

Google : innovatrice jalousée ou monopoliste hors-la-loi ?

Le droit de la concurrence de l'UE à la croisée des chemins ?

Mémoire réalisé par
Amédée von Moltke

Promoteur(s)
Paul Nihoul

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une œuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une œuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette œuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

Google : innovatrice jalousée ou monopoliste hors-la-loi ?

Le droit de la concurrence de l'UE à la croisée des chemins ?

*« {...} O ! It is excellent
To have a giant's strength ; but it is tyrannous
To use it like a giant ».*

(William Shakespeare)

Remerciements

En premier lieu, je souhaite exprimer mes plus vifs remerciements au professeur Paul Nihoul pour sa disponibilité et pour l'enthousiasme dont il a fait preuve tout au long de l'encadrement de ce mémoire. Qu'il reçoive ici le témoignage de ma gratitude de m'avoir encouragé à y développer mes idées et de m'avoir accordé son plus grand soutien.

Je tiens ensuite à témoigner de ma reconnaissance au professeur Christophe Verdure qui a eu l'obligeance non seulement de me relire, mais également de discuter avec moi de certains points qui me préoccupaient. Sa gentillesse, sa franchise et ses encouragements ont grandement soutenu mes efforts et ces quelques mots ne suffiront pas pour le remercier.

Merci à mes proches pour leur soutien indéfectible et leur compréhension. Plus particulièrement, je remercie ma mère pour avoir supporté mes nombreux caprices et pour avoir su trouver les mots justes dans les moments les plus difficiles, ainsi que mon père pour sa relecture attentive et ses précieux conseils.

Enfin, j'adresse mes remerciements à Béatriz Mandeiro pour avoir su garder sa bonne humeur légendaire et son sourire durant nos heures de cours, et ce, malgré mon attitude souvent défaitiste.

Sommaire

Remerciements.....	V
Sommaire.....	VI
Abréviations	VII
INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I. ANATOMIE D’UN LEVIATHAN DES TEMPS MODERNES.....	6
Chapitre I. Google Search : un moteur de recherche pas comme les autres	6
Section I. Google et les moteurs de recherche sur Internet	7
Section II. Google et la recherche horizontale, verticale... universelle ?!	12
Chapitre II. Le modèle économique de Google : devenir la plus grande agence de publicité du monde.....	15
Section I. <i>AdWords</i> , ou quand Google révolutionne le monde de la publicité en ligne	16
Section II. <i>AdSense</i> , ou quand Google se mue en régie publicitaire	18
Chapitre III. Conclusion	19
PARTIE II. LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L’UE CONFRONTE AUX DEFIS CORNELIENS POSES PAR GOOGLE	21
Chapitre I. L’affaire Google : état des lieux	21
Chapitre II. La problématique du « marché » de Google.....	27
Section I. Google Search : une plateforme « biface » ?.....	28
Section II. Quel(s) marché(s) pertinent(s) pour Google ?	36
Chapitre III. Google : monopoliste ou géante aux pieds d’argile ?	60
Section I. La dominance dans les marchés de la Nouvelle Économie : une approche traditionnelle désuète ?.....	61
Section II. Google et son pouvoir de marché : la concurrence est-elle réellement « à un clic » ?	69
Chapitre IV. Les pratiques de Google à la loupe.....	89
Section I. Traitement préférentiel accordé par Google à ses propres services spécialisés	91
Section II. Utilisation du contenu original de sites Web tiers	139
Section III. Accords d’exclusivité et restrictions contractuelles à la portabilité	150
CONCLUSION GENERALE	166
Bibliographie.....	172
Table des matières	213
Annexes.....	216

Abréviations

<i>A&M</i>	<i>Auteurs & Média</i>
<i>American Econ. Rev</i>	<i>American Economic Review</i>
<i>Antitrust L. J.</i>	<i>Antitrust Law Journal</i>
<i>B.B.F.</i>	<i>Bulletin des Bibliothèques de France</i>
<i>Brook. L. Rev.</i>	<i>Brooklyn Law Review</i>
<i>Chi.-Kent J. Int. Prop.</i>	<i>Chicago-Kent Journal of Intellectual Property</i>
<i>C.J.C.E.</i>	<i>Cour de justice des Communautés européennes</i>
<i>C.J.U.E.</i>	<i>Cour de Justice de l'Union européenne</i>
<i>C. L. Rev. Int'.</i>	<i>Computer Law Review International</i>
<i>Comp. L. Rev.</i>	<i>Competition Law Review</i>
<i>Comp. L. Int'.</i>	<i>Competition Law International</i>
<i>Comp. Pol. Int'.</i>	<i>Competition Policy International</i>
<i>E. C. L. R.</i>	<i>European Competition Law Review</i>
<i>E. J. L. & Tech.</i>	<i>European Journal of Law & Technology</i>
<i>Eur. Comp. Journal.</i>	<i>European Competition Journal</i>
<i>Eur. Networks L. & Reg. Q.</i>	<i>European Networks Law and Regulation Quarterly</i>
<i>FTC</i>	<i>Federal Trade Commission</i>
<i>Harv. Bus. School.</i>	<i>Harvard Business School</i>
<i>Harv. J. L. & Pub. Policy.</i>	<i>Harvard Journal of Law & Public Policy</i>
<i>Harv. J. L. & Tech.</i>	<i>Harvard Journal of Law & Technology</i>
<i>Harv. Law. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
<i>I.C.L.E.</i>	<i>International Center for Law & Economics</i>
<i>Indiana. L. J.</i>	<i>Indiana Law Journal</i>
<i>Iowa. L. Rev.</i>	<i>Iowa Law Review</i>
<i>J.A.M.S.</i>	<i>Journal of the Academy of Marketing Science</i>
<i>J. of Communication.</i>	<i>Journal of Communication</i>
<i>J. Comp. Law. & Econ.</i>	<i>Journal of Competition Law & Economics</i>
<i>J.E.C.L.A.P.</i>	<i>Journal of European Competition Law & Practice</i>
<i>J. Eur. Econ. Ass'n.</i>	<i>Journal of the European Economic Association</i>
<i>J. Inf. Comm. Ethics in Soc..</i>	<i>Journal of Information, Communication and Ethics in Society</i>
<i>J. Internet. L.</i>	<i>Journal of Internet Law</i>
<i>J. L. & Econ.</i>	<i>Journal of Law & Economics</i>
<i>J. L. & Pol'y. for Info. Soc.</i>	<i>Journal of Law and Policy for the Information Society</i>
<i>J.M.I.S.</i>	<i>Journal of Management Information Systems</i>

<i>J.O.C.E.</i>	<i>Journal Officiel des Communautés européennes</i>
<i>J.O.U.E.</i>	<i>Journal Officiel de l'Union européenne</i>
<i>J. Stat. Soc. London.</i>	<i>Journal of the Statistical Society of London</i>
<i>L.G.D.J.</i>	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
<i>Marquette. L. Rev.</i>	<i>Marquette Law Review</i>
<i>Maryland. L. Rev.</i>	<i>Maryland Law Review</i>
<i>Michigan. L. Rev.</i>	<i>Michigan Law Review</i>
<i>N. C. J. Law. & Tech.</i>	<i>North Carolina Journal of Law and Technology</i>
<i>N. Dame. L. Rev.</i>	<i>Notre Dame Law Review</i>
<i>Northwestern. J. of Tech. & Int. Prop.</i>	<i>Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property</i>
<i>N.Y.U. J. Law. & Bus.</i>	<i>New York University Journal of Law & Business</i>
<i>N.Y.U. Law. School. Rev.</i>	<i>New York University Law School Review</i>
<i>P.A.C.I.S.</i>	<i>Pacific Asia Conference on Information Systems</i>
<i>RAND. J. Econ. Rec.</i>	<i>RAND Journal of Economics</i>
<i>Rev. Econ. et Soc.</i>	<i>Recueil de jurisprudence</i>
<i>Rev. int. dr. éco.</i>	<i>Revue Économique et Sociale</i>
<i>Rev. Network. Eco.</i>	<i>Revue internationale de droit économique</i>
<i>St. John's. L. Rev.</i>	<i>Review of Network Economics</i>
<i>T.I.L.E.C.</i>	<i>Saint John's Law Review</i>
<i>T.F.U.E.</i>	<i>Tilburg Law and Economics Center</i>
<i>T.P.I.C.E.</i>	<i>Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne</i>
<i>Trib.</i>	<i>Tribunal de première instance des Communautés européennes</i>
<i>T.U.E.</i>	<i>Tribunal de l'Union européenne</i>
<i>UBC. L. Rev.</i>	<i>Traité sur l'Union européenne</i>
<i>U. Chicago. L. & Econ.</i>	<i>University of British Columbia Law Review</i>
<i>U. Colo. L. Rev.</i>	<i>University of Chicago Law & Economics</i>
<i>U.E.</i>	<i>University of Colorado Law Review</i>
<i>U. Groningen.</i>	<i>Union européenne</i>
<i>U. PA. J. Bus. L.</i>	<i>University of Groningen</i>
<i>U. Pitt. L. Rev.</i>	<i>University of Pennsylvania Journal of Business Law</i>
<i>US-China L. Rev.</i>	<i>University of Pittsburgh Law Review</i>
<i>Wake Forest J. of Bus. & Int. Prop. Law</i>	<i>US-China Law Review</i>
<i>Wm. Mitchell. L. Rev.</i>	<i>Wake Forest Journal of Business and Intellectual Property Law</i>
<i>World. Comp.</i>	<i>William Mitchell Law Review</i>
<i>World. Comp. Law & Econ. Rev.</i>	<i>World Competition</i>
	<i>World Competition Law and Economic Review</i>

Introduction générale

Contexte et question de recherche – Figure de proue de la « Nouvelle Économie », Google fascine autant qu'elle suscite la convoitise de ses pairs numériques et la hantise des médias traditionnels, vestiges d'un temps désormais révolu¹. Il y a quelques années encore, le monde ne tarissait pas d'éloges à son égard, voyant en elle un véritable vivier d'innovations. Mais le ton s'est depuis sensiblement durci, surtout de ce côté de l'Atlantique où le ressentiment semble avoir atteint son paroxysme. La raison de cette volte-face ? « *Everyone loves Google, Until it's too big* », titrait le *New York Times* dans une colonne datant de 2009². Or, en Europe, le « plus grand » n'est pas nécessairement perçu comme le « plus efficace » (« big is not necessarily beautiful »).

Google est une géante et elle le sait ; plus encore, elle s'en délecte, quitte à basculer dans l'arrogance. Petite start-up imaginée sur les bancs de l'université de Stanford, l'entreprise de Mountain View (Californie, USA) s'impose aujourd'hui comme la figure incontournable de la recherche sur Internet. Sa montée en puissance au travers de multiples acquisitions – près d'une par mois depuis 2001³ – en a fait sourciller plus d'un, mais c'est surtout le nombre toujours croissant de ses services qui frappe : boîte de messagerie électronique, banques d'images et de vidéos, livres en ligne, paiement, réseau social, réservations d'hôtels et de vols, téléphonie mobile, *etc.* Bref, tel le mythique Kraken, Google ne cesse de déployer ses tentacules sur d'autres secteurs, au grand dam de ses nouveaux concurrents qui voient en elle une menace existentielle.

À l'inverse, les internautes sont généralement séduits par cette prolifération d'innovations. Comment ne pas l'être ? *Gratuit*, utile, disponible en tout lieu et en tout temps (pour peu que l'on dispose d'une connexion à Internet), le moteur de recherche de Google se profile comme le compagnon idéal. Indispensable source de sagesse, il est en outre, la seule certitude à laquelle nous pouvons nous raccrocher

¹ Par souci de clarté, nous souhaitons apporter dans cette note quelques précisions d'ordre terminologique. Dans ce mémoire, le nom « Google » sera employé au féminin, car associé à « l'entreprise » Google. Lorsqu'il sera fait allusion au « moteur de recherche Google », c'est le nom masculin « Google Search » qui sera usité.

² R STOSS, « Everyone loves Google, Until Its Too Big », *International New York Times*, 21 février 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2Hgyxc> (dernière consultation le 14 avril 2015).

³ D SMITH, « The 11 most Important Google Acquisitions Ever », *Business Insider*, 12 août 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/6Z7jMU> (dernière consultation le 14 avril 2015).

dans le monde immense et incertain du *World Wide Web* (ci-après le « Web » ou la « Toile »). L'idylle, semble-t-il, est parfaite, du moins *a priori*.

N'y a-t-il pourtant pas, intuitivement, un élément problématique dans ce tableau ? Car, au fond, là où la société de Mountain View sait (presque) tout de ses internautes, l'inverse n'est pas (forcément) vrai. En effet, que connaît réellement l'internaute de la *qualité* des réponses qu'il reçoit à ses requêtes ? De quelle *manière* Google les lui livre-t-elle ? La *gratuité* peut-elle véritablement exister ou n'est-elle qu'un leurre ? À n'en pas douter, ces quelques interrogations permettent de nourrir la réflexion, mais il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, les internautes européens continuent de lui accorder une *confiance* indéfectible.

Dans ce contexte, les pratiques auxquelles s'adonnerait Google paraissent instinctivement gênantes. Adulée par les internautes pour ses oracles, vilipendée par la majeure partie des entreprises de l'écosystème Internet pour ses pratiques prétendument abusives, l'entreprise californienne est un paradoxe ambulante.

Voilà maintenant cinq années que des voix s'élèvent à Bruxelles pour réclamer sa tête et la liste n'a de cesse de s'allonger. Certains dénoncent le règne d'« *un rouleau compresseur anticoncurrence, une machine à éliminer ou à absorber* »⁴. D'autres plaident pour « *un Internet de qualité et transparent* »⁵. D'un air défiant, Google s'en défend par l'intermédiaire de son ancien patron, E. Schmidt qui clame que « *Google is big and Google is disruptive by design. We are trying to do things that are new and when you disrupt things, the people who are being disrupted complain* »⁶. À l'heure où même les politiques s'en mêlent – l'ancien ministre français de l'Économie Arnaud Montebourg a assimilé Google à une menace pour la souveraineté de son pays tandis que Barack Obama a récemment dénoncé le protectionnisme à l'européenne –, il convient de ne pas perdre de vue *la* question sous-jacente à l'affaire *Google*, laquelle peut être formulée dans les termes suivants :

Google, innovatrice jalouée ou monopoliste hors-la-loi ?

⁴ P. PERRI, *Google, un ami qui ne vous veut pas que du bien*, Paris, Éditions Anne Carrière, 2013, p. 53.

⁵ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2011, p. 224.

