des données auprès d'entreprises basées à l'étranger, des notifications et des demandes d'information et de documentation sont envoyées à ces entreprises par l'intermédiaire des missions diplomatiques. Dans certaines circonstances, ces demandes relèvent du régime des commissions rogatoires (actes par lesquels il est fait appel à une juridiction étrangère pour obtenir des informations ou des éléments de preuve auprès d'une personne donnée relevant de son ressort) ; auquel cas, il se peut que les réponses écrites ne soient pas communiquées avant la fin de l'enquête, malgré le temps et l'énergie employés. Les plateformes numériques peuvent se montrer peu

disposées à fournir aux autorités de la concurrence les renseignements qui leur sont demandés, car elles ne sont pas physiquement présentes dans les pays concernés.

13. Parmi les autres difficultés mentionnées par les autorités de la concurrence, comme celles du Brésil, de la Colombie, de l'Indonésie et du Kenya, figurent le manque de connaissances spécialisées pour le traitement des problèmes de concurrence posés par les plateformes en ligne, la difficulté de l'analyse des données relatives aux marchés numériques et le caractère inadapté des outils de détection des pratiques anticoncurrentielles. Par exemple, la Surintendance de l'industrie et du commerce (Colombie) investit actuellement dans les technologies en vue de faciliter la collecte et l'analyse de données, de doter les personnes chargées des affaires de concurrence d'outils modernes d'analyse des données et de mener des enquêtes plus efficaces. Selon elle, la faille est dans la manière dont les informations sont recueillies auprès des parties prenantes et utilisées dans les études de marché, et dont le respect de leur confidentialité est assuré au moment de la publication des conclusions, car la divulgation d'informations confidentielles peut favoriser les pratiques anticoncurrentielles.

14. En résumé, il semble qu'un grand nombre des difficultés rencontrées dans les affaires de concurrence sur les marchés numériques soient tout aussi connues des autorités des pays en développement que de celles des pays développés. Pour les autorités de nombreux pays en développement, aux ressources humaines et financières limitées, certaines de ces difficultés sont toutefois plus difficiles à surmonter. De plus, la collecte de données, en particulier auprès de plateformes en position dominante, peut se révéler plus délicate dans les pays en développement, que ces plateformes peuvent ne pas considérer comme des marchés dignes d'intérêt et dans lesquels elles n'ont pas de présence physique.

B. Affaires de concurrence récentes visant des plateformes numériques

15. La présente section rend compte de procédures récemment engagées par les autorités de la concurrence de pays en développement, de pays émergents et de pays développés pour des infractions au droit de la concurrence et au titre du contrôle des fusions.

16. L'autorité argentine de la concurrence a contrôlé des opérations de fusion et constaté des violations possibles du droit de la concurrence par des entreprises numériques telles que Kaizen et Kinexo.

17. Le Conseil administratif de défense économique (Brésil) a examiné le projet d'acquisition par Naspers de 13 % des parts détenues par Rocket Internet dans l'entreprise européenne de livraison de plats cuisinés Delivery Hero, car l'opération, si elle était réalisée, pourrait donner lieu à un chevauchement horizontal sur le marché de la commande de repas en ligne. Il a estimé important de surveiller la stratégie poursuivie par Naspers avec le rachat d'entreprises de ce segment de marché et de se tenir au courant de tous les contrats d'exclusivité qui pourraient être conclus à l'avenir avec des restaurants et feraient obstacle à l'arrivée de nouveaux acteurs. L'opération avait finalement été autorisée sans restriction, car elle ne s'accompagnerait que d'un faible niveau de concentration et le marché en question, à la croissance rapide, était suffisamment concurrentiel et ouvert à de nouveaux arrivants. Le Conseil administratif de défense économique a deux enquêtes en cours, toutes deux ouvertes en 2019. L'une vise à examiner les effets concurrentiels de la concession par Google de licences de son système d'exploitation mobile Android sur le marché brésilien des systèmes d'exploitation sous licence ; l'autre concerne la possible extraction de contenus journalistiques publiés sur des sites Web d'organes de presse et d'entreprises d'information par Google, qui abuserait de sa position dominante en tirant parti du trafic sur les sites Web qu'il gère pour attirer les publicitaires.

18. Ces trois dernières années, l'autorité égyptienne de la concurrence a procédé à deux contrôles de fusions sur les marchés numériques. Dans un premier cas, il s'agissait d'une enquête préliminaire sur l'acquisition de l'entreprise régionale de voiturage Careem par son concurrent mondial, Uber. Cette opération avait été considérée comme anticoncurrentielle au regard de l'article 6 de la loi égyptienne sur la concurrence. En octobre 2018, l'autorité égyptienne de la concurrence avait demandé l'application de mesures conservatoires, qui imposaient aux prestataires de services de voiturage de lui notifier la transaction avant sa

conclusion afin qu'ils ne violent pas l'article 6 de la loi précitée et puissent se prévaloir de la dérogation prévue au paragraphe 2 de ce même article. Les parties s'étaient conformées à ces mesures. Dans la décision rendue au terme de la procédure, en décembre 2019, l'autorité égyptienne avait exigé des parties de garantir qu'à l'issue de l'opération, ni les clients ni les chauffeurs ne seraient lésés du fait d'une hausse des prix ou d'une baisse de la qualité et d'un recul de l'innovation. Les engagements requis des parties favorisaient en outre l'accès aux marchés en imposant aux acteurs en place de partager leurs données avec les nouveaux arrivants en vue d'une concurrence plus efficace. Étant donné la complexité de l'affaire et la difficulté de l'analyse des gains d'efficacité en l'espèce, l'autorité égyptienne de la concurrence avait consulté différents acteurs des marchés numériques, examiné les résultats d'une enquête réalisée pour son compte auprès des consommateurs par le Centre d'information et d'appui à la prise de décisions et étudié le cadre juridique et institutionnel régissant le secteur national des transports. Cela lui avait permis de définir le marché pertinent, en tenant compte de la réalité du secteur égyptien des transports, et d'analyser les obstacles à l'entrée et les théories du préjudice. Le deuxième contrôle d'une fusion effectué par l'autorité égyptienne de la concurrence concernait un accord horizontal entre le prestataire de services de livraison Glovo et le principal prestataire de tels services au Moyen-Orient et en Afrique du Nord et grand investisseur, Delivery Hero. En 2018, à la conclusion d'une convention d'actionnaires entre les deux sociétés, Delivery Hero était devenu actionnaire minoritaire de Glovo, ce qui lui avait permis d'accéder à des informations commerciales sensibles sur les activités de son concurrent sur le marché égyptien et d'influer sur la prise de décisions stratégiques. L'autorité égyptienne de la concurrence est intervenue après que Glovo eut décidé de quitter le marché égyptien très concurrentiel de la livraison de repas, qu'il était pourtant parvenu à contrôler à hauteur de 70 % à 80 %. Au cours de son enquête, elle a constaté que Delivery Hero avait usé de ses droits en tant qu'actionnaire minoritaire pour éliminer toute concurrence réelle⁸. Delivery Hero avait demandé à Glovo de quitter le marché égyptien afin de faire place nette pour son autre filiale, Otlob. L'intervention de l'autorité de la concurrence a permis de ramener Glovo sur le marché, ce qui a sauvé quelque 3 000 emplois, et de laisser à de nouveaux concurrents plus de marge pour se développer.

