

## Quel standard de preuve retenir ?

Il faut enfin que le droit de la concurrence repose sur un standard de preuve, c'est-à-dire sur l'existence d'une position dominante. Pour beaucoup d'acteurs, nous pensons qu'ils l'acquerraient, mais ils n'avaient jamais atteint leur but et inversement. *A contrario*, les mesures conservatoires ont l'avantage suivant :

Le standard d'intervention est plus léger et permet de prévenir.

- Il n'y a ainsi pas besoin de démontrer l'existence d'une position dominante, et
- de démontrer un abus, mais de montrer qu'un comportement observé est susceptible d'être qualifié, sans être lié par un standard de preuve exigeant.

# LE DROIT DE LA CONCURRENCE CONFRONTÉE À L'ÉCONOMIE DU *BIG DATA*

par Noëlle Lenoir

Avocat associé Kramer Levin Naftalis & Frankel LLP

Cette économie, déjà aujourd'hui parvenue à une certaine maturité, connaît des avancées spectaculaires à un rythme sans précédent. Elle crée de nouveaux *business models*, elle modifie fondamentalement les relations entre le consommateur et les entreprises du net, et toutes celles qui l'utilisent principalement pour leur proposer produits et services. Des métiers jusque-là protégés notamment par des qualifications professionnelles très sélectives, voire des *numerus clausus* sont à terme condamnés. La mise en relation que suppose tout commerce entre un vendeur et un acheteur potentiel prend des proportions planétaires en accroissant presque à l'infini, par exemple par la vente en ligne, l'offre de produits et services. Les grands du numérique formant les fameux GAFTA (Google, Apple, Facebook, Twitter et Amazon), à ce jour tous américains, sans compter qu'aujourd'hui les BATX chinois (dont Alibaba) sont en passe de dominer leurs homologues américains, ont capitalisé sur le *Big Data*, c'est-à-dire sur les données concernant les milliards d'individus accédant aux données via les moteurs de recherche comme Google ou utilisant leurs applications telles celles de Facebook. Ce capital s'actualise et s'enrichit chaque jour de lui-même, de sorte que l'avance de ces grands groupes du numérique paraît irrattrapable. Les géants du numérique dépassent au demeurant les frontières des activités qui leur sont propres en conquérant de nouveaux champs d'activité, comme dans la médecine (partenariat entre Google et Sanofi) ou la voiture autonome (que Google entend promouvoir).

Face à ce constat, les concepts et les méthodes du droit de la concurrence doivent impérativement s'adapter : le risque est de voir s'ancre dans les habitudes de consommation des pratiques qui auront déjà contribué à verrouiller le marché, quand on se préoccupera – trop tard – de les encadrer. Par ailleurs, l'économie numérique, de la vente en ligne aux comparateurs de prix en passant par les moyens de paiement ou encore des pratiques de l'assurance ou de la médecine plus ciblées et moins aléatoires, constitue un formidable levier de croissance. Et le fait que les entreprises américaines aient pris une considérable avance sur l'Europe n'est pas une raison suffisante pour bloquer la croissance liée aux développements de l'économie du numérique.

Mon propos est d'essayer de démontrer, à travers deux types d'exemples, que si le droit de la concurrence européen ne doit pas apparaître comme voulant jouer les « empêcheurs de tourner en rond » au motif de la domination américaine du secteur, et montrer que son objectif reste de servir le consommateur, et non pas seulement les concurrents qui déposent plainte devant la Commission

européenne ou les autorités nationales en Europe, il doit sans doute revisiter ses critères de définition de l'entente et de l'abus de position dominante, et façonner les engagements à obtenir des sociétés en cause. À cette occasion, j'aimerais aussi évoquer l'articulation qui doit impérativement s'effectuer entre règles de concurrence et règles de protection des données personnelles. Car point n'est besoin d'insister sur le fait que c'est bien le profilage de l'internaute à qui l'on offre des biens et services de plus en plus ciblés, et donc attractifs, qui est le nerf de la guerre.

Je me limiterai à deux exemples qui ont déjà donné lieu à des décisions des autorités de concurrence, concernant d'une part les marchés bifaces et l'éviction des concurrents et d'autre part les restrictions d'accès des concurrents aux données et le verrouillage du marché.

## ■ Marchés bifaces et éviction des concurrents

### La notion de marché biface

On peut citer les exemples de *Booking.com*<sup>1</sup> et d'*Expedia*<sup>2</sup> et aussi bien sûr de Google, dont le feuilleton à rebondissements est l'un des plus passionnants de l'histoire du droit de la concurrence.