⁶ L. BARBER et M. PALMER, « Google chief puts creativity at the heart of its culture », *Financial Times*, 4 juin 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/rBv5bJ> (dernière consultation le 14 avril 2015).

Cette interrogation fondamentale constitue le cœur de ce mémoire, dont l'objectif premier sera, dans la mesure du possible, d'y apporter une réponse. Pour ce faire, l'on ne pourra éluder la controverse qui divise actuellement la doctrine et qui porte sur l'adéquation des principes et instruments du droit de la concurrence de l'Union européenne, lorsqu'appliqué à Google, une accusée aux formes inédites. Pour un premier groupe de commentateurs, les pratiques de cette pionnière de la « Nouvelle Économie » ne méritent pas l'opprobre des autorités de la concurrence en raison de leur caractère innovant. Un deuxième groupe est d'avis que les caractéristiques du marché pertinent de Google impliquent une adaptation de l'approche traditionnellement adoptée par les institutions de l'Union européenne dans l'application des règles du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE »). Enfin, un troisième groupe fait fi des critiques et ne jure que par les principes et outils qui ont, de longue date, été appliqués par la Commission et les juges de Luxembourg.

Le lecteur s'en doute, la question de recherche fait naître une multitude de sous-questions complexes qui ne peuvent être ignorées. Sans prétendre à l'exhaustivité, ce mémoire tentera d'en traiter les plus importantes, et ce, dans le cadre d'une évaluation concurrentielle de Google sous l'angle de l'article 102 TFUE.

Structure – À ces fins, nous osons le parti pris de proposer au lecteur une analyse structurée en deux parties distinctes, comportant respectivement deux et quatre chapitres.

Tout d'abord, il conviendra de brièvement revenir sur ce qui a fait de Google ce qu'elle est aujourd'hui (**Partie I**). Une affaire s'instruisant à charge et à décharge, l'on ne saurait prétendre relever les multiples défis concurrentiels qui se posent sans avoir synthétisé ce qui procède de l'essence même de son moteur de recherche. Ce faisant, nous serons amenés à expliquer comment celui-ci fonctionne (**Chapitre I**) et d'où la société tire sa formidable puissance financière (**Chapitre II**).

Ce court mais impératif préalable derrière nous, il s'agira de rentrer dans le vif du sujet (**Partie II**.) Comme toute analyse rigoureuse qui se respecte, nous aborderons successivement les différentes étapes clés du dispositif de contrôle des pratiques

stratégiques unilatérales des opérateurs supposément dominants. Ainsi, après avoir dressé un état des lieux de cette affaire rocambolesque (*Chapitre I.*), nous tenterons tout d'abord de délimiter le périmètre à l'intérieur duquel Google exerce son influence (*Chapitre II.*). À cet égard, le défi que nous pose cette géante est particulièrement complexe en ce qu'il requiert une compréhension préalable de la théorie des marchés à multiples versants. Pionnière du Web 2.0, Google opère en effet une plateforme particulière qu'il nous faudra caractériser à l'aune de cette théorie avant de pouvoir nous atteler à la définition proprement dite de son marché pertinent. En outre, il sera constaté que l'application dogmatique de l'approche adoptée pour l'évaluation des marchés traditionnels est susceptible d'induire les autorités de la concurrence en erreur. Pour y pallier, plusieurs suggestions seront formulées et ensuite appliquées à Google.

Cette première étape franchie, nous examinerons ensuite la délicate question relative à la position de l'entreprise californienne sur son marché pertinent (*Chapitre III.*). Ce chapitre procèdera en deux temps. Tout d'abord, il s'agira de confronter à la jurisprudence de l'UE les arguments avancés par de nombreux auteurs de renom qui estiment que le test de dominance traditionnel est empreint de désuétude lorsqu'appliqué à une entreprise opérant dans la « Nouvelle Économie ». Après avoir tiré à grands traits les caractéristiques de celle-ci, et leurs implications pour l'appréciation de la position de Google, nous nous attèlerons ensuite à la tâche concrète de mesurer son pouvoir de marché.

Sans anticiper sur la réponse qui sera apportée dans le chapitre antérieur, l'on clôturera l'analyse en passant au crible les différentes pratiques commerciales prétendument abusives de l'entreprise de Mountain View (*Chapitre IV.*). Bien que nous examinerons chacune des pratiques litigieuses, une attention toute particulière sera accordée au traitement préférentiel qu'accorderait Google à ses propres services de recherche spécialisés. L'objectif sera de vérifier si la Commission européenne dispose de bases solides sur lesquelles s'appuyer en cas de phase contentieuse ou si ces cinq dernières années d'infructueuses négociations ne dissimulaient, en réalité, qu'un grand coup de poker.

Enfin, à titre de conclusion générale, l'on commencera par tirer brièvement les leçons de nos recherches afin de fournir une réponse à la question centrale de ce mémoire, pour ensuite amorcer une ouverture sur un élément secondaire – mais non

moins important – à l’affaire examinée, lequel mériterait à lui seul une contribution détaillée.

Méthodologie et supports – Ce mémoire suivra une approche multidisciplinaire. En effet, quoique la part belle sera réservée à l’analyse juridique, la construction d’un raisonnement cohérent et défendable ne saurait être réalisée en ignorant les incises utiles des sciences économique et informatique.

Afin de répondre à la question centrale de la recherche, il sera recouru à la méthode traditionnelle d’analyse des textes légaux, jurisprudentiels et doctrinaux. Les sources dans lesquelles nous puiserons nos idées seront d’origine diverse et variée. Ainsi sera-t-il fait usage du droit primaire et dérivé de l’UE, de la jurisprudence des institutions de l’UE en charge de l’application du droit de la concurrence de l’UE, de décisions et opinions des autorités nationales de la concurrence, d’ouvrages et autres articles doctrinaux, ainsi que de sources électroniques telles que des articles de presse en ligne et de blogs spécialisés en matière de droit de la concurrence et de moteurs de recherche. Bien que ce mémoire entende réaliser une analyse de l’affaire *Google* sous l’angle du droit de l’UE, l’on précisera qu’une quantité non négligeable d’écrits tirés de la doctrine étasunienne sera utilisée.

Partie I. Anatomie d'un Léviathan des temps modernes

S'attaquer à la géante qu'est devenue Google n'est pas une mince affaire. Entreprise vouée à l'échec, rétorqueront même certains, tout en pointant du doigt la FTC qui y renonça finalement en 2013⁷. D'un obscur garage situé à Menlo Park en Californie, au sommet de l'Olympe de l'Internet, Google règne sans partage comme le faisait Zeus à son époque. « *The mythology of the Web leads us to assume that it is a wild, ungovernable, and thus ungoverned realm* »⁸, remarque, S. Vaidhyanathan. Et pourtant, la Commission européenne semble s'être décidée à dégainer. Néanmoins, avant de procéder à l'analyse concurrentielle de Google (Partie II.), un préalable primordial s'impose : comprendre comment fonctionne son moteur de recherche. En effet, si *Google défie le droit*⁹, ce dernier se doit de connaître son sujet, lequel détient, comme nous verrons, les plans de navigation de la Toile. Dans ce contexte, nous proposons au lecteur de commencer cette analyse en pénétrant dans les entrailles de ce Léviathan des temps modernes. En premier lieu, il s'agira d'examiner ce qui a fait son succès, à savoir son moteur de recherche (*Chapitre I.*). En second lieu, nous tenterons de percer le mystère de son modèle économique (*Chapitre II.*)

Chapitre I. Google Search : un moteur de recherche pas comme les autres

Né en 1998 du génie de ses créateurs, Larry Page et Sergey Brin, Google a connu un développement aussi fulgurant qu'exceptionnel. Pionnière du Nouveau Monde de l'Internet, la petite start-up innovante de Mountain View propose aujourd'hui pas moins de cent cinquante services différents dans des secteurs tels que la cartographie (« *Google Maps* »), la littérature (« *Google Livres* »), l'actualité (« *Google Actualités* »), la vidéo en ligne (« *YouTube* »), le mobile (« *Android* ») et bien d'autres

⁷ Voy. sur la décision de la FTC de ne pas poursuivre Google pour violation de la section 2 du Sherman Act, E. WYATT, « A Victory for Google as F.T.C. Takes No Formal Steps », *International New York Times*, 3 janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hclKt> (dernière consultation le 27 février 2015).

⁸ S. VAIDHYANATHAN, *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, Los Angeles, University of California Press, 2011, p. xi.

⁹ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, op. cit., pp. 1-234.

encore¹⁰. N'ayons pas peur des mots : l'innovation coule dans ses veines. Toutefois, il convient de ne pas perdre de vue que dans son essence, le produit phare de Google n'est autre que son moteur de recherche. De fait, quoiqu'elle s'adapte au gré des évolutions technologiques et des habitudes changeantes des consommateurs, il n'en demeure pas moins que Google est avant tout et surtout l'exploitante d'« *un formidable découvreur et agrégateur de contenu, dont les limites sont celles, sans limites, de l'Internet* »¹¹.

De manière plus prosaïque, qu'est-ce qu'un moteur de recherche et comment fonctionne-t-il ?

Section I. Google et les moteurs de recherche sur Internet

Sous-Section I. Définition

Dans un contexte de numérisation de l'économie¹², il est remarquable de constater qu'il n'existe, pour l'heure, aucune définition légale de ce qu'est un « moteur de recherche Internet ». Tout au plus trouve-t-on certaines traces du concept dans la directive 2000/31/CE sur le commerce électronique¹³, laquelle assimile aux services de la société de l'information ceux « *qui fournissent des outils permettant la recherche, l'accès et la récupération des données* »¹⁴.

Toutefois, il semblerait que la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après « la Cour ») se soit indirectement chargée de combler ce vide dans un arrêt récent consacrant le droit à l'oubli sur Internet. En effet, elle y a considéré qu'en « *explorant de manière automatisée, constante et systématique Internet à la recherche des informations qui y sont publiées, l'exploitant d'un moteur de recherche 'collecte' de telles données qu'il 'extraît', 'enregistre' et 'organise' par la suite dans le cadre de*

¹⁰ Voy. M. MOHAN, « Over 151 Google Products & Services You Probably Don't Know », *Minterest.org*, 2 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/gHVXCc> (dernière consultation le 26 mars 2015).

¹¹ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 12.

¹² Voy. Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, *Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne*, COM (2011) 942 final/2, 6 février 2012, pp. 1-19, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/CPfiVi> (dernière consultation le 31 mars 2015), ci-après « Communication sur le Marché Unique Numérique ».

¹³ Directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, L 178, 17 juillet 2000, pp. 1-16 (ci-après, « directive e-commerce »).

¹⁴ Directive e-commerce, art. 21 *juncto* considérant (18).

ses programmes d'indexation, 'conserve' sur ses serveurs et, le cas échéant, 'communique à' et 'met à disposition de' ses utilisateurs sous forme de listes des résultats de leurs recherches »¹⁵. Ce *dictum*, davantage révélateur du fonctionnement d'un moteur de recherche que d'une définition, permet toutefois de capter l'essence de tout moteur de recherche : il s'agit d'un ensemble de programmes d'ordinateur dont la tâche est de sillonner la Toile pour procéder à une collecte d'informations, informations qui seront ensuite indexées sur des serveurs et communiquées à un internaute en réponse à sa requête¹⁶.

À des fins de clarté, nous retiendrons pour la suite de ce mémoire la définition proposée par J. Grimmelmann, qui voit dans un moteur de recherche un service destiné à faciliter la localisation, par son utilisateur, de contenus librement accessibles sur Internet¹⁷.

Sous-section II. Comment Google Search fonctionne-t-il ?

En substance, le traitement d'une requête en ligne par Google Search – mais aussi par tout autre moteur de recherche – repose sur un processus en quatre étapes, exposé ci-après¹⁸.

§1. Le « crawling »

La première étape, dite de *crawling*, a pour but de « collecter » les informations disponibles sur le Web. À cette fin, de petits programmes de navigation, appelés *crawlers* (également « bots » ou « spiders »), naviguent en permanence sur la Toile en suivant les différents liens hypertextes¹⁹ qui renvoient d'une page vers une autre en

¹⁵ C.J.U.E. (Gr. Ch.), arrêt du 13 mai 2014 – *Google Spain*, aff. C-131/12, non encore publié au *Rec.* point. 28, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/ulS9pT> (dernière consultation le 20 avril 2015).

¹⁶ Le lecteur de ce mémoire notera que par « moteur de recherche », nous visons un moteur « Internet », et non un moteur générique, tels que ceux que l'on peut retrouver dans des logiciels de traitement de textes.

¹⁷ J. GRIMMELMANN, « The Structure of Search Engine Law », *Iowa. L. Rev.*, vol. 93, n° 1, 2007, p. 6, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=979568> (dernière consultation le 26 mars 2015). En ce sens, voy. l'affaire *Microsoft/Yahoo* à l'occasion de laquelle la Commission considéra qu'un moteur de recherche « *is a tool designed to search for information on the internet* » in Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, aff. COMP/M.5727, point 30, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/WyDPq5> (dernière consultation le 20 avril 2015).

¹⁸ Pour une figure schématisant les différentes étapes du fonctionnement des moteurs de recherche, voy. Annexe I.

¹⁹ Pour reprendre l'expression d'A. Strowel, les liens hypertextes, ou hyperliens, sont d'une certaine manière, « *les fils avec lesquels le Web (la Toile) est tissé* ». D'un point de vue technique, l'hyperlien est une instruction HTML qui commande au navigateur Internet (par ex. Google *Chrome*) de transporter l'internaute d'un site à un autre, ou d'une page à une autre. Voy. A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, op. cit., pp. 117-119.

vue d'indexer leurs contenus. Le processus est entièrement automatisé, mais demeure incomplet. En effet, les *crawlers* n'ont pas accès à l'ensemble des contenus qui foisonnent sur le Web^{20 21}.

§2. L'indexation

Au fur et à mesure que le *crawler* explore la Toile, les informations qu'il collecte sont transmises vers un moteur d'indexation pour y être traitées et indexées. Par hypothèse, seule une partie des pages Web recensées seront conservées à terme par Google Search, puisque « *les moteurs utilisent en effet plusieurs critères tels que la richesse du contenu texte et la lisibilité du contenu par le spider, l'adéquation entre les mots-clés présents dans les balises meta et le contenu des pages pour décider des sites qui seront indexés* »²².

§3. Le « ranking »

La troisième étape dite du « *ranking* » est celle qui consiste pour le moteur de recherche à classer les contenus indexés, et ce, de manière à ce que, en réponse à une requête formulée par un utilisateur, les sites les plus *pertinents* soient affichés en ordre décroissant dans une liste de résultats²³.