19. La Commission indonésienne de la concurrence a été saisie de deux affaires de concurrence sur les marchés numériques – l'une concernait les pratiques discriminatoires et le processus d'intégration verticale de Grab, l'autre le blocage de Telkom par Netflix.

20. En 2019, la Commission pakistanaise de la concurrence a contrôlé la fusion entre Careem et Uber, car Careem détenait une large part du marché pakistanais et était en possession d'une grande quantité de données sur ses clients. Elle a subordonné l'autorisation de la fusion à deux conditions. Premièrement, Uber devrait autoriser l'accès aux données clients à tout nouvel arrivant sur le marché, selon des modalités raisonnables, afin d'empêcher tout abus de position dominante. Deuxièmement, Uber devrait autoriser chaque client à récupérer ses données personnelles et à changer de plateforme, de manière à favoriser le multihébergement. La Commission pakistanaise de la concurrence a été saisie d'autres affaires concernant les marchés numériques et les données, notamment, en 2018, avec l'entrée d'Ant Group au capital de Telenor Microfinance Bank et l'acquisition par Alibaba de la plateforme d'achats en ligne Daraz, également active dans d'autres pays d'Asie du Sud.

21. En 2017, le Service fédéral de lutte contre les monopoles (Fédération de Russie) a enquêté sur les pratiques potentiellement anticoncurrentielles de Google et conclu que Google avait abusé de sa position dominante sur le marché des applications pré-installées. Pour restaurer la concurrence, il a exigé que Google revoie les contrats qu'il avait conclus avec des fabricants d'appareils mobiles et en supprime toute disposition anticoncurrentielle restreignant l'installation d'applications et de services d'autres développeurs de logiciels⁹. Le Service fédéral de lutte contre les monopoles a aussi rendu une décision contre Apple, dans laquelle il constatait un abus de position dominante et, à titre de mesures correctives, imposait à l'entreprise de supprimer toute disposition lui permettant de refuser la présence d'applications tierces dans son magasin d'applications, pour quelque raison que ce soit, et de

⁸ Voir <https://www.menabytes.com/eca-glovo-delivery-hero>.

⁹ Voir <http://en.fas.gov.ru/press-center/news/detail.html?id=50028>.

garantir que ses propres applications ne reçoivent pas un traitement privilégié par rapport aux applications tierces.

22. L'autorité turque de la concurrence a fait état d'une augmentation du nombre des affaires relatives aux marchés numériques dont elle avait été saisie et qui avaient donné lieu à des enquêtes ces dix dernières années. Désormais, ces affaires constituaient une part importante de sa charge de travail. Ces trois dernières années, l'autorité turque de la concurrence a adopté trois décisions concernant les marchés numériques, dont deux mettaient en cause Google, et ouvert cinq enquêtes sur des plateformes numériques, dont deux visaient Google et trois des plateformes locales.

23. Il ressort de ce qui précède que, dans de nombreux pays en développement et pays émergents, les autorités de la concurrence n'hésitent pas à s'occuper d'affaires de pratiques anticoncurrentielles et de fusions-acquisitions qui mettent en cause des plateformes numériques, malgré quelques difficultés. Elles ont parfois su innover en décidant de mesures correctives qui préservent la concurrence, à l'exemple de l'autorité égyptienne de la concurrence qui, dans l'affaire de l'acquisition de Careem par Uber, a exigé des acteurs en place de partager leurs données avec les nouveaux arrivants sur le marché. Les autorités de la concurrence des pays en développement adaptent les outils dont elles disposent et établissent des mesures correctives en fonction de la réalité des marchés numériques.