(1) Aut. conc., déc. n° 15-D-06 du 21 avr. 2015 : engagements jusqu'en 2020 avec rendez-vous en 2017, notamment suppression de toute obligation de parité tarifaire à l'égard des autres OTA (*Online Travel Agencies* ou agences de voyage en ligne) et des canaux hors ligne des hôtels ; possibilités pour ces derniers de recontacter les clients.

(2) T. com. Paris, 7 mai 2015, n° 2015000040, AJCA 2015, 376, obs. R. Maulin, jugement rendu sur plainte du ministère des Finances, qui écarte l'application des dispositions sur l'interdiction d'une clause d'obtention automatique des meilleures conditions tarifaires, qui ne sont pas une loi de police, mais retient l'existence d'un déséquilibre significatif. Car alors l'hôtel n'est plus maître de sa politique de prix, et ne peut faire bénéficier ses clients passant par le site de tarifs avantageux qu'il voudrait pratiquer à la marge.

Le marché biface est à la clé de l'intermédiation. Il est lié à l'architecture en plates-formes des services fournis par les acteurs du numérique, notamment les moteurs de recherche. Pour que ces plates-formes qui sont aussi des lieux de rencontre offrent des services en général gratuits soient rentables en termes de publicité, qui constitue la ressource principale sinon unique de l'entreprise concernée, il faut qu'elles attirent un nombre considérable d'internautes accédant à un nombre non moins considérable de contenus. Or, il est un fait que ce modèle rend difficile l'appréhension du marché pertinent, et aussi l'analyse des procédés de tarification et de la structure des prix.

D'une part, en effet, il est difficile de déterminer les frontières des marchés que constituent les nouveaux types de biens et services apparus avec l'essor du numérique, la question se posant de savoir même si les plates-formes constituent un marché en elles-mêmes. Cette difficulté peut s'opposer à l'application de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (« TFUE »), comme en témoigne l'affaire *vente-privee.com*, portée devant l'Autorité française de la concurrence. La notification des griefs suggérait que le marché de la vente événementielle en ligne se distinguait des autres canaux de déstockage habituels et devait donc être considéré comme un marché de produit distinct. Néanmoins, dans sa décision finale, l'Autorité n'a pas conclu à l'absence de substituabilité avec d'autres canaux de distribution et donc une telle délimitation du marché pertinent, et n'a en fin de compte pas retenu la position dominante du site<sup>3</sup>.

Les effets de taille peuvent cependant être d'autant plus constitutifs de barrières à l'entrée que la plate-forme passe des contrats d'exclusivité, plus ou moins longs, avec des éditeurs de contenus. De plus, même sans cela, les éditeurs de contenus sont *de facto* liés de façon indéfectible à la plate-forme. Par exemple, dans la mesure où Google News capitalise 50/60 % des consultations des sites de presse en ligne, le système d'*opt out* mis en place par Google est en pratique très peu utilisé par les éditeurs de presse.

Enfin, la différenciation des formules tarifaires selon les groupes d'utilisateurs, caractéristiques du modèle économique des plates-formes, est source de difficultés pour calculer les parts de marché. Cette asymétrie diffère fortement des modes de tarification habituels. Elle rend aléatoire l'observation de la connexion des prix et des coûts ainsi que l'appréhension des stratégies des opérateurs du point de vue concurrentiel.

(3) Aut. conc, déc. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne.

(4) Aut. conc, avis n° 10-A-29 du 14 déc. 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, pts 272 et 273.

(5) Commission européenne, communiqué de presse du 21 avr. 2015, IP/15/4780.

(6) T. com. Paris, 31 janv. 2012, n° 2009061231, le lien établi entre gratuité et prix prédateur pour caractériser l'abus de position dominante, est fort critiqué. La cartographie en ligne permet de géolocaliser des points de vente sur les sites web des entreprises.

(7) Aut. conc., déc. n° 15-D-06 du 21 avr. 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne.

(8) Pt 112 de la décision susvisée.

L'Autorité de la concurrence a ainsi relevé, dans son avis sur la publicité en ligne, à propos des annuaires en ligne, que « l'offre de Google est pour l'instant gratuite et n'entre donc pas en compte dans le calcul des parts de marché. À terme, les possibilités d'entrée de Google sur le marché des annuaires, avec la proposition d'offres payantes de référencement, ne sont pas nulles. Si un marché plus large de la recherche locale était défini, le chiffre d'affaires de Google généré par des liens commerciaux liés aux recherches serait difficile à évaluer précisément »<sup>4</sup>.