À n'en pas douter, il s'agit du moment décisif de la recherche en ligne ; celle où la magie opère (ou n'opère pas pour certains) ; celle qui a permis à Google Search de se détacher (de façon définitive ?) de la concurrence. En effet, le *ranking*, c'est le moment où les algorithmes entrent en scène. Le plus célèbre d'entre eux n'est autre que le très controversé *PageRank* de Google qui suscite autant la convoitise que la crainte de l'ensemble de l'écosystème Internet et qui mérite que l'on s'y attarde.

²⁰ Pensons aux sites payants, aux sites fermés ou encore aux pages sans liens, aux pages intraduisibles, etc.

²¹ Pour plus de détails, voy. not. J. GRIMMELMANN, « The Structure of Search Engine Law », *op. cit.*, pp. 7-8 ; O. ANDRIEU, *Réussir son référencement web : Stratégies et Techniques SEO*, 2^{ème} éd., Paris, EYROLLES, 2014, pp. 34-39 ; N. VAN EIJK, « Search Engines, the New Bottleneck for Content Access », in *Telecommunication Markets : Drivers and Impediments* (sous la dir. de B. PREISSEL, J. HAUCAP et P. CURWEN), Heidelberg, Physica-Verlag, 2009, p. 142.

²² X., « Comment fonctionne un moteur de recherche ? », *Abondance.com – Lettre « Recherche & Référencement »*, n° 58, 2005, p. 4, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/3g88oN> (dernière consultation le 31 mars 2015). Voy. également, J. GRIMMELMANN, « The Structure of Search Engine Law » *op. cit.*, pp. 7-8 ; O. ANDRIEU, *Réussir son référencement web : Stratégies et Techniques SEO*, *op. cit.*, pp. 39-45.

²³ O. ANDRIEU, *Réussir son référencement web : Stratégies et Techniques SEO*, *op. cit.*, pp. 45-54. Voy. également, J. FARCHY et C. MEADEL, « Moteur de recherche et référencement : chassez le naturel... », *Hermès, La Revue*, n° 66, 2013, p. 148.

*PageRank*²⁴ constitue la clé du succès de la société de Mountain View. Farouchement protégé par le secret d'affaire, cet algorithme a popularisé une méthode de tri des sites indexés qui se veut *neutre* et *démocratique*, car basée sur la « popularité ». Quel est son *modus operandi* ? Concrètement, *PageRank* ajuste l'ordre des résultats en vertu d'un système où chaque hyperlien pointant vers un autre document est assimilé à un vote de confiance²⁵ : plus le nombre de sites pointant (« votant ») vers une même adresse est élevé, plus le *PageRank* de ce site Web augmente et plus celui-ci sera indexé. En outre, chaque lien (« vote ») fait l'objet d'une pondération réalisée sur base d'une analyse du site pointeur (« site votant »)²⁶. Autrement dit, « le *PageRank* d'une page dépend du nombre de liens pointant vers cette page, mais aussi de la valeur de ces liens »²⁷, valeur qui est elle-même déterminée par le poids relatif des sites pointeurs. Le mécanisme repose donc sur l'idée que les sites qui apparaissent en tête du classement doivent être ceux qui ont reçu l'aval des autres. En somme, les liens les plus populaires le sont car élus par leurs pairs²⁸.

Critère dominant du classement des résultats *naturels*²⁹, *PageRank* est également assisté par d'autres algorithmes qui tiennent notamment compte du texte d'encrage (« anchor text »)³⁰, du comportement des internautes face aux liens, de la récurrence des mots-clés, etc.³¹ À cet égard, il se murmure que le *ranking* de Google Search

²⁴ Littéralement, « classement de page », le nom *PageRank* provient du nom du co-fondateur Larry Page et du mot *rank* qui signifie classement en anglais.

²⁵ J. BAR-ILAN, « Manipulating search engine algorithms : the case of Google », *J. Inf. Comm. Ethics in Soc.*, vol. 5, n° 2/3, 2007, p. 157.

²⁶ Concrètement, *PageRank* donne un score au site pointeur sur une échelle de 0 à 10. Plus le score est élevé, plus le poids relatif du lien (« vote ») est élevé. Parmi les éléments que l'algorithme prend en considération, l'on relèvera notamment, le nombre de liens pointant vers un site, le nom de domaine, les mots-clés, les ancrés, etc. Voy. T. WOAN, « Searching for an Answer : Can Google Legally Manipulate Search Engine Results », *U. PA. J. Bus. L.*, vol. 16, n° 1, 2013, p. 298.

²⁷ P. YONNET, « Le *PageRank* en 2009 : mythe ou réalité », *Abondance.com – Lettre 'Recherche & Référencement'*, n° 105, 2009, p. 17, disponible à l'adresse suivante <http://goo.gl/2021XE> (dernière consultation le 31 mars 2015). Voy. également, A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 167 ; G. LASTOWKA, « Google's Law », *Brook. L. Rev.*, vol. 73, n° 4, 2008, p. 1337.

²⁸ Voy. en ce sens, P. YONNET, « Le *PageRank* en 2009 : mythe ou réalité », *op. cit.*, pp. 17-26 ; A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, pp. 166-168.

²⁹ Les résultats naturels, ou organiques, s'opposent aux résultats commerciaux, ou sponsorisés, qui ne sont pas affichés en fonction de leur pertinence. Voy. *infra*. §4., pp. 11 et s.

³⁰ Le texte d'encrage est la partie visible et cliquable du lien hypertexte.

³¹ J. BAR-ILAN, « Manipulating search engine algorithms : the case of Google », *op. cit.*, p. 157 ; A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 168 ; J. FARCHY et C. MEADEL, « Moteur de recherche et référencement : chassez le naturel... », *op. cit.*, p. 148.

tiendrait compte de plus de deux cents facteurs différents et serait modifié plus de quatre cents fois par an³².

Comme nous le verrons dans la seconde partie de ce mémoire, la méthode de classement de Google est au cœur des plaintes soumises par de nombreux acteurs du Web. En effet, cette célèbre « potion magique » n'est accessible qu'à de rares privilégiés du Googleplex³³ et la composition de ses ingrédients n'est connue que dans ses grandes lignes par le reste du monde. L'entreprise de Mountain View se défend de ce manque de transparence en pointant du doigt les sites spécialisés dans l'optimisation des résultats (*Search Engine Optimization* ou « *SEO* ») qui tentent de déjouer le système. Il est vrai que ces professionnels du référencement profitent du fait qu'il est devenu crucial pour la grande majorité des sites Web d'apparaître dans la première page des résultats naturels – voir même dans les toutes premières places du classement – pour les convaincre de recourir à leurs services d'optimisation³⁴. Néanmoins, l'argument n'est que peu satisfaisant, d'autant plus lorsque l'on sait que la société californienne aurait *manuellement* détourné *PageRank* de sa finalité première qui est d'organiser l'information de la manière la plus neutre et pertinente que possible.

§4. L'affichage des résultats

Pour l'internaute, mais également et surtout pour les entreprises, l'interface utilisateur du moteur de recherche joue un rôle crucial, puisqu'il constitue l'environnement dans lequel les résultats seront présentés en réponse à une requête. Cette dimension, on le verra, acquiert une acuité particulière dans le contexte de Google Search, lui qui s'apparente aujourd'hui à un véritable portier du Web.

D'une manière générale, l'interface utilisateur a pour fonction d'assister les internautes en facilitant le plus possible leur expérience de recherche. L'aisance avec laquelle ces derniers peuvent accéder aux résultats qu'ils souhaitent obtenir en

³² M. PALMER, « Formulas at heart of Google complaint », *Financial Times*, 25 février 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/7087EU> (dernière consultation le 25 mars 2015).

³³ Le Googleplex est le siège de Google, situé à Mountain View.

³⁴ En substance, les professionnels du SEO proposent aux entreprises différentes techniques qui permettent de faire grimper artificiellement la position de leurs sites Internet. Google distingue les bonnes techniques (« *white hat* »), des mauvaises (« *black hat* ») en acceptant les premières et en chassant les secondes par la mise en place de filtres algorithmiques. Pour des précisions sur ces questions, voy. à titre surabondant, O. ANDRIEU, *Réussir son référencement web : Stratégies et Techniques SEO*, *op. cit.*, pp. 1-657.

réponse à leur requête est donc un aspect crucial³⁵. Typiquement, un moteur de recherche affiche ses résultats dans une page Web sous la forme d'une liste de liens bleus classés en fonction de leur pertinence. Chaque lien contient, en principe, le nom ou le titre du contenu, son adresse de localisation (l'« URL » ou « Uniform Resource Locator »), ainsi qu'un bref sommaire ou un extrait du contenu en question (« bribe » en français, ou « snippet » en anglais)³⁶. En outre, l'interface propose également à l'utilisateur différents outils qui lui permettront d'affiner sa recherche ou les résultats affichés. Pensons par exemple, aux différentes options linguistiques, temporelles ou aux formats des fichiers (Word, PDF, XLM, etc.).

Lorsque la page de résultats s'affiche à l'écran, l'internaute est confronté à deux types de liens, à savoir les liens « organiques » (car procédant de la substantifique moelle du moteur de recherche) ou « naturels » (car générés sans l'intervention d'un processus publicitaire ou financier) et les liens « commerciaux » ou « sponsorisés ». Dans le contexte de Google Search, la première catégorie de liens occupe le centre de la page de résultats alors que la seconde est généralement placée en marge de la première, dans un encadré qui s'affiche soit au-dessus, soit à droite des liens organiques³⁷. Comme nous le verrons, le positionnement des liens commerciaux dans la page de résultats de Google Search n'est pas déterminé sur base d'un critère de pertinence, mais se monnaie à prix d'or³⁸.

Section II. Google et la recherche horizontale, verticale... universelle ?!

Sous-section I. Recherche horizontale (générale) et recherche verticale (spécialisée) ?

³⁵ Pour un exposé compréhensible des différents aspects de l'interface utilisateur d'un moteur de recherche, voy. M. A. HEARST., *Search User Interfaces*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, spéc. le premier chapitre, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/71VHoS> (dernière consultation le 26 mars 2015).

³⁶ J. GRIMMELMANN, « The Structure of Search Engine Law » *op. cit.*, p. 9.

³⁷ Pour un exemple d'une page de recherche standard sur Google, voy. Annexe II.

³⁸ Voy. *infra*. Chap II., pp. 15 et s. L'on relèvera utilement que certaines études suggèrent que de nombreux internautes – jusqu'à 40% d'entre eux – ne sont pas conscients du fait que les liens commerciaux *AdWord* ne sont pas générés de la même manière que les liens naturels (voy. B. CHARLTON, « 40% of consumers are unaware that Google Adwords are adverts », 28 février 2013, *Econsultancy*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/L1yh4H> (dernière consultation le 17 mars 2015).

L'une des clés de l'affaire *Google* que nous traiterons dans la seconde partie de ce mémoire concerne la distinction qu'il y a lieu d'opérer entre les services de recherche *horizontaux* d'une part, et les services de recherche *verticaux*, d'autre part.

Dans la psyché collective, l'allusion aux moteurs de recherche est le plus souvent évocatrice de moteurs tels que Google Search, Yahoo ! et Bing. Ceux-ci partagent un point commun qui est celui d'être des moteurs de recherche dits *horizontaux* ou *généralistes*, en ce sens qu'ils indexent des pans très larges du Web afin de générer des résultats pouvant toucher à des domaines multiples et variés. D'une manière simplifiée, ces moteurs sont susceptibles de fournir une réponse à n'importe quelle requête émanant d'un utilisateur, que celle-ci ait trait au sport, à la santé, aux études, etc.³⁹

Néanmoins, la Toile foisonne de moteurs de recherche d'un autre genre dont le fonctionnement est quasiment identique à celui de leurs cousins à ceci près que leur index ne contient que des pages spécifiques à un segment particulier, propre au domaine de prédilection du moteur⁴⁰. Dans le jargon, ces derniers sont appelés moteurs de recherche *verticaux*, *spécialisés* ou encore *thématiques*. Avec eux, la recherche en ligne va droit au but, puisque focalisée sur une thématique déterminée. Pensons à Kelkoo qui opère un comparateur de prix de produits marchands⁴¹. Citons également Stepstone, spécialisé dans la recherche d'offres d'emploi⁴² ou à Jura pour la recherche juridique en ligne⁴³.

Dans le contexte de Google et des autres grands exploitants de moteurs généralistes, le « *péché originel* ⁴⁴ » fut de s'intégrer verticalement en développant des services « maison » en sus de leur offre de recherche horizontale. Les années passant, Google, pour ne citer qu'elle, a ainsi développé une vaste gamme de services thématiques souvent méconnue du public. En effet, si l'on ne doute pas que le lecteur ait déjà eu recours aux services Google « *Maps* », « *YouTube* » ou Google « *Images* », il est en

³⁹ A. LANGFORD, « gMonopoly : Does Search Bias Warrant Antitrust or Regulatory Intervention ? », *Indiana. L. J.*, vol. 88, n° 4, 2013, p. 1564, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/xBGfbu> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁴⁰ P. MENKOUÉ, « Moteurs de recherche spécialisés : et si on allait droit au but ? », *Thot Cursus*, 27 novembre 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/df4ISq> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁴¹ Voy. <http://www.kelkoo.fr/info-societe/a-propos-de-kelkoo> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁴² Voy. <http://www.stepstone.be/A-propos-de-StepStone/> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁴³ Voy. <http://goo.gl/bmlbFw> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁴⁴ D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 8, n° 3, 2012, p. 461.

revanche moins certain que ce dernier ait eu vent de Google « *Brevets* » ou de Google « *Recettes* »⁴⁵. Comme nous le verrons, l'entreprise californienne a l'appétit vorace du pouvoir et aimerait étendre sa sphère d'influence dans ces niches de marché. Toute la question sera de savoir si les pratiques qu'elle déploie afin d'y parvenir relèvent de la concurrence par les mérites ou de l'abus de position dominante.

Sous-section II. Changement de paradigme ? Des « dix liens bleus » à la recherche « Universelle »

L'Internet – la recherche en ligne en particulier – est en constante mutation ce qui nous obligera à examiner l'allégation qui voudrait que « *as with any highly dynamic sector, the speed with which state of the art becomes state of the past supports a mildly Schumpeterian suspicion that antitrust interventions may find it hard to keep pace with the market* »⁴⁶.

En effet, il y a de cela une décennie, la Toile comportait deux segments, à savoir les sites Web et les moteurs de recherche, dont les rôles étaient clairement définis⁴⁷ : les premiers se chargeaient d'alimenter le Web en informations et en contenus tandis que les seconds se contentaient de faciliter l'accès à ces nouveaux trésors numériques. La fonction paradigmatique des moteurs de recherche était donc de fournir, en réponse à une requête, une série de « dix liens bleus » censée constituer le summum de la pertinence⁴⁸.