24. Dans les pays développés, les autorités de la concurrence ont continué de faire usage de leur pouvoir de répression contre les grandes entreprises technologiques. Certaines, après une longue période d'inaction, ont ouvert des enquêtes sur des plateformes numériques. Par exemple, aux États-Unis, en octobre 2020, le Département de la justice et les procureurs généraux de onze états ont traduit Google en justice pour l'application de pratiques anticoncurrentielles sur les marchés des moteurs de recherche et de la publicité liée aux recherches à des fins de monopole. Cette procédure était la première engagée par les États-Unis contre une grande entreprise technologique en application de la loi Sherman, après le procès contre Microsoft en 1998¹⁰. La Commission fédérale du commerce cherchait à lutter contre les abus de position dominante par lesquels de grandes plateformes éliminaient leurs concurrents, en empêchant l'entrée de nouveaux acteurs sur les marchés numériques et en neutralisant la menace que pouvaient représenter pour elles des start-ups prometteuses. En février 2020, afin de mieux comprendre la stratégie d'acquisition des grandes entreprises technologiques et de déterminer si ces acquisitions étaient potentiellement anticoncurrentielles et éliminaient les concurrents possibles ou émergents, la Commission fédérale du commerce a rendu des ordonnances spéciales, en application de l'article 6 b) de la loi relative à sa création. Par ces ordonnances, elles imposaient à cinq grandes entreprises technologiques, à savoir Alphabet, Amazon, Apple, Facebook et Microsoft, de fournir des informations au sujet d'acquisitions qu'elles n'auraient pas notifiées aux autorités antitrust, notamment des renseignements et des documents sur les conditions, la portée, la structure et la finalité de chaque opération¹¹. En décembre 2020, à l'issue d'une enquête effectuée en collaboration avec un collège de procureurs généraux de 46 états, du district de Colombie et de Guam, la Commission fédérale du commerce a porté plainte contre Facebook qui, selon elle, se maintenait illégalement en situation de monopole en adoptant depuis des années un comportement anticoncurrentiel et avait opté pour une stratégie visant à éliminer systématiquement toute concurrence qui mettrait en péril son statut monopolistique, y compris par des acquisitions et l'application de conditions anticoncurrentielles aux développeurs de logiciels, suivant une ligne de conduite qui portait atteinte à la concurrence, laissait aux consommateurs peu de réseaux sociaux personnels parmi lesquels choisir et privait les publicitaires des avantages de la concurrence. La Commission fédérale du commerce cherche actuellement à obtenir auprès d'un tribunal fédéral une injonction permanente par laquelle Facebook serait notamment tenu de lui notifier tout projet de fusion-acquisition et de ne mener ledit projet à bien que sous réserve de son approbation, de

¹⁰ Voir <https://www.competitionpolicyinternational.com/too-big-not-to-fail-googles-antitrust-woes/>.

¹¹ Voir <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/02/ftc-examine-past-acquisitions-large-technology-companies>.

céder certains actifs tels que WhatsApp et Instagram, et de s'abstenir d'appliquer des conditions anticoncurrentielles aux développeurs de logiciels¹².

C. Mesures législatives prises par les autorités de la concurrence à l'égard des plateformes numériques

25. Les autorités de la concurrence ont adopté des mesures réglementaires et autres pour faire face aux problèmes de concurrence sur les marchés numériques. La présente section donne un aperçu général des modifications apportées aux lois de la concurrence pour les adapter aux nouveaux modèles d'activité de l'économie numérique, des nouvelles dispositions législatives applicables aux plateformes numériques, et d'autres mesures plus souples telles que les lignes directrices ou les études de marché, qui commencent depuis peu à être utilisées partout dans le monde.

1. Modifications apportées aux lois de la concurrence pour les adapter aux spécificités des marchés numériques

26. Afin de mieux tenir compte des pratiques anticoncurrentielles sur les marchés numériques, certains pays ont modifié ou prévoient de modifier leur législation sur la concurrence, par exemple, en y introduisant et définissant de nouvelles notions.

27. En Europe, l'Allemagne a été le premier pays à modifier ses lois pour faire face aux problèmes de concurrence posés par les plateformes numériques. L'Office fédéral des ententes est l'organisme compétent pour ces questions et les décisions qu'il a rendues récemment, à l'issue d'enquêtes sur Amazon, Apple et Facebook, montrent bien sa volonté de restaurer et de protéger la concurrence sur les marchés numériques¹³. En septembre 2020, l'Allemagne a adopté la dixième modification de la loi sur la concurrence, visant à la création d'un nouveau dispositif, propre à traiter les questions touchant l'économie numérique et les problèmes de concurrence connexes¹⁴. Entrée en vigueur en janvier 2021, la loi modifiée sur la concurrence reconnaît l'existence d'une nouvelle catégorie d'entreprises, à savoir les entreprises pouvant influencer sensiblement sur le rapport des forces en présence sur le marché, auxquelles il est interdit de se livrer à certaines pratiques abusives. En vertu de l'article 19 a), l'Office fédéral des ententes est habilité à intervenir à un stade précoce lorsque la concurrence est menacée par cette nouvelle catégorie d'entreprises. Il peut interdire aux plateformes agissant comme des « gardiennes du marché » (*gatekeepers*) certains types de comportement, comme ceux consistant à accorder un traitement préférentiel à leurs propres services ou à empêcher des entreprises tierces d'entrer sur le marché en leur refusant l'accès à certaines données. De plus, le législateur a ajouté l'accès aux données pertinentes à des fins de concurrence et la capacité d'intermédiation de la plateforme numérique aux critères à prendre en considération dans l'analyse du pouvoir de marché. L'Office fédéral des ententes est maintenant habilité à exiger des grandes plateformes numériques qu'elles rendent leurs données accessibles aux entreprises qui dépendent d'elles, en contrepartie d'une rémunération suffisante, tandis que la loi modifiée sur la concurrence garantit l'effectivité de cette disposition en accélérant le processus juridique. Il est désormais possible de contester les décisions de l'Office fédéral des ententes sur le fondement de l'article 19 a) directement devant la Cour fédérale de justice, sans avoir à saisir la Haute cour régionale de Düsseldorf, juridiction de première instance pour toutes les autres affaires de concurrence¹⁵.

¹² Voir <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>.

¹³ Voir https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.html, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_01_2017_audible.html et https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html.

¹⁴ Office fédéral allemand des ententes, « *Bundeskartellamt welcomes Economic Affairs Ministry's plans to modernize competition law* », 25 février 2020.

¹⁵ Voir https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Nouvelle.html.

28. Les pays en développement et les pays émergents ont aussi modifié leurs lois en vue d'encadrer les activités des plateformes numériques, mais en février 2021, les lois modifiées n'étaient pas encore entrées en vigueur. Par exemple, la Chine entend modifier sa loi sur la concurrence pour surveiller de plus près les plateformes numériques. En janvier 2020, l'Administration d'État pour la réglementation du marché, l'autorité chinoise de la concurrence, a publié un projet de modification de la loi sur la concurrence qui établissait les critères à prendre en considération dans l'analyse d'une position dominante sur les marchés numériques, parmi lesquels figuraient les effets de réseau, les économies d'échelle, les effets de verrouillage et la capacité d'obtenir et de traiter des données pertinentes¹⁶. En Fédération de Russie, le programme national sur l'économie numérique a abouti à une modification de la loi sur la concurrence afin de tenir compte de nouvelles notions, comme celles de plateformes numériques et d'effets de réseau, et de nouveaux procédés permettant de lutter contre les pratiques anticoncurrentielles sur les marchés numériques¹⁷.