## L'abus de position dominante

Pour revenir au choc des cultures entre le modèle « Google » et la conception européenne d'une concurrence par les mérites entre un nombre maximal d'acteurs concurrents, la communication des griefs adressée en avril dernier par la Commission européenne à Google<sup>5</sup> est intéressante du point de vue des tentatives de définition de l'abus de position dominante :

■ Google y est soupçonnée d'abus de position dominante (ainsi que d'entente) pour utiliser son positionnement sur le marché des services de recherche générale afin de profiter d'un effet de levier en promouvant ses propres services (comparateurs de prix de Google Shopping<sup>6</sup>) au détriment des services de ses concurrents.

■ De même, la procédure formelle d'examen ouverte par la Commission porte sur le point de savoir si Google a conclu des accords anticoncurrentiels ou a commis un éventuel abus de position dominante dans le domaine des systèmes d'exploitation, applications et services relatifs aux dispositifs mobiles intelligents. Au moment d'envoyer sa communication des griefs, la Commission européenne a annoncé qu'elle avait ouvert d'autres enquêtes, notamment sur Android suivant une problématique comparable à celle de l'affaire *Microsoft* : Android est un système d'exploitation à code source libre, c'est-à-dire mis à disposition gratuitement des fournisseurs de communications électroniques (*smartphones* et tablettes) qui peuvent l'utiliser et le développer comme ils l'entendent, ce qui a permis à Android d'équiper les téléphones mobiles sur le marché en un temps record. Google a la possibilité dès lors de mettre en avant ses autres services, notamment en préinstallant certaines applications, au détriment des services proposés par ses concurrents. La pression concurrentielle des réseaux sociaux pour choisir des alternatives à Google s'en trouve d'autant limitée.

L'appréciation de la dominance d'une plate-forme, on le voit, exige de solliciter d'autres critères que ceux usuellement retenus.

C'est d'ailleurs l'effort qui est fait par l'Autorité de la concurrence concernant *Booking.com*, premier

client de Google. Dans cette affaire, l'Autorité ne prend pas uniquement en compte les parts de marché pour établir la dominance de la plate-forme. Elle relève que plus des trois quarts des hôtels français sont référencés sur cette plate-forme et qu'il ressort de plusieurs études et enquêtes que *Booking.com* serait la plate-forme la plus utilisée et à plus forte notoriété<sup>7</sup>. L'Autorité note que le marché de la réservation en ligne de nuitées en effet est caractérisé par d'importants effets de réseaux pouvant aboutir « à la création des positions fortes liées à un phénomène de concentration autour d'acteurs dominants, voire très dominants »<sup>8</sup>.

Une solution encore plus audacieuse, et même radicale, serait le dégroupage (« *unbundling* ») des plates-formes numériques, solution envisagée par les autorités de concurrence française et allemande. Il s'agirait de séparer au moins fonctionnellement les activités de moteur de recherche et des autres activités de Google en particulier ; le Parlement européen l'a évoquée dans une Résol-

Les effets de taille peuvent cependant être d'autant plus constitutifs de barrières à l'entrée que la plate-forme passe des contrats d'exclusivité, plus ou moins longs, avec des éditeurs de contenus

lution de novembre 2014<sup>9</sup>, rejoint à cet égard par l'*Open Internet Project*, qui réunit 400 acteurs européens du numérique, dans son action menée à l'encontre de Google. Mais n'est-il pas trop tard pour changer de modèle ? Et le *unbundling*, imposé aux opérateurs historiques du marché de l'énergie, est-il une réussite ? Autant de questions auxquelles il est urgent de répondre, car l'avancée des technologies et la multiplication des services plus attractifs les uns que les autres offerts par les géants du numérique, n'attendent pas le droit.

## ■ Accès aux données et verrouillage du marché

Pas plus que d'autres domaines du droit, le droit de la concurrence n'est à l'abri des conflits de lois. C'est le cas du droit de la concurrence confronté à la réglementation sur la protection des données, voire à celle relative aux droits d'auteur.