Ce paradigme va pourtant être renversé lorsqu'en mai 2007, Google introduisit la recherche « Universelle »⁴⁹. Comme nous le verrons, ce service est au cœur de l'argumentaire avancé par les défenseurs de la société de Mountain View pour discréditer les allégations de discrimination dans les résultats naturels de Google Search.

De quoi parlons-nous exactement ? L'on vient de voir que le « péché originel » des

⁴⁵ M. Karch reprend de manière non-exhaustive certains moteurs verticaux développés par Google ces dernières années. Outre ceux repris dans le corps du texte, l'on retrouve, notamment, les services Google « Play », « Book Search », « Catalogs », « Blog Search », « U.S. Government Search », « Custom Search », « Scholar », « Product Search » (devenu « Shopping »), « Trends », « Finance », « News », « Local Search », « Flights », in M. KARCH, « Vertical Search Engine », *About.com*, s.d., disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Vbu9AG> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁴⁶ D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *op. cit.*, p. 460.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 461.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 461.

⁴⁹ D. SULLIVAN, « Google Launches 'Universal Search' & Blended Results », *SearchEngineLand.com*, 16 mai 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/3L3eCe> (dernière consultation le 27 mars 2015).

exploitants de moteurs de recherche *horizontaux* – avec Google en chef de file – fut de s'intégrer verticalement en développant toute une série de services thématiques. Toutefois, il y a huit ans, Google entama une nouvelle révolution lorsqu'elle décida d'intégrer dans les pages de résultats de son moteur généraliste des liens issus de ses autres bases de données (par ex. des résultats de Google « *Images* », de Google « *Maps* », de « *YouTube* », etc.)⁵⁰. Rapidement imité par Bing et Yahoo⁵¹, ce modèle marquerait, selon certains, la fin de la distinction traditionnelle entre les moteurs de recherche et les sites Web qu'ils indexent⁵². L'ère des « dix liens bleus » est révolue, avancent-ils. Le présent, pour les moteurs de recherche, ne serait plus seulement de fournir *l'accès* à l'information contenu sur le Web, mais également de fournir *directement* l'information brute⁵³.

En Europe, ceci signifie concrètement que la quasi-totalité des recherches sur Internet commence avec Google Search et se termine avec Google Search, puisqu'il n'est plus nécessaire de quitter sa page de résultats⁵⁴. Comme nous le verrons, c'est cet effacement progressif des frontières séparant la recherche en ligne et la fourniture de contenu qui a éveillé les critiques à l'encontre de la firme de Mountain View.

L'omniprésence de Google et l'écosystème qu'elle a ainsi créé sont une réalité indiscutable dont l'impact ne peut être sous-estimé. Ceux-ci posent également la question, logique, de sa survie économique, ce que nous examinons dans le chapitre qui suit.

Chapitre II. Le modèle économique de Google : devenir la plus grande agence de publicité du monde

Procéder à un examen de Google sous l'angle du droit de la concurrence serait vain à défaut de comprendre les bases de son modèle économique. Le parti pris dans ce

⁵⁰ Voy. Annexe III. pour un exemple.

⁵¹ L. BAKER, « Yahoo Search Launches Google Killer : Search Assist, Videos, Flickr Integration », *SearchEngineJournal.com*, 2 octobre 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/vQr5nW> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁵² D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *op. cit.*, p. 462.

⁵³ *Ibid.*, pp. 461-462.

⁵⁴ D'autant plus que de nombreux utilisateurs définissent Google Search comme page d'accueil sur leur navigateur Internet. Voy. J. COMM, *The AdSense Code: What Google Never Told You about Making Money with AdSense*, 2^{ème} éd., New York, Morgan James Publishing, 2010, p. 72.

mémoire sera toutefois de dissocier les éléments marketing du modèle de ses éléments juridico-économiques. À notre sens, ces derniers ne peuvent être véritablement appréhendés qu'à la suite d'une analyse du « marché » des moteurs de recherche et de la théorie des marchés à versants multiples, laquelle est intimement liée à l'exercice de définition du marché pertinent en droit de la concurrence. Par conséquent, le présent chapitre sera consacré aux deux services qui ont fait de Google « *la plus grande agence de publicité du monde* »⁵⁵, à savoir *AdWords* (Section I.) et *AdSense* (Section II.). La mise en exergue de ce que nous appellerons la gratuité *payante* de Google est, quant à elle, reportée au segment dévoué à la caractérisation de la plateforme⁵⁶.

Section I. *AdWords*, ou quand Google révolutionne le monde de la publicité en ligne

À l'instar de certains médias traditionnels, la clé de voûte du modèle économique de la grande majorité des moteurs de recherche repose sur un système de publicité⁵⁷. Paradoxalement, il est à noter qu'à ses débuts, Google s'abstenait d'y recourir, se distinguant ainsi de ses rivaux de par la simplicité et la pureté de ses pages de résultats. À l'époque, ses fondateurs craignaient qu'un tel modèle d'affaires conduise inexorablement au biais des résultats en faveur des annonceurs⁵⁸. Pourtant, c'est bien Google qui révolutionna le monde de la publicité en ligne lorsqu'elle donna naissance au programme *AdWords*⁵⁹ dans le courant du mois d'octobre 2000⁶⁰.

⁵⁵ L'expression est de P. Laloux, in P. LALOUX, « Google bafoue la neutralité du Net », *Le Soir*, 16 juillet 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jdCsgH> (dernière consultation le 21 avril 2015).

⁵⁶ Voy. *infra*. Partie II., Chap., II., pp. 27 et s.

⁵⁷ P. FRIDENSON, « Une entreprise de sélection : Google », *Entreprises et histoire*, vol. 43, n° 2, 2006, pp. 47-57.

⁵⁸ A. VANBERG, « From Archie to Google – Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law », *E. J. L. & Tech.*, vol. 3, n° 1, 2012, p. 4. En effet, à l'origine, les fondateurs de Google espéraient pouvoir donner en licence leur technologie et ainsi générer des revenus exclusivement par le biais des redevances.

⁵⁹ En anglais, le terme « AdWords » provient des mots « Ad » (qui est le diminutif d' « Advertising » ou publicité en français) et « Words » (ou « mots ») en français. Voy. pour de plus amples détails, J. BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, New York, Portfolio, 2005, p. 115.

⁶⁰ Voy. <http://www.google.com/about/company/history/#2000> (dernière consultation le 27 mars 2015).

AdWords est un système particulier de publicités contextuelles⁶¹ qui permet de générer des annonces sous forme de liens textuels apparaissant sur la page de résultats à la suite d'une requête formulée par un utilisateur, dont les mots-clés auront été préalablement achetés par des annonceurs. Plus concrètement, le programme permet à des annonceurs d'acquérir aux enchères des mots-clés qui, lorsque tapés par l'internaute dans la barre de recherche, déclenchent l'apparition instantanée d'une annonce, en marge des résultats naturels dans un cadre intitulé « Lien commercial »⁶².

La révolution véhiculée par *AdWords* s'est faite en deux temps : en premier lieu, Google a su imposer le modèle du paiement au clic (« Coût par Clic » ou « CPC »). Grâce à ce système, et contrairement à d'autres médias où le paiement s'effectue à la vue de l'annonce (« Coût pour Mille » ou « CPM ») ou à sa conversion (« Coût par Action » ou « CPA »)⁶³, l'annonceur ne rémunère Google que dans la mesure où les internautes cliquent sur son lien publicitaire. Or, comme nous le verrons par la suite, l'objectif premier de l'annonceur est d'obtenir l'attention des internautes. De ce fait, la tarification au CPC lui apporte une garantie qui est celle de ne payer que pour une visite réelle de son site et non plus pour la promesse d'une telle visite⁶⁴.

En second lieu, il y a eu l'invention du *Quality Score*⁶⁵. Cet outil dont Google est la détentrice exclusive est un élément central du dispositif de positionnement des annonces. En effet, à l'inverse des résultats organiques, le *ranking* des liens commerciaux ne suit plus la logique démocratique du plébiscite, mais bien celle du numéraire. Sur Google Search, la place dans les liens sponsorisés s'achète au prix fort via un mécanisme d'enchère au second prix⁶⁶. Toutefois, la position de l'annonce et le

⁶¹ Dans le jargon marketing, la publicité contextuelle sur Internet vise toutes les publicités prenant la forme de liens texte apparaissant dynamiquement en fonction du contenu textuel de la page (voy. <http://goo.gl/Sd65lc> (dernière consultation le 27 mars 2015)).

⁶² A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, op. cit., p. 139.

⁶³ Dans le paiement à la vue, l'annonceur paie un prix à chaque fois que sa publicité apparaît à l'écran (généralement, le prix est fixé pour mille affichages). Avec le paiement à la conversion, l'annonceur ne délègue la bourse que dans la mesure où l'internaute effectue un achat sur son site ou remplit un formulaire sur celui-ci.

⁶⁴ Voy. P. PERRI, *Google, un ami qui ne vous veut pas que du bien*, op. cit., p. 34.

⁶⁵ Nous nous limitons une nouvelle fois aux fondamentaux de l'outil que constitue le *Quality Score*, tout en renvoyant le lecteur vers des contributions plus abouties qui y consacrent de plus long développements. Voy. not. G. A. MANNE et J. D. WRIGHT, « Google and the Limits of Antitrust : The Case Against the Case Against Google », *Harv. J. L. & Pub. Policy.*, vol. 34, n° 1, 2013, pp. 203-206 et 239-244.

⁶⁶ Ce système d'enchère au second prix est inspiré de travaux des économistes Vickrey, Clarke et Groves. Pour une analyse voy. not. M. HERZ, « Google Search and the Law on Dominance in the EU. An Assessment of the Compatibility of Current Methodology with Multi-Sided Platforms in Online

prix effectivement payé par l'annonceur dépendent également de la qualité de l'annonce, laquelle est déterminée par le *Quality Score* : « plus l'annonce sera pertinente pour l'utilisateur, plus le prix au clic sera bas et mieux l'annonce sera placée »⁶⁷. À l'instar de *PageRank* pour les résultats naturels, la formule du *Quality Score* est hautement secrète, ce qui rend l'ensemble du système de classement des résultats (naturels et commerciaux) particulièrement opaque et sujet à critique, puisque « *Google's expertise with the former feeds its implementation of the latter, causing Google's search to render its advertising 'sticky'* »⁶⁸. Certains auteurs plaident même que « *c'est {Google Search} qui aiguille les internautes vers tel ou tel site à partir des mots-clés – il fait le classement –, mais dans le même temps, il est capable d'évaluer celui qui lui rapportera le plus d'argent. Il pourrait être tenté de mettre en avant les sites les plus rentables...* »⁶⁹. Nous le verrons, l'affaire *Google* examinée dans la seconde partie de ce mémoire cristallise toutes ces critiques.

Section II. AdSense, ou quand Google se mue en régie publicitaire

Avec *AdWords*, Google s'est transformée en agence de publicité. La mise en ligne du service *AdSense* en 2003 a, quant à elle, fait de l'entreprise de Mountain View la plus grande régie publicitaire au monde. En effet, *AdSense*, est avant tout « *un partenariat dans lequel Google agit comme un réseau de syndication qui perçoit des revenus et en reverse une partie à ses partenaires* ». Quels en sont les dessous ? L'idée est de permettre à des éditeurs de sites Web de générer des revenus en s'affiliant à Google afin que celle-ci place, telle une régie publicitaire, des liens textuels qui apparaîtront au sein du site partenaire et non plus dans la page de résultats du moteur de recherche. Habituellement présentées dans des encarts, les annonces sont contextualisées, en ce sens qu'elles correspondent aux principaux thèmes abordés par le site partenaire, d'où l'intérêt pour l'annonceur, dont la réclame touche un public

Search », *U. Groningen*, 2015, pp. 16-20, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2497932> (dernière consultation le 27 mars 2015).

⁶⁷ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 183.

⁶⁸ K. DEVINE, « Preserving Competition in Multi-Sided Innovative Markets : How Do You Solve a Problem Like Google ? », *N. C. J. Law. & Tech.*, vol. 10, n° 1, 2008, p. 75.

⁶⁹ P. PERRI, *Google, un ami qui ne vous veut pas que du bien*, *op. cit.*, p. 34.

particulièrement ciblé⁷⁰. Toutefois, dans la mesure où les algorithmes de Google ont également égard au texte du site pour le faire correspondre avec des publicités, l'on n'est jamais à l'abri de situations drôlettes : par exemple, « *a website describing the Greek goddess Nike might display AdSense advertisements for Nike sneakers* »⁷¹.

AdSense est en réalité intrinsèquement corrélé à son aîné *AdWords*, ce qui contribue à renforcer la dépendance, à tout le moins partielle, des annonceurs et des petits éditeurs à l'égard de Google. En effet, les annonces proposées sont puisées dans l'immense base d'annonceurs ayant recours à *AdWords* ce qui, par ailleurs, « *génère des corrélations entre les annonceurs (ayant réservé des mots-clés révélant leurs préférences) et le contenu d'un site* »⁷². Dès qu'un internaute clique sur une publicité *AdSense*, l'éditeur touchera un pourcentage du montant versé par l'annonceur à Google en rémunération du trafic ainsi généré^{73 74}.

Chapitre III. Conclusion

Google est une innovatrice, cela ne fait aucun doute. Son coup de génie fondateur, *PageRank*, lui a permis de surclasser la concurrence et a fait d'elle un synonyme de la recherche horizontale en ligne en Europe. Après tout, ne dit-on pas « googliser » ou « googler »⁷⁵?

Plus efficace, plus rapide et plus ergonomique, son moteur généraliste, Google Search, a su se rendre indispensable aux yeux d'internautes en mal de repères dans la forêt toujours plus vaste de l'Internet. De fait, en leur fournissant une cartographie

⁷⁰ D. DIALLO, « Comment des start-up deviennent des grands groupes mondiaux : le cas de Google », *Vie & sciences de l'entreprise*, n° 3-4, 2007, p. 54, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/68w0Nr> (dernière consultation le 27 mars 2015); A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, op. cit., p. 143.

⁷¹ G. LASTOWKA, « Google's Law », op. cit., p. 1349.

⁷² A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, op. cit., p. 143. En ce sens, G. LASTOWKA, « Google's Law », op. cit., p. 1349.

⁷³ J. BATTELLE, *The Search: How Google and Its Rivals Rewrote the Rules of Business and Transformed Our Culture*, op. cit., pp. 151-152.