2. De nouvelles dispositions législatives pour les plateformes numériques

29. Plutôt que de modifier leurs lois sur la concurrence, certaines juridictions ont choisi d'élaborer de nouvelles dispositions qui s'appliquent spécifiquement aux plateformes numériques. C'est le cas de la Commission européenne, l'une des autorités les plus à l'avant-garde lorsqu'il s'agit de faire appliquer les règles de concurrence et de réformer la réglementation dans le domaine numérique. Elle a adopté le règlement n° 2019/1150 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne, qui est entré en vigueur dans l'Union européenne en juillet 2019¹⁸. Pour compléter ce règlement et faciliter sa mise en œuvre, ainsi que le respect de ses dispositions par les plateformes numériques, en décembre 2020, la Commission européenne a adopté des lignes directrices concernant la transparence en matière de classement, qui devaient aider les plateformes numériques à appliquer les dispositions du règlement n° 2019/1150 et contribuer à optimiser la manière dont les principaux paramètres qui déterminent le classement étaient recensés et présentés aux entreprises utilisatrices et aux utilisateurs de sites internet d'entreprise¹⁹. La Commission européenne élabore en outre un nouvel outil devant permettre de pallier les insuffisances des règles actuelles de la concurrence dans l'Union européenne et de répondre efficacement et rapidement aux problèmes structurels de concurrence²⁰. Ce nouvel outil devrait ressembler à celui utilisé par l'Autorité britannique de la concurrence et des marchés et permettre à la Commission européenne de procéder à des études de marché plus étendues, de recueillir des éléments de preuve et de tenir des consultations informelles avec les acteurs du marché. De plus, la Commission européenne a élaboré une réglementation ex ante à l'intention des plateformes en position de contrôler l'accès aux marchés. Plus précisément, il s'agit d'une loi sur les marchés numériques, qui définit les critères selon lesquels des plateformes peuvent être considérées comme des « gardiennes du marché » et qui impose à celles-ci de se conformer à un certain nombre de règles communes, par exemple, de s'abstenir d'accorder un traitement préférentiel à leurs produits par rapport à ceux qui sont commercialisés sur d'autres plateformes et de s'abstenir d'empêcher les utilisateurs de désinstaller des applications ou logiciels pré-installés. Pour garantir l'application effective de ces nouvelles dispositions, le projet de loi prévoit de sanctionner les entreprises qui ne les respectent pas d'une amende pouvant représenter jusqu'à 10 % de leur chiffre d'affaires mondial annuel et, en cas d'infractions systématiques, de leur imposer en outre des mesures correctives, y compris d'ordre structurel, comme la cession d'actifs ou le démantèlement d'une activité²¹.

30. Le Japon prend actuellement des dispositions concernant spécifiquement les plateformes numériques. En février 2021, il a adopté une loi visant à rendre les opérations de

¹⁶ Voir https://res.cloudinary.com/gcr-usa/image/upload/v1578304424/ChinaDraftAMLAmendment_untimm.pdf et <https://www.cnbc.com/2020/11/12/morgan-stanley-chinas-draft-anti-monopoly-rules-impact-on-internet-firms.html>.

¹⁷ Voir <http://en.fas.gov.ru/documents/documentdetails.html?id=15345>.

¹⁸ Voir <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32019R1150>.

¹⁹ Voir [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC1208\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC1208(01))

²⁰ Voir https://ec.europa.eu/competition/consultations/2020_new_comp_tool/index_en.html.

²¹ Voir https://ec.europa.eu/cyprus/news_20201216_2_en.

ces plateformes plus transparentes et plus équitables, tout en faisant observer que la législation ne devrait pas entraver l'innovation dans le domaine numérique. Selon l'article 3 de cette loi, consacré aux principes fondamentaux, les plateformes numériques contribuent à un surcroît d'avantages pour leurs utilisateurs et jouent un rôle important dans le développement économique à long terme du pays. En conséquence, il serait souhaitable que les mesures destinées à les rendre plus transparentes et plus équitables soient essentiellement mises en œuvre selon des modalités dont les plateformes seraient convenues elles-mêmes et que l'intervention de l'État ou l'adoption d'autres dispositions juridiques soient réduites au minimum afin que les plateformes puissent donner libre cours à leur originalité et leur ingéniosité. La loi impose aux plateformes : a) de divulguer toute information pertinente, y compris leurs conditions d'utilisation, et de notifier tout changement devant être apporté à ces conditions ; b) d'établir des procédures internes propres à garantir l'équité des transactions ou le règlement des différends avec les utilisateurs ; c) de soumettre chaque année des rapports d'auto-évaluation du respect de leurs obligations énoncées aux points a) et b) au Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie. Si elles ne présentent pas de rapports, les plateformes s'exposent à des sanctions pécuniaires. Le Ministre examine et évalue les rapports, publie les résultats de l'évaluation et est habilité, au besoin, à formuler des recommandations et à faire des annonces publiques. Toute allégation de violation du droit de la concurrence est portée à la connaissance de la Commission japonaise des pratiques commerciales loyales. La loi en question a été élaborée à l'issue des débats tenus à la Direction de la concurrence sur les marchés numériques, créée au sein du pouvoir exécutif en septembre 2019, et auxquels ont participé la Commission des pratiques commerciales loyales, le Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie et le Ministère de l'intérieur et de la communication²².

3. Lignes directrices

31. La révision de la législation étant un processus long et fastidieux, ces dernières années, de nombreuses autorités de la concurrence ont fait le choix de lignes directrices pour définir des règles et préciser leur stratégie en réaction à certains types de comportement des plateformes numériques.