Deux décisions récentes de l'Autorité de la concurrence mettent en exergue cette délicate problématique qui conduit les autorités de concurrence à devoir arbitrer entre deux objectifs contraires de deux types de législations tout aussi valides et légitimes les unes que les autres. Ces décisions illustrent tout particulièrement le changement de paradigme que nous vivons dans une économie où le *Big Data* est le principal élément de valorisation d'une entreprise, alors que des limitations posées à son accès peuvent avoir

– comme dans l'affaire *Google* – des effets d'éviction. Ces décisions ont toutes deux été rendues en 2014, l'une le 8 juillet, l'autre le 9 septembre ; la première au fond, la seconde sur des mesures conservatoires.

Pas plus que d'autres domaines du droit, le droit de la concurrence n'est à l'abri des conflits de lois. C'est le cas du droit de la concurrence confronté à la réglementation sur la protection des données, voire à celle relative aux droits d'auteur

### L'affaire *Cegedim*

Dans sa décision du 8 juillet 2014, l'Autorité de la concurrence a

sanctionné le refus par *Cegedim*<sup>10</sup>, une société active sur les marchés des bases de données relatives aux médecins prescripteurs et des logiciels de gestion de clientèle (CMR ou *Customer Relationship Management*), de fournir aux clients du plaignant, Euris, une société uniquement active sur ce dernier marché, l'accès à sa base de données *OneKey*, la seule présentant des caractéristiques d'exhaustivité et d'actualisation au jour le jour. Ces bases de données sont indispensables à la stratégie commerciale des laboratoires. Or, selon l'Autorité, le traitement discriminatoire infligé à Euris lui a « fait perdre toute possibilité de se développer sur le marché des logiciels de gestion [...] les laboratoires qui utilisaient ou étaient intéressés par la solution logicielle ne pouvaient accéder à la base de données leader du marché et se sont, par conséquent, détournés d'Euris ».

Il est à noter que la base de données contient des données personnelles, puisqu'elle recense toutes les coordonnées des médecins et toutes informations utiles aux visiteurs médicaux (adresse, conditions et heures de visite...), ce qui ne justifiait nullement en effet le refus discriminatoire opposé aux clients d'Euris.

Il est intéressant de constater que l'Autorité de la concurrence n'a pas voulu sauter le pas. Elle s'est refusée à considérer de telles bases de données comme une infrastructure essentielle. Elle a estimé que la qualité de la base provenait de la plus-value informationnelle apportée par *Cegedim* et qu'un opérateur alternatif pouvait faire de même, et ne démontrait pas que cela impliquerait des coûts déraisonnables. Pour autant, l'abus de position dominante n'a pas été écarté, du fait du refus d'accès aux données estimé dis-

criminatoire au détriment des seuls clients d'Euris. Il n'est pas sûr que ce raisonnement alternatif pour qualifier l'abus de position dominante puisse jouer dans tous les cas de sorte que la question du refus d'accès à des bases de données mérite urgemment de faire l'objet d'un examen en soi.

### L'affaire *GDF/Suez*

L'autre exemple, celui des mesures conservatoires prononcées le 9 septembre 2014 à l'encontre de *GDF/Suez* par l'Autorité de la concurrence, va dans le même sens que le traitement par cette dernière de l'affaire concernant *Cegedim*. Il était reproché à l'ancien monopole gazier de profiter des informations sur ses abonnés au gaz en tant qu'opérateur historique astreint à des tarifs réglementés afin de promouvoir ses offres de marché de gaz et d'électricité, par exemple en proposant à certains clients une offre duale comportant le gaz au tarif réglementé et l'électricité au tarif du marché.

L'Autorité rappelle que, dans son avis 13-A-09 relatif aux tarifs réglementés de vente (TRV) de gaz, elle a relevé que « le faible développement des nouveaux entrants joue contre la compétitivité des entreprises françaises et contre le pouvoir d'achat des ménages car les nouveaux fournisseurs peuvent proposer des offres de gaz parfois très compétitives par rapport aux offres de *GDF Suez* (jusqu'à -15 % par rapport aux tarifs réglementés de vente de *GDF Suez*) ».

L'Autorité a considéré que la base de données sur les clients au tarif réglementé, représentant *de facto* presque l'ensemble des ménages eu égard à l'ancienne position de monopole de l'entreprise, n'était pas reproductible par les concurrents et que, par conséquent, « la confusion [...] entre les offres au TRV et les offres en concurrence, ainsi que l'utilisation des bases de clientèle des clients aux TRV pour prospector les clients en offres de marché [...] sont susceptibles de constituer des pratiques contraires aux articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE ». L'abus de position dominante dont l'entreprise était soupçonnée présentait donc un « risque fort de préemption du marché ». Là encore, l'Autorité n'a pas cru bon de solliciter la notion d'infrastructure essentielle.