⁷⁴ L'on précisera qu'à l'heure actuelle, Google propose deux services principaux à son réseau *AdSense*, à savoir « *AdSense for Content* » (AFC) et « *AdSense for Search* » (AFS). Dans le premier, Google place des annonces contextuelles sur certaines pages du site Web d'un éditeur partenaire. Le second requiert, quant à lui, que l'éditeur partenaire ait d'abord incrusté un moteur de recherche Google sur son site (voy. par ex. <http://www.uclouvain.be/drt.html>). Une fois ce préalable réalisé, le service AFS placera des annonces liées aux recherches servies par ce moteur de recherche.

⁷⁵ À cet égard, le Petit Larousse 2014 a intégré les verbes « googliser » et « googler » dans son dictionnaire (M. AISSAOUI, « 'Cougar', 'googliser' et Bernard Pivot dans Le Petit Larousse 2014 », *Le Figaro*, 29 mai 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/tQe0DS>).

précise et ordonnée de la Toile, celui-ci est parvenu à introduire de la certitude dans un monde incertain.

Profitant de cet engouement spectaculaire, l'entreprise de Mountain View s'est ensuite mise en tête de chambouler les schémas classiques de distribution des contenus en ligne. En effet, non contente d'assouvir la curiosité de ses internautes, elle s'est progressivement intégrée verticalement en déployant une multitude de services thématiques : des livres à la cartographie en passant par la vidéo en ligne et la comparaison de prix, Google est partout et vogue de succès en succès (à de rares exceptions près)⁷⁶. D'autant plus qu'avec l'introduction de la fonction « Recherche Universelle », il n'est parfois même plus nécessaire de quitter sa page de résultats.

Toutefois, ses innovations ne se limitent pas à créer des produits disponibles pour le plus grand nombre. L'objectif mercantile est inhérent au business modèle mis en place et se développe de plus en plus (par exemple, il a été annoncé récemment que *YouTube*, plateforme vidéo gratuite, contiendrait des contenus où les annonceurs devront payer au préalable).

Ayant succinctement exposé le volet marketing du modèle d'affaire de Google au travers de ses programmes phares, *AdWords* et *AdSense*, il nous semble opportun de clôturer cette première partie en reprenant quelques chiffres qui illustrent l'ampleur de son succès. En 2001, la société devient bénéficiaire pour la première fois et ne cesse de croître depuis plus d'une décennie. Rien que sur l'année 2014, elle a généré 66 milliards de dollars⁷⁷ et son bénéfice net se chiffre à 14,4 milliards de dollars, une hausse de 12 % sur l'année précédente⁷⁸. Pour les produits marketing, relevons qu'*AdSense* représente 21,2 % des revenus de Google en 2014, tandis que *AdWords* en représente 68,3 %⁷⁹. C'est dire l'importance de ces deux outils.

⁷⁶ Voy. par exemple l'échec du projet des lunettes connectées, Google Glass (N. BILTON, « Why Google Glass Broke », *International New York Times*, 4 février 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/sPplnW> (dernière consultation le 21 avril 2015).

⁷⁷ Voy. Annexe IV.

⁷⁸ X., « Google déçoit malgré un bénéfice net annuel en hausse de 12% », *Les Echos*, 29 janvier 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/9sFIJX> (dernière consultation le 15 avril 2015).

⁷⁹ Voy. <http://goo.gl/28IYtr> (dernière consultation le 27 mars 2015).

Partie II. Le droit de la concurrence de l'UE confronté aux défis cornéliens posés par Google

Quelle qu'en soit l'issue, l'affaire *Google* fera date dans l'histoire du droit de la concurrence de l'UE. L'ouverture d'une enquête formelle par la Commission européenne et les multiples tergiversations qui l'ont émaillée sont l'illustration d'une volte-face spectaculaire opérée par l'Europe vis-à-vis de la firme américaine. Encensée à ses débuts, perçue comme une pionnière de l'innovation, Google suscite aujourd'hui une « ire teutonique »⁸⁰ de la part des régulateurs de la concurrence qui tentent de démontrer que l'entreprise a abusé de sa position dominante.

S'inscrivant dans la lignée des affaires *Microsoft*⁸¹ et *Intel*⁸², le cas de Google confirme l'existence de tensions dans les relations qu'entretiennent les autorités de la concurrence et les grandes firmes high-tech. En effet, comme nous le constaterons tout au long de cette seconde partie, les défis que propose la firme de Mountain View sont nombreux, complexes et touchent à toutes les étapes de l'analyse concurrentielle. De la définition du marché pertinent (Chapitre II.), à l'examen des pratiques litigieuses (Chapitre IV.), en passant par l'appréciation de la dominance (Chapitre III.), nous verrons que le droit de la concurrence est parfois poussé dans ses retranchements et se trouve peut-être même à la croisée des chemins.

Chapitre I. L'affaire Google : état des lieux

À l'instar de l'affaire *Microsoft*, il y a de cela plus d'une décennie, l'affaire *Google* s'est muée en véritable « saga ». Cette fronde européenne, qui s'épaissit d'année en année, mêle de nombreuses plaintes officielles et officieuses décriant toutes l'opacité

⁸⁰ Nous empruntons la formule employée par Anne Sauerbrey, in A. SAUERBREY, « Why Germans Are Afraid of Google », *International New York Times*, 10 octobre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/xfXFQn> (dernière consultation le 19 février 2015).

⁸¹ Chronologiquement : Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, aff. COMP/C-3/37.792, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/30Folr> (dernière consultation le 20 avril 2015) ; T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, aff. T-201/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. II-03601.

⁸² Chronologiquement : Commission européenne, décision du 13 mai 2009 – *Intel*, aff. COMP/C-37.990, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jaN9SA> (dernière consultation le 19 avril 2015) ; Trib. (7^{ème} ch.), arrêt du 12 juin 2014 – *Intel c. Commission*, aff. T-286/09, non encore publié au *Rec.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QKQOH6> (dernière consultation le 19 avril 2015). L'affaire est actuellement pendante devant la Cour de justice qui est appelée à statuer sur le pourvoi formé par Intel.

de celle qui est devenue la « *vilaine préférée de l'Europe* »⁸³. À l'heure de prendre la plume, le dénouement de l'affaire n'a jamais semblé aussi proche, Margrethe Vestager – la nouvelle commissaire de l'UE pour la concurrence – ayant récemment annoncé la notification d'une communication des griefs à Google pour abus de position dominante⁸⁴. Après près de cinq années de tergiversations, un état des lieux nous paraît donc opportun.

Tout commence en février 2010 lorsque trois exploitants de moteurs de recherche verticaux décidèrent d'exhorter la Commission européenne à examiner certaines pratiques commerciales auxquelles s'adonnerait Google. Selon Foundem (un comparateur de prix anglais) et eJustice.fr (un moteur de recherche juridique français), l'entreprise californienne procéderait au déclassement arbitraire de leur site Web respectif dans ses pages de résultats. Un troisième site Internet, Ciao ! (un site de vente en ligne allemand détenu par Microsoft depuis 2008), dénonçait quant à lui la teneur de certaines clauses contractuelles que lui imposerait Google dans le cadre du programme de régie publicitaire *AdSense*^{85 86}. Cinq mois plus tard, le commissaire de la concurrence en fonction à l'époque, Joaquin Almunia, annonçait que sa direction générale examinait « *très attentivement certaines allégations concernant des comportements anticoncurrentiels sur les marchés de la recherche en ligne* »⁸⁷. Force est de constater que les entretiens qui ont dû se tenir à Bruxelles n'ont pas su rassurer la Gardienne des traités, puisque le 30 novembre de la même année celle-ci décidait d'ouvrir une enquête approfondie à l'encontre de Google pour abus de position

⁸³ S. KAUFFMAN, « Google: Europe's Favorite Villain », *International New York Times*, 19 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/n0RpZC> (dernière consultation le 19 avril 2015).

⁸⁴ M. VESTAGER, « Statement by Commissioner Vestager on antitrust decisions concerning Google », Bruxelles, 15 avril 2015, STATEMENT/15/4785, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/6AOuJ9> (dernière consultation le 20 avril 2015).

⁸⁵ X., « New Complaints Filed Against Google in Europe », *International New York Times*, 23 février 2010, <http://goo.gl/TA5TnZ> (dernière consultation le 18 février 2015) ; M. PALMER, « Formulas at heart of Google complaint », *op. cit.* (voy. note n° 32).

⁸⁶ Notons que dans un premier temps, Ciao ! avait porté son affaire devant l'autorité de la concurrence allemande. Voy. E. PFANNER, « An Antitrust Complaint for Google in Germany », *International New York Times*, 18 janvier 2010, disponible à l'adresse : <http://goo.gl/xHy83f> (dernière consultation le 18 février 2015) ; X., « L'autorité de la concurrence allemande scrute les activités de Google », *L'Expansion.com*, 18 janvier 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QCGTEr> (dernière consultation le 18 février 2015).

⁸⁷ J. ALMUNIA, « Competition in Digital Media and the Internet », UCL Jevons Lecture, Londres, 7 juillet 2010, SPEECH/10/365, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/T7j5iF> (dernière consultation le 18 février 2015), également disponible en format vidéo à l'adresse suivante : <http://goo.gl/PY3OfE> (aux environs de la dix-septième minute). Voy. également, ASSOCIATED PRESS, « E.U. Antitrust Chief Looking at Google Allegations », *International New York Times*, 7 juillet 2010, <http://goo.gl/8xP2cd> (dernière consultation le 18 février 2015).

dominante dans le domaine de la recherche en ligne⁸⁸. Si elle prenait le soin de préciser que cette procédure « *n'impliquait pas que la Commission possède des preuves de l'existence d'une infraction* »⁸⁹, il n'en demeure pas moins que l'entreprise californienne faisait déjà l'objet d'une surveillance accrue de la part de plusieurs autorités nationales de la concurrence, « *de quoi donner du grain à moudre à Bruxelles* »⁹⁰.

À l'époque de l'ouverture de l'enquête formelle, la Commission indiquait qu'elle concentrerait ses efforts sur des éléments qui permettraient de démontrer que Google :

- (i) Favoriserait artificiellement ses propres services verticaux au détriment de ses concurrents en leur accordant un placement préférentiel dans ses pages de résultats organiques.
- (ii) Défavoriserait les moteurs de recherche verticaux concurrents en abaissant leur classement dans ses résultats naturels.
- (iii) Augmenterait le prix par clic des liens sponsorisés de services de recherches verticaux concurrents en dégradant leur « Score de Qualité ».
- (iv) Imposerait à ses partenaires commerciaux – annonceurs et fournisseurs d'ordinateurs et de logiciels – des clauses d'exclusivité afin de les empêcher d'avoir recours à des concurrents⁹¹.
- (v) Restreindrait volontairement la portabilité des campagnes publicitaires en ligne vers des plateformes concurrentes.

Le 21 mai 2012, alors que la liste des plaignants n'a fait que s'allonger, J. Almunia rendait publiques les conclusions préliminaires de l'enquête. À suivre la Commission,

⁸⁸ Voy. Commission européenne, communiqué de presse, « Antitrust: La Commission enquête sur des allégations d'infraction aux règles antitrust par Google », Bruxelles, 30 novembre 2010, IP/10/1624, disponible à l'adresse <http://goo.gl/tRJNMq> (dernière consultation le 18 février 2015) (Affaires COMP/C-3.39.740 – *Foundem/Google*, COMP/C-3.39.775 – *Ejustice/Google* et COMP/C-3.39.768 – *Ciao/Google*); T. BRADSHAW et N. TAIT, « Brussels to look closely at Google probe », *Financial Times*, 7 juillet 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QHsE2A> (dernière consultation le 18 février 2015).

⁸⁹ Commission européenne, communiqué de presse, « Antitrust: La Commission enquête sur des allégations d'infraction aux règles antitrust par Google », *op. cit.* (voy. note n° 88).

⁹⁰ X., « Google truque-t-il les résultats de son moteur à son profit ? », *L'Expansion.com*, 30 novembre 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/GGzVO4> (dernière consultation le 18 février 2015).

⁹¹ Par exemple, en interdisant aux annonceurs publicitaires de placer certains types de publicité sur leurs sites internet ou en imposant aux fournisseurs d'ordinateurs et de logiciels d'assurer l'installation par défaut de son moteur de recherche. Voy. notre analyse, *infra*. Partie II., Chap. IV., pp. 151 et s.

quatre sujets distincts de préoccupation de concurrence ont été identifiés⁹² :

- (i) Tout d'abord, la première allégation concerne sans surprise les questions de traitement préférentiel qu'accorderait Google à ses propres moteurs thématiques ;
- (ii) Ensuite, la Commission s'est dite concernée par l'utilisation sans autorisation de contenus de moteurs de recherche verticaux concurrents, tels que les avis d'internautes et les articles de presse ;
- (iii) En outre, Google aurait imposé à certains de ses partenaires commerciaux des clauses contractuelles excessivement restrictives, ce qui entrainerait une exclusivité de fait à son profit ;
- (iv) Enfin, l'entreprise californienne est accusée de limiter contractuellement et techniquement la portabilité de campagnes publicitaires lancées sur *AdWords*, vers des plateformes concurrentes.

Fidèle à sa réputation, plutôt que d'adresser directement à Google une communication des griefs, J. Almunia préféra opter pour la procédure d'engagements, sur base de l'article 7 du règlement 1/2003⁹³. Il est vrai qu'un an auparavant, la Cour avait jugé que « *dans un marché en forte croissance, l'article 102 TFUE exige d'intervenir le plus tôt possible, afin d'éviter que ne s'établisse et ne se consolide sur ce marché une structure concurrentielle faussée par la stratégie abusive d'une entreprise en position dominante sur ledit marché ou sur un marché voisin étroitement lié, c'est-à-dire intervenir avant que les effets anticoncurrentiels de cette stratégie ne se produisent* »⁹⁴.

⁹² J. ALMUNIA, « Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation », Bruxelles, 21 mai 2012, SPEECH/12/372, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/VUf7Q2> (dernière consultation le 13 avril 2015).

⁹³ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O.C.E.*, L 1, 4 janvier 2003, pp. 1-25 (ci-après le « Règlement (CE) n° 1/2003 »). Sur la question des engagements, voy. not. M. MEZAGUER, *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne. Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, vol. 39, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1-567, spéc. pp. 155-274 et 509-512 ; P. KIPIANI, *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles. Analyse des droits français, européen et américain*, coll. Bibliothèque de droit international et de droit de l'Union européenne, Paris, L.G.D.J., 2014, pp. 1-596.