32. En Chine, en février 2021, l'Administration d'État pour la réglementation du marché a publié des lignes directrices visant à prévenir et à faire cesser les comportements monopolistiques des plateformes numériques et à amener celles-ci à se conformer au droit interne de la concurrence. Ces lignes directrices posent des principes en accord avec le projet de modification de la loi sur la concurrence. Elles décrivent les pratiques anticoncurrentielles associées aux plateformes numériques, par exemple les accords anticoncurrentiels dans le cadre desquels des données et des algorithmes sont utilisés pour la collecte ou l'échange d'informations sensibles. Elles présentent en outre les facteurs à prendre en considération pour établir qu'une plateforme numérique domine le marché et adopte un comportement pouvant constituer un abus de sa position dominante, par exemple en refusant de négocier sans apporter de justification. Les lignes directrices font aussi mention des contrôles de fusions effectués par les autorités chinoises. En l'espèce, les mesures correctives peuvent consister en la cession de données, l'invalidation de contrats d'exclusivité et la modification des règles ou des algorithmes de la plateforme²³.

33. Afin de clarifier la manière dont les problèmes de concurrence sur les marchés numériques doivent être traités selon le régime actuel du droit de la concurrence, le Japon publie des lignes directrices et des rapports sur le sujet et adopte des dispositions à l'intention des plateformes numériques²⁴.

34. En complément de la modification de la loi sur la concurrence qui est en voie d'adoption, et en application du droit de la concurrence en vigueur, le Service fédéral de lutte

²² Voir <https://elaws.e-gov.go.jp/document?lawid=502AC0000000038> et https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/pdf_e/documents_200218.pdf.

²³ Voir http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html.

²⁴ Voir <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/December/191217.html>, https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/December/191217_DP.html, <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606.html>,

contre les monopoles (Fédération de Russie) a publié des recommandations concernant respectivement l'utilisation des technologies de l'information à des fins commerciales, y compris l'utilisation des algorithmes de prix (2019), et les moyens de détecter et de prévenir les ententes et autres accords anticoncurrentiels dans l'économie numérique (2020), qui présentent et définissent de nouveaux termes et notions, et décrivent les pratiques commerciales légales et illégales sur les marchés numériques²⁵.

4. Études de marché

35. Dans des pays en développement tels que le Brésil, la Colombie, le Kenya, l'Indonésie et la Turquie, et dans des pays et territoires développés tels que l'Australie, les États-Unis, l'Union européenne et le Royaume-Uni, les autorités de la concurrence ont préféré le droit souple au droit contraignant. Plutôt que de promouvoir l'adoption de nouvelles lois ou la modification de celles existantes, elles ont procédé à des études de marché et publié des rapports relatifs à la concurrence sur les marchés numériques. Dans ces études et rapports, elles examinent les pratiques commerciales des plateformes numériques en position dominante et les problèmes de concurrence qui en découlent, et proposent des solutions.

36. Que les gouvernements choisissent de modifier des lois sur la concurrence ou d'adopter de nouvelles dispositions réglementaires et lignes directrices, toute initiative légale ou réglementaire concernant les plateformes numériques doit favoriser la concurrence et faciliter l'entrée de nouveaux arrivants sur le marché. La Surintendance de l'industrie et du commerce (Colombie) a indiqué qu'il était déterminant de faire mieux connaître les avantages de la concurrence afin d'élaborer des dispositions favorables à la concurrence, de généraliser le respect des règles de concurrence parmi les entreprises numériques et de mettre en évidence les avantages de la concurrence pour les jeunes. Elle a réalisé une étude de marché sur les plateformes de mise en relation des demandeurs et offreurs de services d'hébergement touristique et participé à des activités de promotion de la concurrence avec d'autres agences gouvernementales, organismes de réglementation et législateurs.

37. La Commission indonésienne de la concurrence a réalisé des études de marché sur l'économie numérique en Indonésie (2017) et consacré une note de synthèse aux plateformes numériques (2019)²⁶.

38. L'autorité kenyane de la concurrence a fait du respect des règles de concurrence sur les marchés numériques l'un de ses objectifs stratégiques et prioritaires, et effectué des études sur les marchés numériques, en particulier dans le secteur financier.

39. Au Pakistan, l'augmentation récente du nombre de fusions-acquisitions motivées par l'accès aux données a entraîné un regain d'intérêt pour les missions des différents organismes de réglementation sur les marchés numériques. Plutôt que de voir les différents aspects des marchés numériques encadrés par des institutions distinctes, la Commission pakistanaise de la concurrence a proposé que les autorités de la concurrence et les organismes de régulation des secteurs concernés collaborent afin de définir un régime réglementaire qui s'adapte à ces marchés dynamiques. Cependant, cela nécessite de redéfinir sensiblement les missions des diverses entités concernées ainsi que leurs objectifs stratégiques, et de tenir des consultations de large portée en vue de réviser les cadres juridiques existants – toutes choses qui exigent une volonté politique, des efforts et du temps. La Commission pakistanaise de la concurrence a participé à des projets publics devant garantir l'ouverture des marchés numériques et assisté les autorités dans l'élaboration de la politique nationale sur le commerce électronique²⁷. En 2020, elle a présenté un addendum à cette politique, qui décrit les problèmes que le commerce électronique est susceptible de soulever en matière de concurrence et de protection du consommateur. Elle a aussi commencé à participer aux sessions du Conseil national des télécommunications et de la sécurité de l'information, au cours desquelles des acteurs clés

<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031.html> et

<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2020/April/200428.html>.

²⁵ Voir <https://fas.gov.ru/documents/1-16fb9764-b5c1-48fe-8088-9f3f02144aea> et <https://fas.gov.ru/news/30139>.

²⁶ Voir <https://eng.kppu.go.id/report/> et https://eng.kppu.go.id/wp-content/uploads/DigPlatBrief_FINAL-pdf.pdf.

²⁷ Voir <https://www.commerce.gov.pk/ecommerce-policy-2019/>.

débatent de l'importance de la protection des données personnelles ainsi que de la collecte et du traitement des données par les plateformes ; cette démarche est appréciable, car les modèles d'activité des plateformes numériques font sentir leurs effets dans de nombreux domaines, qu'il s'agisse de la concurrence, de la protection du consommateur ou de la collecte et de la protection des données. Il est impératif que les organismes de régulation sectorielle adoptent une stratégie globale face à une économie numérique aux dimensions multiples.