Il est surtout notable de constater que, pour enjoindre à titre de mesures conservatoires à *GDF/Suez* d'accorder à ses concurrents un accès à certaines données de son fichier clients, l'Autorité s'est contentée de souligner l'existence d'« un effet potentiel d'éviction des opérateurs alternatifs nouveaux entrants, qui ne disposent pas des moyens nécessaires pour prospector la clientèle sur un pied d'égalité ». Cela veut dire que la protection des données personnelles ne peut être un obstacle à l'application des règles de concurrence qui peuvent se solder par l'obligation d'ouvrir des fichiers clients nominatifs.

(9) Parlement européen, résolution du 27 novembre 2014 sur le renforcement des droits des consommateurs au sein du marché unique numérique, 2014/2973(RSP).

(10) Aut. conc., déc. n° 14-D-06 du 8 juill. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Cegedim* dans le secteur des bases de données médicales.

## La protection des données personnelles

On retrouve la même idée dans l'avis de l'Autorité de la concurrence sur le projet de décret relatif à l'effacement<sup>11</sup> de la consommation d'électricité<sup>12</sup>. Pour garantir une véritable égalité des chances entre les différents concurrents sur le marché de l'effacement, l'Autorité a recommandé plusieurs mesures d'encadrement de l'activité d'EDF, étant observé que l'entreprise « bénéficie d'avantages importants grâce à sa position d'ancien monopole historique, sur le marché émergent de l'effacement de consommation d'électricité ». EDF a dû, sur la base de cet avis, assurer la mise à disposition de l'ensemble des opérateurs d'effacement d'une partie des données personnelles qu'elle détient sur ses clients abonnés à l'électricité, données qui permettent d'identifier les gisements d'effacement. Bien que l'Autorité ait été muette sur ce point, cette mise à disposition, pour respecter le droit au consentement consacré par la loi Informatique et Libertés du 6 janvier 1978, est toutefois soumise à l'accord de chaque abonné individuellement.

Les derniers développements du numérique laissent à penser que la question de l'articulation entre le droit de la concurrence qui peut tendre à ouvrir au maximum l'accès des concurrents à des bases de données, fussent-elles personnelles, et le droit Informatique et Libertés qui protège la vie privée des individus, sera de plus en plus cruciale. L'articulation s'est faite ici sans problème, puisque l'entreprise a été enjointe de permettre aux clients concernés de pouvoir s'opposer au transfert de leurs données personnelles aux fournisseurs alternatifs. Mais il faut s'attendre à ce que ce mode de conciliation entre les objectifs contraires des deux types de législations – ouverture pour permettre à la concurrence de jouer à plein, confidentialité pour garantir le droit à la protection des données personnelles – ne soit pas toujours opérationnel.

## La question du droit d'accès aux bases de données : la théorie des facilités essentielles

Indépendamment de la question de la conciliation nécessaire entre les exigences contradictoires du droit de la concurrence et du droit de la protection des données, il n'est plus possible d'éviter celle – d'ailleurs plus ou moins explicitement posée au niveau de la Commission européenne à propos de Google – relative au caractère ou non de facilité es-

sentielle des bases de données et plus encore des algorithmes qui en conditionnent l'efficacité de l'accès.

Les hésitations de la Commission européenne à s'avancer sur ce terrain sont compréhensibles. Les algorithmes – Google a semblé-t-il changé 890 fois d'algorithme pour la seule année 2013 – sont au cœur du fonctionnement des moteurs de recherche et plus largement des services offerts par les plates-formes numériques. Sans algorithme, point de services. Serait-il faisable et surtout justifié, s'agissant des géants de l'Internet de transposer la conception qui a présidé aux sanctions infligées à Microsoft en 2004, et confirmées par le Tribunal de l'Union européenne en 2007<sup>13</sup>, pour avoir abusé de son quasi-monopole sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC en liant le lecteur Windows Media à Windows ?

Encore que dans cette espèce, le tribunal a tenu à ce que les obligations imposées à Microsoft soient proportionnées. Ainsi, si une licence obligatoire a dû être concédée par Microsoft pour permettre à ses concurrents de développer de nouveaux produits, sur le marché aval, pour Windows, cette licence obligatoire ne devait porter que sur ce qui était nécessaire à l'interopérabilité et non pas sur le cœur du logiciel Windows sur lequel Microsoft peut avoir un intérêt légitime à garder le secret.