⁹⁴ C.J.U.E. (1^{ère} ch.), arrêt du 17 février 2011– *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-00527, point. 108. Voy. également J. ALMUNIA, « Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation », *op. cit.* (voy. note n° 92), à l'occasion duquel l'ancien commissaire déclarait qu'il « *believe that these fast-moving markets would particularly benefit from a quick resolution of the competition issues identified* ».

Depuis cette date, l'affaire a toutefois pris une allure rocambolesque, preuve qu'il s'agit probablement de l'affaire *antitrust* de la décennie. Car au total, ce ne sont pas moins de trois paquets d'engagements qui furent proposés par Google ; tous rejetés sous la pression des plaignants⁹⁵. La dernière itération avait pourtant été acceptée par J. Almunia, ce dernier allant jusqu'à déclarer que celle-ci était « *de nature à répondre aux préoccupations de la Commission* »^{96 97}. Le 30 juin 2014, l'ancien commissaire pour la concurrence semblait même vouloir taper du poing sur la table en annonçant que les plaignants s'étaient tous vus notifier une lettre de pré-rejet dans laquelle la Commission détaillait les motifs de sa satisfaction quant au dernier projet d'accord. Selon lui, l'enquête arrivait probablement à son terme⁹⁸.

Dans le même temps, il apportait plusieurs précisions utiles qui permettent de mieux cerner la portée de l'enquête. Ainsi, n'ont pas été incluses dans l'affaire que nous analyserons dans ce mémoire, mais font l'objet d'investigations séparées, les allégations relatives :

- (i) À l'utilisation, par Google, de sa position dominante dans le secteur de la recherche pour évincer les concurrents de ses services *Google+* et *YouTube* ;
- (ii) Aux termes et conditions qu'impose Google aux utilisateurs des services *AdWords* et *AdSense* ;

⁹⁵ Voy. pour la première version, Commission européenne, aff. COMP/C-39.740 – *Google*, communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, *J.O.C.E.*, C 120, pp. 22-25. Pour la seconde, voy. J. ALMUNIA, « The Google antitrust case : what is at stake ? », European Parliament hearing, Bruxelles, 1^{er} octobre 2013, SPEECH/13/768, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/MnkeSX> (dernière consultation le 13 avril 2015). Pour la dernière en date à ce jour, voy. J. ALMUNIA, « Statement on the Google investigation », Press conference, Bruxelles, 5 février 2014, SPEECH/14/93, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/VUoz1D> (dernière consultation le 15 avril 2015).

⁹⁶ Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante : la Commission obtient de Google un affichage comparable de ses concurrents dans la recherche en ligne spécialisée », Bruxelles, 5 février 2014, IP/14/116, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iFYkuo> (dernière consultation le 13 avril 2015).

⁹⁷ Pour des commentaires de ces projets d'engagements, voy. A. LAMADRID, « EU Google Commitments », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 6, n° 6, 2013, pp. 481-483 ; A. LEYDEN et M. DOLMANS, « The Google Commitments : Now with a Cherry on Top », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 5, n° 5, 2014, pp. 253-255 ; T. HÖPPNER et L. J. DAVIES, « The EU Competition Investigation of Internet Search. Why Google's market tested proposals for re-labelling and opt-out solutions do not suffice », *C. L. Rev. Int'*, vol. 14, n° 4, 2013, pp. 107-114.

⁹⁸ J. ALMUNIA, « Public policies in digital markets : reflections from competition enforcement », Chatham House Competition Policy Conference 2014, Londres, 30 juin 2014, SPEECH/14/515, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/dPNvpx> (dernière consultation le 13 avril 2015).

- (iii) À l'utilisation, par Google, des images provenant de sites Web tiers.
- (iv) À la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles en rapport avec l'écosystème *Android*.

Cependant, à quelques semaines de la fin de son mandat, c'est un J. Almunia sous le feu des critiques qui annonçait que les vingt plaignants officiels l'avaient convaincu – au moyen de preuves tangibles – de l'insuffisance des derniers engagements de Google⁹⁹. Autant le dire, ce énième rebondissement en a surpris plus d'un, d'autant plus que de nombreux commentateurs s'accordaient sur le caractère considérable des dernières concessions, certains allant même jusqu'à soutenir que « *{i}f the second revision of the commitments provided the 'icing on the cake', then the third iteration is surely the 'cherry on the top' »*¹⁰⁰.

Après quatre années d'hésitation, J. Almunia ne peut que constater l'échec de sa stratégie et c'est finalement M. Vestager qui aura la lourde tâche de mener le dossier à son terme.

Dans sa première allocution sur le sujet, la nouvelle commissaire de l'UE pour la concurrence concédait que « *{t}he issues at stake in our investigations have a big potential impact on many players, they are multifaceted and complex. I will therefore need some time to decide on the next steps »*¹⁰¹. Pourtant, moins de six mois après sa prise de fonction, force est de constater que M. Vestager a l'intention de reprendre les hostilités. Se distanciant de son prédécesseur, elle affirmait le 8 mars 2015 que « *{i}'t's very important not to make a habit out of settlements. {...} They are much more quick and much more smooth and everyone can move on, but still you need occasion to develop {case law} and only our judges and going to court can do that »*¹⁰². Le 15 avril 2015, la Commission adressait à Google une communication des griefs, lui

⁹⁹ J. ALMUNIA, « Trends and milestones in competition policy since 2010 », AmCham EU's 31st annual Competition Policy Conference, Bruxelles, 14 octobre 2014, SPEECH/14/689, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/HzFpLn> (dernière consultation le 13 avril 2015).

¹⁰⁰ A. LEYDEN et M. DOLMANS, « The Google Commitments : Now with a Cherry on Top », *op. cit.*, pp. 255.

¹⁰¹ M. VESTAGER, « Statement by Commissioner Vestager on Google antitrust investigations at the European Parliament (ECON committee meeting) », Bruxelles, 11 novembre 2014, STATEMENT/14/1646, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/IU3zqq> (dernière consultation le 20 avril 2015).

¹⁰² Propos de M. Vestager, relayés par C. OLIVER et A. BARKER, « Europe antitrust chief not afraid of starting a fight », *Financial Times*, 8 mars 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/8an2xt> (dernière consultation le 20 avril 2015).

faisant part de son avis préliminaire selon lequel l'entreprise abuse de sa position dominante en favorisant son comparateur de prix, « Google Shopping », dans les pages de résultats de son moteur généraliste¹⁰³. Elle précisait en outre qu'elle continuerait « d'enquêter activement sur le comportement de Google pour ce qui est de la présomption de traitement préférentiel d'autres services de recherche spécialisés ainsi que sur les trois autres points de préoccupation {précédemment relevés} (copie de contenus Web concurrents ou « moissonnage », publicité exclusive et restrictions indues imposées aux annonceurs) »¹⁰⁴. Enfin, elle annonçait l'ouverture d'une procédure formelle distincte concernant *Android*^{105 106}.

Chapitre II. La problématique du « marché » de Google

Il y a de cela une dizaine d'années, le Web 2.0 déferlait sur nos écrans d'ordinateur. Profitant d'un engouement spectaculaire de la part du public, cette nébuleuse de nouveaux services en ligne a connu un essor fulgurant qui s'est traduit par l'avènement d'une ère nouvelle où l'économie est une économie fondée sur la technologie, l'information et la connaissance¹⁰⁷. Les moteurs de recherches – Google Search en particulier – occupent une place particulière dans cette « Nouvelle Économie »¹⁰⁸ dans la mesure où ils endossent le rôle de cartographe de la Toile d'une part, et constituent des intermédiaires indispensables pour la conclusion de nombreuses transactions, d'autre part¹⁰⁹.

¹⁰³ Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante: la Commission adresse une communication des griefs à Google au sujet de son service de comparaison de prix », Bruxelles, 15 avril 2015, MEMO/15/4781, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/dqbvvr> (dernière consultation le 20 avril 2015).

¹⁰⁴ *Ibid.* (voy. note n° 103).

¹⁰⁵ Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante: la Commission ouvre une procédure formelle d'examen contre Google concernant le système d'exploitation pour téléphones mobiles Android », Bruxelles, 15 avril 2015, MEMO/15/4782, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Vi8Gq1> (dernière consultation le 20 avril 2015).

¹⁰⁶ L'on précisera d'ores et déjà que, dans la mesure où l'autorité européenne de la concurrence n'a pas écarté la possibilité d'une communication des griefs portant sur les autres sujets de préoccupation, nous avons choisi de les intégrer dans notre analyse.

¹⁰⁷ Certains vont même jusqu'à parler d'une économie de l'attention, voy. A. ISKOLD, « The Attention Economy : an Overview », *Readwrite.com*, 1^{er} avril 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/8ZCQPe> (dernière consultation le 13 avril 2015).

¹⁰⁸ Nous reviendrons ultérieurement sur ce concept et sur les difficultés qu'il soulève (voy. *infra*. Chap III., pp. 60 et s.).

¹⁰⁹ En ce sens, voy. D. F. SPULBER, « The Map of Commerce : Internet Search, Competition, and the Circular Flow of Information », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 5, n° 4, 2009, pp. 633-682.

Quelques mois avant d'annoncer l'ouverture de l'enquête formelle à l'encontre de Google, J. Almunia qualifiait indirectement son moteur généraliste de plateforme « *biface* »¹¹⁰. Phénomène de mode, le concept de marché ou de plateforme multiface a largement été repris par la littérature économique – souvent à tort et à travers¹¹¹ – à tel point qu'il s'en est retrouvé travesti pour englober tout type de problèmes microéconomiques¹¹². J. Almunia a-t-il lui aussi succombé au « buzz » ? La question mérite d'être posée, puisqu'elle est intrinsèquement liée à la première étape de tout examen du caractère abusif des pratiques mises en œuvre par un opérateur dominant : la définition du marché pertinent¹¹³. Or, l'on sait que les juridictions de l'UE se montrent intraitables en cas de mauvaise délimitation, n'hésitant pas à censurer la décision dans son ensemble pour ce seul motif, indépendamment du reste du raisonnement¹¹⁴.

C'est dans ce contexte que nous abordons ce chapitre consacré à l'épineux problème du « marché » de Google. Dans un premier temps, l'on tentera de caractériser la plateforme exploitée par la société de Mountain View et de préciser en quoi celle-ci constitue (ou non) un marché « multiface » (Section I.). Ce préalable acquis, nous tenterons de délimiter son(s) marché(s) pertinent(s) (Section II.).

Section I. Google Search : une plateforme « biface » ?

Sous-section I. La théorie des marchés « multifactes »

Historiquement, la genèse de la théorie des marchés multifactes ou marchés à

¹¹⁰ J. ALMUNIA, « Competition in Digital Media and the Internet », *op. cit.* (voy. note n° 87).

¹¹¹ En effet, plus de deux cents articles traitent du sujet et l'on constate l'existence de nombreuses divergences en matière de définitions, de concepts, et d'illustrations. À cet égard, voy. D. AUER et N. PETIT, « Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Competition Policy », *Working Paper*, 2015, p. 5, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2552337> (dernière consultation le 20 avril 2015), où les auteurs mettent en garde contre l'émergence d'une « *policy bubble* ».

¹¹² Voy. en ce sens, X. WAUTHY, « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme: une introduction », *Reflets et perspectives de la vie économique*, Tome XLVII, n° 1, 2008, pp. 39-54, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/r9756U> (dernière consultation le 20 avril 2015) ; D. S. EVANS et R. SCHMALENSSEE, « The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses », in *Oxford Handbook on International Antitrust Economics* (sous la dir. de R. BLAIR et D. SOKOL), vol. 1, New York, Oxford University Press, 2015, pp. 405-407.

¹¹³ Voy. tout spécialement, T.P.I.C.E. (4^{ème} ch.), arrêt du 6 juillet 2000 – *Volkswagen AG c. Commission*, aff. T-62/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. II-02707, point. 230.

¹¹⁴ Voy. not., C.J.C.E., arrêt du 21 février 1973 – *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, aff. C-6/72, *Rec. C.J.C.E.*, 1973, p. I-00215, point. 32 ; C.J.C.E., arrêt du 14 février 1978 – *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, aff. C-27/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. I-00207, point. 10.

versants multiples¹¹⁵, peut être retracée dans plusieurs articles de la littérature économique du début des années 2000. Ainsi, s'il apparaît que J.-C. Rochet et J. Tirole en furent les pères fondateurs¹¹⁶, la doctrine est unanime pour reconnaître l'influence décisive qu'ont également eu B. Caillaud et B. Julien, D. S. Evans et R. Schmalensee ainsi que M. Armstrong sur son développement subséquent. En substance, ces auteurs entendaient modéliser un phénomène économique peu étudié jusqu'alors dans lequel plusieurs catégories distinctes d'utilisateurs interagissent par l'entremise d'une plateforme, où les décisions prises par chaque groupe affectent l'autre, générant ainsi des externalités positives et/ou négatives¹¹⁷. Dans ce contexte, la plateforme est donc confrontée au dilemme de « l'œuf et de la poule » en ce qu'elle doit convaincre les utilisateurs de « monter à bord ». En effet, c'est de cette intermédiation que découle sa valeur économique¹¹⁸.

Considérons un exemple largement repris par la doctrine pour faciliter la visualisation conceptuelle du propos, à savoir celui des boîtes de nuit hétérosexuelles¹¹⁹. L'intérêt qu'un homme aurait à fréquenter ce type d'établissement va essentiellement dépendre du nombre et/ou des caractéristiques des femmes qui s'y rendent et *vice versa* du point de vue des femmes¹²⁰. La boîte de nuit quant à elle fait office de plateforme et permet à deux catégories d'utilisateurs – les hommes et les

¹¹⁵ Dans la suite de ce mémoire nous emploierons les termes de « marché biface » et de « plateforme biface » de manière interchangeable. Il en sera fait de même pour les termes « biface », « multiface », « dual » et « à versants multiples ». Toutefois, nous attirons l'attention du lecteur sur le fait qu'une distinction sera réalisée lorsqu'il s'agira de caractériser la *plateforme* Google Search et les moteurs de recherche en général (*infra*. Sous-section II. pp. 33 et s.). Conscient du fait qu'il s'agit là d'un abus de langage, nous renvoyons, pour des distinctions plus fines, à la contribution de D. S. EVANS et R. SCHMALENSEE, « The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms », *Comp. Pol. Int'.*, vol. 3, n° 1, 2007, p. 153, note des auteurs n° 5.

¹¹⁶ Voy. J.-C. ROCHET et J. TIROLE, « Platform Competition in Two-Sided Markets », *J. Eur. Econ. Ass'n*, vol. 1, n° 4, 2003, pp. 990-1029. Par souci d'exhaustivité, il convient de préciser que certains éléments fondamentaux de la théorie avaient déjà été identifiés par W. F. Baxter dans le contexte des cartes de paiement, voy. W. F. BAXTER, « Bank Exchange of Transactional Paper : Legal Economic Perspectives », *J. L. & Econ.*, n° 26, 1983, pp. 541-588.