40. Au Pérou, l'Institut national de défense de la concurrence et de protection de la propriété intellectuelle réalise actuellement une étude de marché en vue de déterminer comment les conditions de concurrence pourraient être améliorées sur le marché des systèmes de paiement et de proposer une réforme de la réglementation. Dans ce contexte, il procède à une analyse approfondie de l'utilisation des moyens de paiement numériques, qui jouent un rôle déterminant dans l'inclusion numérique et financière.

41. L'autorité turque de la concurrence a fait état de travaux récents destinés à faire le point sur la situation de l'économie numérique aux niveaux national et international afin d'adapter la politique de la concurrence en conséquence. Ses travaux doivent aboutir à un rapport sur la numérisation et la politique de concurrence, qui précisera les objectifs de ladite politique à l'ère du numérique et les principes fondamentaux de l'application effective du droit de la concurrence sur les marchés numériques. En 2020, l'autorité turque de la concurrence a lancé une enquête sectorielle sur les plateformes de commerce électronique pour examiner les effets positifs et négatifs du commerce électronique sur la concurrence.

D. Éléments à considérer pour une reprise économique inclusive

42. Pour les microentreprises et les petites et moyennes entreprises, les plateformes en ligne sont une voie d'accès aux marchés. Or, en vue d'une reprise économique inclusive après la crise causée par la pandémie, il est plus essentiel que jamais d'aider ces entreprises, en particulier dans les pays en développement, à accéder aux marchés. Les autorités de la concurrence doivent garantir une concurrence loyale sur les plateformes en ligne et une relation contractuelle équitable entre ces plateformes et les microentreprises et petites et moyennes entreprises. En République de Corée, une loi régissant les contrats entre entreprises peut être invoquée pour dénoncer les conditions injustes imposées aux négociants par les plateformes en ligne, et la loi nationale sur la concurrence sanctionne à la fois les infractions traditionnelles au droit de la concurrence (abus de position dominante, ententes et fusions anticoncurrentielles) et les pratiques commerciales déloyales. La Commission des pratiques commerciales loyales lutte contre les pratiques commerciales déloyales, telles que l'abus de position de négociation dominante, qui sont employées par les entreprises qui ne règnent pas sur le marché. Dans les cas de pratiques commerciales déloyales, elle n'est pas tenue d'établir que l'entreprise en cause est en position dominante sur le marché pertinent, comme elle doit, en revanche, le faire dans les cas d'abus de position dominante. La loi sur le contrôle des monopoles et les pratiques commerciales loyales fournit une liste exhaustive des pratiques commerciales déloyales. L'article 23 (par. 4) mentionne la pratique consistant pour une entreprise à tirer injustement parti de sa position sur le marché dans ses relations avec un partenaire commercial²⁸. Il peut être invoqué pour sanctionner l'abus de position de négociation dominante par les plateformes en ligne. Il s'applique au comportement constitutif d'exploitation qu'une entreprise adopte à l'égard d'un partenaire commercial en exerçant une position de négociation dominante. Les autorités de la concurrence peuvent opposer ces dispositions aux plateformes en ligne qui appliquent des pratiques déloyales, comme celles d'imposer des conditions inéquitables, de décider unilatéralement d'une augmentation des taux de commission ou de modifier les clauses contractuelles.

43. Dans de nombreux pays en développement, le rapport de forces avec les géants du numérique semble principalement déterminé par la taille des marchés. Les grands pays en développement ou pays émergents représentent des marchés importants pour les grandes plateformes numériques et sont certainement en meilleure posture pour leur imposer des

²⁸ Voir https://www.ftc.go.kr/eng/cop/bbs/selectBoardList.do?key=2835&bbsId=BBSMSTR_000000003631&bbsTyCode=BBST11.

règles et leur appliquer des sanctions. Cependant, la plupart des pays en développement constituent des marchés plus modestes et auront donc plus de mal à imposer des règles strictes ou des sanctions aux plateformes mondiales. Des solutions pourront être cherchées au niveau régional. Par exemple, des règles de concurrence ont été adoptées par plusieurs organisations économiques régionales telles que le Marché commun de l'Afrique orientale et australe, la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale, la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest, l'Union économique eurasiatique et l'Union économique et monétaire ouest-africaine. En Afrique, des solutions pourraient être trouvées dans le cadre de la Zone de libre-échange continentale africaine. En Asie, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est pourrait renforcer les initiatives existantes et s'orienter vers un régime régional de la concurrence. En Amérique latine, les règles de concurrence dans la Communauté andine pourraient être redynamisées.

III. Analyse comparative de mesures récentes

44. Le présent chapitre contient une analyse comparative des mesures prises dans différents pays.

A. L'adoption de nouvelles dispositions législatives ou la modification de celles existantes

45. Comme il ressort du chapitre II, de nombreux pays s'emploient de manière préventive à trouver des solutions aux problèmes de concurrence sur les marchés numériques. À cette fin, ils adoptent de nouvelles dispositions législatives, modifient celles existantes ou les précisent et les adaptent. Ce phénomène est observable non seulement dans les pays développés, mais aussi dans certains pays en développement et pays émergents. Par exemple, l'Allemagne, la Chine et la Fédération de Russie ont modifié leurs lois sur la concurrence pour les adapter aux problèmes inédits posés par les marchés numériques. Ces lois modifiées ont doté les autorités de la concurrence de compétences supplémentaires, à l'exemple de l'Office fédéral des ententes (Allemagne), qui est maintenant habilité à intervenir à un stade précoce. Elles ont reconnu l'existence de nouvelles catégories d'entreprises, comme les plateformes « gardiennes du marché » ou les entreprises pouvant influencer sensiblement sur le rapport des forces, qui feraient l'objet d'une surveillance renforcée et seraient plus strictement tenues de garantir que les marchés sur lesquels elles exercent leurs activités restent concurrentiels et ouverts à de nouveaux arrivants. Elles ont établi la liste des pratiques potentiellement anticoncurrentielles. Elles ont aussi étendu ou précisé la portée de l'application des lois sur la concurrence sur les marchés numériques.