Le problème s'agissant de Google est autrement plus complexe. Non seulement l'entreprise fait valoir qu'en tout état de cause les internautes peuvent se tourner vers Yelp, Amazon.com et eBay, à titre d'alternative par exemple à Google Shopping, mais, en outre, les algorithmes ne sont pas couverts par des brevets, lesquels supposent en principe de rendre publiques les inventions qu'ils recouvrent. Rien de tel en matière d'algorithme dont le caractère secret fait la valeur.

## ■ En guise de conclusion...

L'économie de réseaux ouvre la voie sans limitation de frontières, ni de contenu, à un marché du *Big Data* à l'échelle mondiale. Or l'on doit se demander si les autorités de la concurrence sont les mieux placées pour le réglementer à elles-seules, ce qui est pourtant indispensable. Le commissaire Almunia, à cet égard, avait du reste lui-même reconnu dans une conférence de presse sur Google<sup>14</sup> que « *Antitrust is not an adequate instrument to impose on Google a specific algorithm or to prevent Google from improving its services if it wishes to do...* »<sup>15</sup>. Margareth Vestager, sa successeuse est bien moins conciliante. Si elle envisage ainsi un accord amiable, c'est sans certitude, tout en considérant que Google est en situation d'abus de position dominante. La confrontation entre *Big Data* et concurrence est donc pleinement d'actualité.

Il n'est pas facile de réglementer *ex ante* des activités qui se fondent sur un mouvement perpétuel de créativité de nouveaux acteurs nés à partir d'une idée et de la mise en relation des internautes (ceux-ci se comptent en milliards d'*aficionados* des GAFTA).

Le modèle de la gratuité/publicité en ligne sur un marché biface ne peut être condamné en soi. Google fait valoir, par exemple, qu'elle ne pourrait développer Google Car ou le bracelet qui détecte le cancer, par exemple, qui ne seront pas rentables avant quelques années, sans passer par un modèle tel que le sien. Il n'est pas sûr que l'*unbundling* des activités de Google : d'un côté moteur de recherche, et autres activités de la société d'un autre côté soit une solution viable.

Enfin, il est préoccupant de voir le fossé qui se creuse entre les États-Unis et l'Europe sur ces sujets :

- L'approche de l'abus de position dominante n'est pas la même. Aux États-Unis, le droit de la concurrence doit préserver les incitations qui s'exercent sur les firmes pour qu'elles acquièrent une position dominante. Ce n'est pas un problème si l'entreprise a acquis cette position par des moyens légaux.
- La même opposition culturelle se traduit au niveau du concept

(11) L'effacement de consommation se définit selon l'Autorité de la concurrence comme « l'action qui vise à baisser temporairement, sur sollicitation ponctuelle d'un "opérateur d'effacement", le niveau de consommation d'électricité d'un ou de plusieurs consommateurs ».

(12) Aut. conc., avis n° 13-A-25 du 20 déc. 2013 concernant l'effacement de consommation dans le secteur de l'électricité du marché de l'effacement.

(13) TPICE 17 sept. 2007, n° T-201/04, *Microsoft Corp. c/ Commission européenne*.

(14) Octobre 2013.

(15) « Le droit des pratiques anticoncurrentielles n'est pas un instrument adéquat pour forcer Google à adopter un algorithme spécifique ou pour l'empêcher d'améliorer ses services s'il le souhaite ».

même de facilités essentielles : aux États-Unis, cette théorie ne peut remettre en cause la liberté d'une firme d'imposer ses prix et de conclure les contrats les mieux appropriés à ses objectifs. Un refus de contracter avec un concurrent ne peut être sanctionné sur la base du *Sherman Act* que si la firme a mis en œuvre des pratiques d'éviction.

L'affaire *Google* – classée en 2014 par la *Federal Trade Commission* – dépasse, de par sa dimension symbolique, le bras de fer entre le groupe et la Commission. C'est toute la conception concurrentielle

du marché du numérique, qui va concerner à terme la totalité des marchés, qui est en cause. La montée en puissance des objets connectés, s'il en était besoin, témoigne des bouleversements à l'œuvre. C'est pourquoi il y aurait peut-être intérêt à rapprocher les autorités de concurrence européennes des autorités américaines pour clarifier les positions respectives. Tel a été le cas dans d'autres domaines. Pourquoi pas dans celui-là ?