¹¹⁷ En ce sens, G. LUCHETTA, « Is the Google Platform a Two-Sided Market ? », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 10, n° 1, 2014, pp. 185-207 ; F. THEPOT, « Market Power in Online Search and Social Networking : A Matter of Two-Sided Markets », *World. Comp. Law & Econ. Rev.*, vol 36, n° 2, 2013, pp. 195-222.

¹¹⁸ Voy. J.-C. ROCHET et J. TIROLE, « Platform Competition in Two-Sided Markets », *op. cit.*, p. 990, (« Platform owners or sponsors in these industries must address the celebrated 'chicken-and-egg problem' and be careful to 'get both sides on board' »).

¹¹⁹ Pour une analyse détaillée de l'exemple, voy. D. S. EVANS et R. SCHMALENSEE, « Markets with Two-Sided-Platforms », in *Issues in Competition Law and Policy* (sous la dir. de W. COLLINS et J. ANGLAND), Chicago, ABA Section of Antitrust Law, 2008, pp. 668-669.

¹²⁰ X. WAUTHY, « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction », *op. cit.*, p. 3.

femmes – de se rencontrer et d’interagir en un seul et même endroit. Pour assurer la viabilité économique de son service, l’exploitant de la plateforme doit donc parvenir à convaincre les deux types d’agents de « monter à bord », simultanément et dans une proportion plus ou moins égale. Afin d’y parvenir, il jouera probablement sur sa structure de tarification en diminuant le prix d’entrée pour les femmes ou en leur offrant des boissons gratuites^{121 122}.

Essentiellement descriptive dans son ambition, la théorie des marchés bifaces a néanmoins souffert de son caractère excessivement ouvert¹²³. Dans leurs premières observations sur le corpus doctrinal qui s’était développé, Rochet et Tirole concédaient d’ailleurs que ces plateformes « *had much of {a} ‘you know a two-sided market when you see it’ flavour* », d’où la nécessité d’en circonscrire la portée¹²⁴. Il importait donc d’aller au-delà d’une approche intuitive, à défaut de quoi tout marché pourrait potentiellement être qualifié de « multiface » pour peu qu’il assure la mise en relation de plusieurs catégories d’utilisateurs produisant des externalités¹²⁵. En cela, l’on peinait à les distinguer des firmes multiproduits classiques, lesquelles génèrent également des externalités et pour qui la structure de tarification joue un rôle tout aussi important¹²⁶.

Partant de ce constat, plusieurs auteurs ont tenté d’en affiner les contours en s’essayant à l’exercice ô combien délicat de la définition. Pour les besoins de notre analyse, nous en avons retenu deux – les deux plus restrictives à notre sens¹²⁷. Selon

¹²¹ D. S. EVANS et R. SCHMALENSEE, « Markets with Two-Sided-Platforms », *op. cit.*, p. 668.

¹²² Parmi d’autres exemples, moins anecdotiques, de marchés multifaces, citons également (1) les systèmes des cartes de paiement où une entreprise assure l’intermédiation entre, d’une part, des consommateurs à qui elle commercialise une carte de paiement, et, d’autre part, des commerçants qui acceptent ces cartes via des terminaux adaptés, et (2) les plateformes de jeux vidéo, dont le succès dépend des consommateurs qui achètent la console et les développeurs qui conçoivent les jeux.

¹²³ D. AUER et N. PETIT, « Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Competition Policy », *op. cit.*, p. 5.

¹²⁴ J.-C. ROCHET et J. TIROLE, « Two-Sided Markets : A Progress Report », *RAND. J. Econ.*, vol. 37, n° 3, 2006, pp. 645-646.

¹²⁵ X. WAUTHY, « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction », *op. cit.*, p. 4.

¹²⁶ À l’origine, J.-C. Rochet et J. Tirole distinguaient les marchés multiproduits des marchés multifaces par le fait que seuls les seconds internalisent les externalités que ne parviennent pas à s’approprier les utilisateurs. Ainsi, ces derniers concevaient leur théorie comme « *a cross between network economics, which emphasizes such externalities, and the literature on (monopoly or competitive) multiproduct pricing, which stresses cross-elasticities.* », in J.-C. ROCHET et J. TIROLE, « Platform Competition in Two-Sided Markets », *op. cit.*, p. 991.

¹²⁷ Ce choix se justifie par notre volonté de développer un raisonnement capable de soutenir la critique. Partant, il nous semble opportun d’avoir recours à la définition la plus restrictive. Voy. L.

la première, « *{a} market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it so as to bring both sides on board* »¹²⁸. La seconde, moins formelle, voit dans une plateforme à versants multiples un catalyseur économique qui « *has (a) two or more groups of customers; (b) who need each other in some way; (c) but who cannot capture the value from their mutual attraction on their own; and (d) rely on the catalyst to facilitate value creating interactions between them* »¹²⁹.

En les combinant, l'on parvient à dégager l'ossature de ces plateformes qui repose sur les fondations suivantes :

Primo, il faut que l'opérateur de marché facilite des interactions entre deux ou plusieurs groupes distincts, mais interdépendants d'utilisateurs. Ce faisant, la plateforme génère de la valeur pour les agents qu'elle met en relation – valeur que ces derniers ne pourraient, en principe, pas obtenir autrement¹³⁰.

Secundo, il faut nécessairement être en présence d'effets de réseau *croisés*¹³¹. Cette caractéristique essentielle permet de distinguer les marchés à versants multiples des marchés dans lesquels opèrent des entreprises multiproduits classiques. Au sens économique, un effet de réseau « croisé » se manifeste lorsque la valeur d'un produit aux yeux d'un utilisateur présent sur une face de la plateforme varie selon que le nombre d'utilisateurs présent sur l'autre versant augmente. Pour le dire autrement, il existe une forme de corrélation (positive ou négative) entre, d'une part, le niveau de satisfaction que tire une catégorie d'utilisateurs de la consommation d'un produit, et d'autre part, l'augmentation du nombre d'utilisateurs de l'autre catégorie. Par

FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 10, n° 2, 2014, p. 299.

¹²⁸ J.-C. ROCHET et J. TIROLE, « Two-Sided Markets : A Progress Report », *op. cit.*, p. 664.

¹²⁹ D. S. EVANS et R. SCHMALENSEE, « The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses », *op. cit.*, p. 409.

¹³⁰ L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, et E. VAN DAMME, « Identifying Two-Sided Markets », *T.I.L.E.C. Discussion Paper*, 2012, p. 4, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2008661> (dernière consultation le 4 mars 2015).

¹³¹ En ce sens voy. *inter alia*, D. S. EVANS et R. SCHMALENSEE, « The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms », *op. cit.*, p. 164 ; L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN et E. VAN DAMME, « Identifying Two-Sided Markets », *op. cit.*, p. 5, dans lequel les auteurs précisent qu'il n'est pas nécessaire que les externalités de réseau croisées soient présentes simultanément sur les deux versants du marché. Par exemple, de nombreux lecteurs de journaux n'en ont que faire des publicités qui s'y trouvent, ce qui n'empêche pas le journal d'être une plateforme biface.

conséquent, sur une plateforme multiface, les externalités de réseau ne se diffusent plus à l'intérieur d'un même groupe d'agents (effet « intra » groupe), mais bien d'un groupe à un autre (effet « inter » groupe). « *Tout se passe comme si la plateforme vendait simultanément deux produits complémentaires à deux catégories d'agents en internalisant les externalités de réseau directes et indirectes et en économisant les coûts de transactions que subiraient les agents s'ils devaient s'engager dans des contrats bilatéraux* »^{132 133}.

Tertio, les externalités de réseaux doivent être internalisées par la plateforme et non par les utilisateurs qui ne sont pas disposés à le faire ou n'en sont tout simplement pas capables. La notion d'internalisation est fondamentale et désigne le fait pour un utilisateur d'intégrer dans sa prise de décision la conséquence que celle-ci aura sur la situation d'un tiers¹³⁴. En présence d'une externalité de réseau – plus encore lorsque celle-ci est croisée –, le marché devient défaillant en ce sens que l'allocation optimale des ressources devient problématique. Pour prendre une illustration simple, lorsqu'un lecteur achète un journal, il est évident que sa décision ne prend pas en compte le fait

¹³² E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google » (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », *Document de travail OFCE*, n° 1, 2013, p. 8, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/CfH4Pg> (dernière consultation le 24 février 2015). Les auteurs y citent X. WAUTHY « Concurrence et régulation sur les marchés de plateforme : une introduction », *op. cit.*, pp. 39-54.

¹³³ Par souci d'exhaustivité et de clarté de l'analyse, nous apportons dans cette note quelques précisions d'ordre terminologique. L'on parle d'une externalité ou d'un effet de réseau pour désigner une situation où la valeur ou l'utilité d'un produit donné varie selon le nombre d'utilisateurs. L'externalité est dite « positive » lorsque la valeur ou l'utilité du produit augmente. Par exemple, la valeur de posséder un téléphone portable dépend du niveau d'adoption de ce produit par d'autres consommateurs. À défaut de consensus sur la terminologie à employer, la littérature fait apparaître plusieurs types d'effets de réseau : (i) les effets directs, où la valeur du bien varie selon le nombre d'utilisateurs ; (ii) les effets indirects, où l'utilisation d'un bien augmente la valeur d'un bien complémentaire ; (iii) les effets croisés, caractéristique des marchés bifaces, où la valeur que retire les utilisateurs présents sur un versant du marché varie selon le nombre d'utilisateur de l'autre face. L'on notera toutefois que de nombreux auteurs ne distinguent pas les effets croisés des effets indirect. Voy. *inter alia*, M. KATZ et C. SHAPIRO, « Network Externalities, Competition, and Compatibility », *American Econ. Rev.*, vol. 75, n° 3, 1985, pp. 424-440 ; A. SHUEN, *Web 2.0: A Strategy Guide. Business thinking and strategies behind successful Web 2.0 implementations*, Sebastopol, O'Reilly Media, 2008, pp. 41-43 ; E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », *op. cit.*, p. 8 ; X. WAUTHY, « La gratuité c'est le vol payant ! Google, le Web 2.0 et le modèle économique du gratuit : une industrie à réguler ? », in *Google et les nouveaux services en ligne* (sous la dir. de A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 64-67 ; R. PARENT et V. CHANAL, « Quels business models pour les plateformes Web 2.0 : les apports de la théorie des marchés bi-faces », *Facef-Pesquisa*, vol. 12, n° 3, 2009, pp. 384-385.

¹³⁴ X. WAUTHY, « La gratuité c'est le vol payant ! Google, le Web 2.0 et le modèle économique du gratuit : une industrie à réguler ? », *op. cit.*, p. 66.

qu'au travers de son achat, la valeur de ce journal augmentera dans l'esprit des annonceurs publicitaires¹³⁵. Par hypothèse, dans un marché biface, l'opérateur de la plateforme a tout intérêt à internaliser ces externalités en raison de l'interdépendance des deux catégories d'utilisateurs qu'il met en relation ; à défaut de satisfaire les uns, il ne parviendra pas à séduire les autres¹³⁶.

Quarto, tout marché multiface implique nécessairement une structure de tarification non neutre, en ce sens que la charge d'usage de la plateforme sera répartie de manière différente entre les catégories d'agents. Pour reprendre l'exemple des boîtes de nuit hétérosexuelles, il ne sera pas rare que les hommes paient plus cher le droit d'entrée¹³⁷.

Sous-section II. Google Search : une plateforme multiface

À en croire une majorité d'auteurs, Google Search constituerait l'archétype d'un marché biface classique¹³⁸. D'un point de vue purement théorique, nous pensons qu'à des fins de caractérisation des moteurs de recherche, il est toutefois plus exact de parler d'une plateforme « multiface » ou « triface »¹³⁹. En effet, un moteur de recherche met en relation des internautes et des annonceurs, mais également des fournisseurs de contenu.

¹³⁵ Voy. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN et E. VAN DAMME, « Identifying Two-Sided Markets », *op. cit.*, p. 5. Pour un autre exemple, voy. X. WAUTHY, « La gratuité c'est le vol payant ! Google, le Web 2.0 et le modèle économique du gratuit : une industrie à réguler ? », *op. cit.*, p. 66.

¹³⁶ Voy. notre exemple de la boîte de nuit. Par hypothèse, si la plateforme n'attire pas suffisamment de femmes, les hommes ne s'y présenteront pas, et *vice versa*.

¹³⁷ Pour des précisions sur la tarification optimale des marchés bifaces, voy. X. WAUTHY, « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction », *op. cit.*, p. 6-8.

¹³⁸ Voy. *inter alia*, M. CAVE et H. WILLIAMS, « Google and European Competition Law », *Paper for Telecommunications Policy Research Conference*, Arlington VA, 2011, p. 8, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1992974> (dernière consultation le 26 mars 2015) ; R. H. WEBER, « Competition Law Issues in Online World », *20^{ème} St. Gallen International Competition Law Forum ICF*, 2013, p. 8, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2341978> (dernière consultation le 26 mars 2015).

¹³⁹ En ce sens, A. PERROT, « Le numérique : Enjeux et questions de concurrence », Actes du colloque Culture-médias & numériques, *Concurrences*, n° 3, 2011, pp. 3-4 ; R. POLLOCK, « Is Google the Next Microsoft ? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search », *University of Cambridge Research Paper*, 2009, pp. 26-27, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/IJtcCi> (dernière consultation le 20 mars 2015).