46. Le Japon et l'Union européenne ont élaboré de nouvelles dispositions législatives à l'intention des plateformes en ligne. Le Japon a imposé de nouvelles obligations, notamment en matière de communication d'informations. Dans l'Union européenne, la loi sur les marchés numériques peut être considérée comme étendant ou complétant le régime juridique existant. Elle rend compte de l'existence de plateformes « gardiennes du marché » et interdit certaines de leurs pratiques, comme celles consistant à accorder un traitement préférentiel à leurs produits et à empêcher les utilisateurs de désinstaller des applications ou des logiciels pré-installés, et prévoit des sanctions en cas d'infraction.

47. Il convient de noter que l'élaboration des nouvelles dispositions précitées fait intervenir des organismes publics autres que les autorités de la concurrence et ne relève pas de la compétence de ces dernières, et s'effectue avec le souci du consommateur et du respect de la vie privée. Autrement dit, la volonté des États de réglementer les plateformes en ligne est dictée non seulement par des raisons de concurrence, mais aussi par d'autres motifs tels que la protection du consommateur, la protection des données et la politique industrielle numérique. Au Japon, la loi visant à rendre les opérations des plateformes numériques plus transparentes et plus équitables a été rédigée sous la direction du pouvoir exécutif, en collaboration avec la Commission des pratiques commerciales loyales, le Ministère de l'économie, du commerce et de l'industrie et le Ministère de l'intérieur et de la communication. En Allemagne, où les pouvoirs publics ont préféré modifier la loi plutôt que d'adopter de nouvelles dispositions, la loi modifiée a été établie par le Ministère fédéral de

l'économie et de l'énergie, en concertation avec l'Office fédéral des ententes²⁹. Dans l'Union européenne, l'élaboration et la mise en œuvre de la loi sur les marchés numériques sont du ressort non seulement de la direction générale de la Commission européenne chargée de la concurrence, mais aussi des directions générales « Marché intérieur, industrie, entrepreneuriat, petites et moyennes entreprises » et « Réseaux de communication, contenu et technologies ».

48. En comparaison avec les textes réglementaires et les lignes directrices, les lois modifiées accordent plus de pouvoirs aux autorités de la concurrence et établissent plus nettement la différence entre les pratiques commerciales qui sont acceptables et celles qui ne le sont pas, offrant ainsi un gage de sécurité juridique aux entreprises. Cependant, la modification de la loi prend du temps et suppose que les autorités de la concurrence s'emploient à convaincre le Gouvernement et les organes législatifs de sa nécessité. En Allemagne, par exemple, il incombe aux milieux académiques de mener des recherches et des études pour établir que la loi existante n'est plus adaptée et doit donc être modifiée. Pour ce qui est des nouvelles dispositions adoptées, quelques-unes de celles élaborées à titre préventif à l'intention des plateformes numériques reposent encore sur l'autoréglementation. Au Japon, par exemple, la loi visant à rendre les opérations des plateformes numériques plus transparentes et plus équitables impose aux plateformes de procéder à des autoévaluations, plutôt que de punir certaines pratiques commerciales, suivant l'idée que ses dispositions devraient être appliquées selon des modalités dont les plateformes seraient convenues elles-mêmes et qui ne feraient pas obstacle à leur originalité ni à leur ingéniosité. D'autres régimes vont au-delà de l'autoréglementation ou de l'autoévaluation et prévoient des sanctions, à l'exemple de la loi de l'Union européenne sur les marchés numériques. Selon leurs traditions et cultures juridiques, les États choisiront d'encadrer les activités des plateformes numériques en usant du droit contraignant, par la modification des lois, ou du droit souple.

B. Le choix du droit souple : les études de marché

49. De nombreuses autorités de la concurrence ont effectué des études de marché et des travaux de recherche sur des marchés numériques donnés et les problèmes de concurrence qui leur sont associés. Il s'agit d'une démarche plus souple que la modification de la loi ou l'adoption de nouvelles dispositions réglementaires. La publication de lignes directrices applicables aux plateformes numériques, à laquelle recourent des pays du monde entier et qui fait souvent suite à des études de marché, peut aussi être considérée comme s'inscrivant dans cette démarche plus souple. Les études de marché permettent de mieux comprendre le fonctionnement des plateformes numériques et de repérer les problèmes de concurrence sur les marchés pertinents. Elles sensibilisent les organismes publics, les plateformes numériques, les entreprises et les consommateurs aux conséquences de certaines pratiques qui sont potentiellement contraires au droit de la concurrence, voire aux règles régissant la protection du consommateur et la protection des données. En cela, elles contribuent à préparer le terrain à une approche juridique plus contraignante, consistant à adapter les dispositions législatives en fonction des problèmes recensés, non seulement dans le domaine de la concurrence, mais aussi dans ceux de la protection du consommateur et de la protection des données. À cet égard, il serait particulièrement profitable aux autorités de la concurrence de partager et d'examiner leurs acquis, de faire le point sur leurs problèmes communs et d'enrichir mutuellement leurs réflexions. Les autorités de la concurrence auraient intérêt à pouvoir consulter les études de marché et rapports établis par leurs pairs. Cela pourrait les inspirer dans la recherche de leurs propres solutions.

IV. Conclusion et recommandations à l'intention des autorités de la concurrence des pays en développement

50. Il est de plus en plus largement entendu que les problèmes de concurrence soulevés par les plateformes numériques ne peuvent pas être réglés par la seule application des

²⁹ Office fédéral allemand des ententes, 2020.

dispositions pertinentes existantes. Il est aussi de plus en plus clairement admis qu'il est nécessaire d'adopter des mesures préventives afin de tuer ces problèmes dans l'œuf – autrement dit, de prévenir certaines pratiques anticoncurrentielles plutôt que d'attendre qu'elles n'altèrent le rapport des forces sur le marché et de tenter d'y mettre fin a posteriori, au prix de beaucoup de temps et de ressources.

51. Afin de faire face aux problèmes de concurrence sur les marchés numériques, certaines juridictions ont modifié leurs lois sur la concurrence, en introduisant et définissant de nouvelles notions ou en mettant en place de nouveaux instruments d'application, pour pallier les insuffisances dans la teneur ou l'application effective des dispositions existantes et adapter la législation aux modèles d'activité des plateformes numériques. D'autres juridictions ont fait le choix d'adopter de nouvelles dispositions législatives ou des lignes directrices pour encadrer certains types de comportement des plateformes numériques qui mettent en péril la concurrence et les consommateurs, comme le traitement préférentiel que certaines accordent à leurs produits (*self-preferencing*).

52. La décision de modifier la loi sur la concurrence ou d'adopter de nouvelles dispositions législatives ou des lignes directrices dépend du système juridique, des ressources et du poids économique de l'État concerné. La modification de la loi existante suppose de recenser les lacunes de celle-ci en réalisant un certain travail de fond, consistant notamment en des recherches, des études de marché et la mobilisation de l'acquis en matière d'application, et peut nécessiter de longues procédures juridiques. Cependant, une fois modifiée, la loi tend à garantir une plus grande sécurité juridique et à doter les autorités de la concurrence de plus de pouvoirs. Par leur caractère moins contraignant, les lignes directrices applicables aux plateformes et marchés numériques sont plus faciles à élaborer et réclament moins de temps et d'efforts pour leur adoption. Il reste qu'elles peuvent reposer sur l'autoréglementation.

53. Les autorités de la concurrence des pays en développement s'emploient à réaliser des études de marché sur les plateformes numériques. Ces études peuvent être un bon moyen de mieux comprendre les marchés numériques, le fonctionnement des plateformes en ligne et les effets de certains comportements sur la concurrence, les consommateurs et le respect de la vie privée. Elles peuvent aider à mettre au jour des problèmes dans les domaines de la concurrence et de la protection du consommateur et à leur trouver des solutions, et à plus ou moins longue échéance, aboutir à une modification des dispositions légales ou réglementaires.

54. Qu'ils choisissent de modifier leurs lois ou d'adopter de nouvelles dispositions réglementaires ou des lignes directrices, les pays en développement doivent créer des marchés numériques qui soient ouverts et équitables afin de contribuer à une reprise inclusive de l'activité après la pandémie et à un développement économique qui profite à tous. Pour les microentreprises et les petites et moyennes entreprises locales, les plateformes en ligne sont une voie d'accès aux marchés. Les autorités de la concurrence des pays en développement doivent adopter des règles et dispositions qui garantissent que les marchés numériques soient et demeurent ouverts et équitables. Elles doivent faire en sorte que les grandes plateformes n'imposent pas des conditions injustes aux entreprises locales, de taille plus modeste, et ne tirent pas avantage de leur position de négociation ou de leur pouvoir sur le marché au détriment de celles-ci. Elles doivent aussi sensibiliser les entreprises de leur pays aux règles et dispositions, existantes ou nouvelles, qui régissent la concurrence. Il se peut que ces entreprises ne sachent pas que certaines pratiques des plateformes sont contraires au droit de la concurrence et qu'elles ont la possibilité de les dénoncer auprès de l'autorité nationale compétente.

55. Il est de plus en plus largement admis que les plateformes et marchés numériques doivent être réglementés, et ce, pour diverses raisons, notamment de concurrence, de protection du consommateur et de respect de la vie privée. Il importe toutefois de ne pas décourager l'innovation et de faire en sorte que les marchés numériques restent ouverts à la concurrence et aux apports de nouveaux arrivants. Les pratiques des plateformes numériques ont des incidences non seulement sur la concurrence, mais aussi sur les consommateurs et le respect de leur vie privée. Il est donc nécessaire d'adopter une stratégie globale, dans le cadre de laquelle les autorités de la concurrence, de la protection du consommateur et de la protection des données travaillent en étroite coopération.

56. Qu'elles soient nouvelles ou découlent d'une modification de la législation existante, les dispositions mentionnées dans la présente note ont été adoptées récemment ou le seront bientôt. Il est essentiel que, pendant les années qui suivront leur mise en œuvre, les autorités de la concurrence observent leurs effets sur le comportement des plateformes numériques ainsi que sur les nouvelles entrées, la concurrence et l'innovation sur les marchés numériques.

57. En raison du rayonnement mondial et du caractère transfrontières des plateformes numériques, la coopération internationale devient une composante importante de l'application effective du droit de la concurrence, comme il ressort des propos formulés par certaines autorités de la concurrence en réponse au questionnaire de la CNUCED et dans le cadre d'instances internationales telles que la CNUCED, le Réseau international de la concurrence et l'Organisation de coopération et de développement économiques.

58. Enfin, les pays membres d'organisations économiques régionales pourront voir dans les activités de coopération menées au sein de ces organisations un moyen de les aider à trouver ensemble des solutions à des problèmes communs, en particulier s'il s'agit de pays en développement considérés comme de petits marchés par les grandes plateformes numériques. En Afrique, cette action coordonnée pourrait être menée dans le cadre de la Zone de libre-échange continentale africaine, une fois que le protocole sur les investissements qui accompagne l'Accord portant création de ladite Zone serait entré en vigueur. En Asie, l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est pourrait renforcer les initiatives existantes et s'orienter vers un régime régional de la concurrence. En Asie centrale et occidentale, l'Union économique eurasiatique a adopté un cadre juridique et institutionnel pour l'application effective du droit de la concurrence dans la région, en 2015, et la CNUCED a procédé à une évaluation des règles et dispositions sur la concurrence, en 2020. En Amérique latine, les règles de concurrence dans la Communauté andine pourraient être redynamisées.



**Conférence des Nations Unies
sur le commerce
et le développement**

Distr. générale
25 mai 2021
Français
Original : anglais

Conseil du commerce et du développement

Commission du commerce et du développement

**Groupe intergouvernemental d'experts du droit
et de la politique de la concurrence**

Dix-neuvième session

Genève, 7-9 juillet 2021

Point 5 de l'ordre du jour provisoire

**Le droit, la politique et la réglementation de la concurrence
à l'ère du numérique**

Rectificatif

Paragraphe 19

Substituer au texte actuel :

19. La Commission indonésienne de la concurrence a été saisie de deux affaires de concurrence sur les marchés numériques – l'une concernait les pratiques discriminatoires et le processus d'intégration verticale de Grab, l'autre le blocage de Netflix par Telkom.