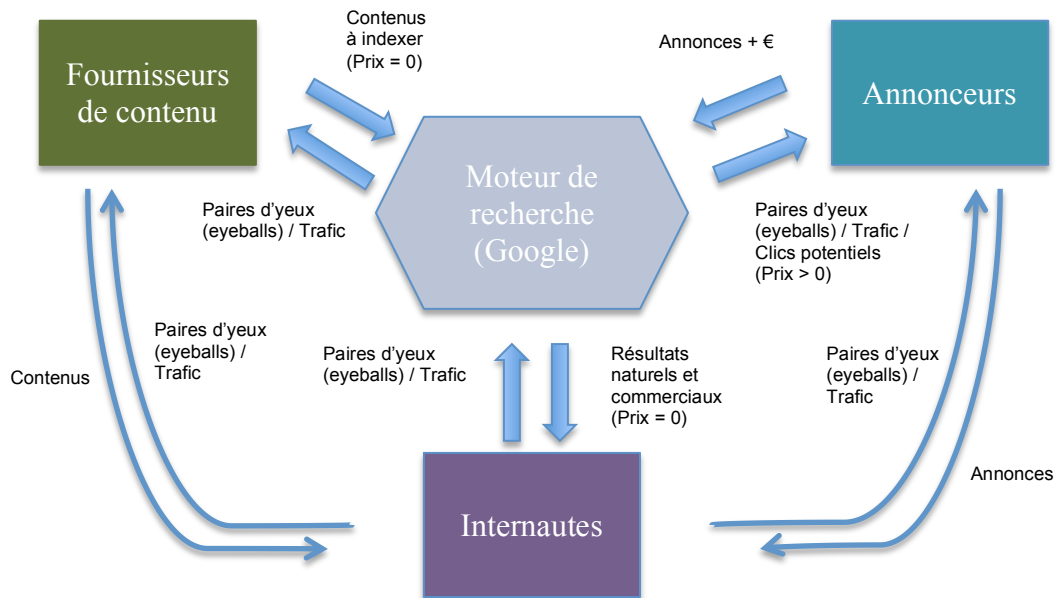


Schéma 1. La plateforme Google Search

Ainsi qu'on le constate, la structure d'intermédiation de la plateforme de Google implique la rencontre de trois catégories distinctes d'agents dont les demandes sont coordonnées par la plateforme. Plus concrètement, le moteur de recherche dessert simultanément les (1) fournisseurs de contenu, (2) les annonceurs, (3) les internautes en permettant d'une part, aux deux premiers d'attirer l'attention des troisièmes sur leurs contenus/publicités, et d'autre part, en guidant les troisièmes vers les contenus/publicités des deux premiers. Autrement dit, la page de résultats générée par le moteur de recherche n'est rien d'autre que la face visible d'un processus dynamique d'appariement de recherches, de réponses et de réclames¹⁴⁰ : un internaute effectue une *recherche* en insérant des mots-clés dans la barre de recherche, ce qui déclenche une réaction en chaîne aboutissant à la production de *résultats* naturels – puisés dans un index de contenus fournis par les fournisseurs de contenu – et commerciaux – vendus aux annonceurs désireux de placer leurs *réclames*, le tout affiché sur une seule et même page.

D'un point de vue tarifaire, les moteurs de recherche, à l'instar d'autres médias qui se financent par la publicité, se caractérisent par le fait qu'ils en arrivent à subventionner deux des trois catégories d'utilisateurs. En effet, les internautes disposent d'un accès *gratuit* aux contenus mis en ligne *gratuitement* par les

¹⁴⁰ Ce système que nous appellerons « système d'appariement 'RRR' » est dérivé de ce que B. Rieder et G. Sire qualifient de « query-results-ads matching » procedure. Voy. B. RIEDER et G. SIRE, « Conflicts of interest and incentives to bias: A microeconomic critique of Google's tangled position on the Web », *New Media Society*, vol. 16, n° 2, 2014, p. 199.

fournisseurs de contenu qui, eux-mêmes, obtiennent l'attention des internautes sans bourse délier. À l'inverse, les annonceurs sont, quant à eux, amenés à mettre la main au portefeuille pour placer leurs annonces dans les liens sponsorisés de la page de résultats ce qui signifie qu'*in fine* ces derniers financent la plateforme.

Pour les fournisseurs de contenu, l'acceptation de ce troc sans contrepartie s'explique par l'histoire et la tradition de l'Internet où les informations sont généralement postées sans frais d'accès. De plus, les moteurs de recherche permettent à cette catégorie d'utilisateurs d'augmenter le trafic de leurs sites Web en orientant les internautes vers leurs pages.

Les annonceurs seraient-ils dupes ? En réalité, il nous faut bien comprendre que ces derniers ne sont pas philanthropes et n'acceptent cette inégalité tarifaire que dans la mesure où ils ont conscience que la gratuité est un rêve qui se paie.

Pour reprendre l'adage anglo-saxon bien connu : « there is no such thing as a free lunch ». Le fait que l'internaute puisse consulter gratuitement les réponses à ses recherches entraîne bel et bien une dépense, non pas en numéraire, mais en « *unités de vie* »¹⁴¹, lesquelles sont ensuite monétisées par Google¹⁴². Comme nous le verrons dans la suite de ce mémoire, ces informations personnelles constituent pour l'entreprise californienne un trésor de guerre pesant quarante-cinq milliards de dollars en 2014.

Le marketing dans le business modèle de Google repose, nous l'avons vu, sur ses deux programmes phares, *AdWords* et *AdSense*. L'économie repose, quant à lui, sur la monétisation du rêve de la gratuité ce qui lui permet *in fine* de résoudre son dilemme de « l'œuf et de la poule » : attirer le plus grand nombre de « paires d'yeux » (« eye-balls ») que possible, pour corrélativement appâter un maximum d'annonceurs. En séduisant le versant des internautes par le biais d'un service gratuit, la plateforme internalise de puissants effets de réseau croisés qui viennent à être générés sur chacun

¹⁴¹ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 230 ; A. STROWEL, « Google et les nouveaux services en ligne : quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle ? », in *Google et les nouveaux services en ligne : impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle* (sous la dir. de A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 16-20.

¹⁴² Voy. *inter alia*, A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, pp. 1-238, spéc. pp. 139-141 et 229-232 ; X. WAUTHY, « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction », *op. cit.*, pp. 1-14 ; E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », *op. cit.*, pp. 7-10.

de ses multiples versants : plus le nombre d'internautes augmente et plus le bien-être que retirent les fournisseurs de contenu et les annonceurs du moteur de recherche augmente. Dans une telle situation, pratiquer un prix positif n'aurait donc pas de sens en ce que cela engendrerait le départ de certains internautes, entraînant par la même occasion une diminution de la valeur de la plateforme telle que ressentie par les deux autres catégories d'utilisateurs¹⁴³.

Enfin, il convient de tenir compte de l'intérêt propre de l'exploitant du moteur de recherche. Dans le contexte de Google, le subventionnement des internautes pour l'utilisation de son service de recherche horizontale peut également s'expliquer par sa volonté d'étendre ses tentacules dans d'autres marchés. En effet, à chaque requête formulée par un utilisateur correspondent des informations précieuses et monnayables qui peuvent être capitalisées sur d'autres plateformes¹⁴⁴.

Pour en terminer sur ce point, relevons que, s'il est vrai que Google opère une plateforme triface, il semblerait que « *the functioning mechanism on the user side is parallel to that of the content provider side* »¹⁴⁵. De ce fait, sauf à vouloir inutilement complexifier l'analyse, nous n'aurons égard dans la suite de ce mémoire qu'aux versants des annonceurs et des internautes. Au demeurant, il semblerait qu'il s'agisse de l'approche suivie par la Commission¹⁴⁶.

Section II. Quel(s) marché(s) pertinent(s) pour Google ?

Les opposants de Google accordent généralement peu d'importance à la définition du marché en cause¹⁴⁷ ; c'est dire s'ils en ignorent « *l'importance essentielle* »¹⁴⁸ qui

¹⁴³ En ce sens, E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google » (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », pp. 7-10.

¹⁴⁴ Pensons aux multiples services verticaux de Google (« *G-Mail* », Google « *Maps* », Google « *Finance* », etc) ou encore à sa division mobile. Le lecteur notera que nous reviendrons sur l'importance des données récoltées par le moteur de recherche dans le chapitre consacré à l'évaluation de la position de Google sur son marché pertinent (voy. *infra*. Chapitre III., pp. 60 et s.).

¹⁴⁵ N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, p. 35

¹⁴⁶ Voy. not. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 47 (« *www.search.yahoo.com, www.bing.com or www.google.com operate two-sided platforms serving both search users (for 'free') and advertisers (for remuneration)* » ; N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *Comp. L. Rev.*, vol. 9, n° 1, 2013, p. 35 ; K. DEVINE, « Preserving Competition in Multi-Sided Innovative Markets : How Do You Solve a Problem Like Google ? », *op. cit.*, p. 80.

¹⁴⁷ Voy. par exemple le rapport commissionné par la coalition FairSearch, in FAIRSEARCH, « Google's

relève pourtant du bon sens. En effet, comment mesurer le pouvoir de marché d'une firme si l'on ignore le périmètre à l'intérieur duquel elle exerce son influence ?

Comme nous serons amenés à le constater, l'affaire *Google* offre une pénétrante illustration des défis auxquels sont confrontées les autorités de concurrence lorsqu'elles doivent délimiter le marché pertinent de plateformes à versant multiples¹⁴⁹. De fait, si à l'instar des marchés monofaces, leur raisonnement doit toujours suivre la séquence dualiste traditionnelle – marché de produits (sous-section II.) et marché géographique (sous-section III.) –, une adaptation de la méthodologie usitée est néanmoins nécessaire afin de tenir compte des spécificités propres aux plateformes multifaces (sous-section I.).

Sous-section I. Méthodologie : des outils peu adaptés aux plateformes multifaces

Les caractéristiques propres aux plateformes bifaces ont un impact direct sur la méthodologie à suivre dans la délimitation de leur marché pertinent. Les difficultés qu'elles suscitent sont, en outre, exacerbées lorsque le prix pratiqué sur un versant est nul, comme c'est le cas pour Google Search. Pour autant, il ne s'agit pas de plaider, comme certains, pour l'inutilité de l'exercice. À la suite d'un bref survol des différents pièges méthodologiques que susciterait l'adoption d'une approche monoface dans la définition du marché de produits de Google (§ 1.), nous esquisserons un cadre analytique qui nous semble plus adapté à ses caractéristiques (§ 2.).

§1. Les pièges méthodologiques induits par l'adoption d'une approche monoface

Tout d'abord, se pose la question de savoir si l'opération de définition du marché de

Transformation From Gateway to Gatekeeper: How Google's Exclusionary and Anticompetitive Conduct Restricts Innovation and Deceives Consumers », *FairSearch.org*, 2011, pp. 1-44, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/WOJQBO> (dernière consultation le 20 avril 2015).

¹⁴⁸ C.J.C.E., arrêt du 21 février 1973 – *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, *op. cit.*, point 32. Notons toutefois que certains auteurs estiment qu'il ne faut pas attacher trop d'importance au résultat de l'exercice. Voy. not. D. S. EVANS, « Lightning up On Market Definition », in *Research Handbook on the Economic of Antitrust Law* (sous la dir. de E. ELHAUGE), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 53-89 ; L. KAPLOW, « Why (Ever) Define Markets », *Harv. L. Rev.*, vol. 124, n° 2, 2010, pp. 437-517.

¹⁴⁹ L'ancien commissaire J. Almunia l'a d'ailleurs lui-même reconnu en concédant que « *we cannot ignore the spectacular increase of new web based services {...} Even the basic concepts such as the definition of a market can become quite tricky in these markets.* », in, J. ALMUNIA, « Competition in Digital Media and Internet », *op. cit.* (voy. note n° 87).

produits peut être limitée à un seul versant de la plateforme ou si, au contraire, l'exercice doit couvrir l'ensemble de ses faces. Cette problématique acquiert d'ailleurs une acuité particulière dans le contexte de Google Search, dès lors que seuls les annonceurs sont amenés à délier la bourse¹⁵⁰. Malgré l'apparente gratuité du service de recherche pour les internautes, il serait toutefois fallacieux d'en inférer l'absence de tout *marché*¹⁵¹. Reprenant à notre compte la distinction entre les marchés où s'opèrent une transaction (*transaction markets*) et ceux dans lesquels cette dernière composante fait défaut (*non-transaction markets*)¹⁵², nous postulons plutôt que la définition du(es) marché(s) pertinent(s) de Google doit être réalisée tant pour sa face *annonceurs* que pour sa face *internautes*¹⁵³. En effet, « *une analyse centrée exclusivement sur un versant néglige{rait} forcément une composante essentielle du problème puisqu'elle {ferait} abstraction de la dynamique de rétroaction propre aux effets de réseau croisés* »¹⁵⁴.

¹⁵⁰ En effet, il est tentant de ne définir que la face payante de la plateforme – celle des annonceurs – en négligeant l'autre – celle des internautes. Voy. N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, pp. 29-47, 2013 ; L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, p. 300 qui soulignent cette première difficulté en notant qu'« *{a}fter all, we are used to thinking that, in a market, one party buys from another party* », ce qui supposerait qu'à défaut de transaction, il ne pourrait y avoir de marché.

¹⁵¹ En effet, l'on a vu que dans les marchés multifaces, les opérateurs adoptent une structure de tarification non-neutre pour attirer l'une des catégories d'utilisateurs. Par conséquent, la stratégie du *gratuit* peut parfaitement contribuer à maximiser les profits sans pour autant être qualifiée de prédatrice. En ce sens, voy. not. J. D. WRIGHT, « One-sided Logic in Two-sided Markets », *Rev. Network. Eco.*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 44-64, spéc. p. 48.

¹⁵² Cette distinction fut proposée par L. Filistrucchi in L. FILISTRUCCHI, « A SSNIP Test For Two-Sided Markets : The Case of Media », *NET Institute Working paper*, n° 08-34, pp. 1-45, 2008, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/sZC9UV> (dernière consultation le 6 mars 2015). Pour l'auteur, Google, à l'instar des autres médias, tomberait dans l'orbite des marchés où ne s'opèrent pas de transaction (*non-transaction market*). Serait qualifié de *transaction market*, le marché des cartes de paiement. En ce sens, voy. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, p. 308.

¹⁵³ En ce sens, voy. J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ? », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 10, n° 3, 2014, pp. 517-541 ; L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, pp. 299-319. Ces auteurs suggèrent par contre que pour les marchés où s'opèrent une transaction, la définition du marché pertinent peut être limitée à la face payante.

Contra. voy. G. LUCHETTA, « Is the Google Platform a Two-Sided Market ? », *op. cit.*, pp. 186-207, spéc. pp. 199-201. L'auteur y argue que la définition du marché pertinent de Google est celui du « *market for users' personal information* ».

¹⁵⁴ X. WAUTHY, « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction », *op. cit.*, pp. 11-12. En ce sens, voy. J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ? », *op. cit.*, pp. 517-541, spéc. p. 539, qui précisent que dans le contexte de la publicité en ligne liée aux recherches « *there can be no doubt that the indirect effects between organic search on the one side and search advertising on the other are highly significant, because it is obvious that those network effects are crucial for the viability of the platform* ».

Ensuite, à supposer, comme nous le pensons, qu'il faille définir le marché de produits pour chaque côté de la plateforme, faut-il analyser chaque côté séparément ou conjointement ? Intuitivement, la réponse paraît évidente : puisque la viabilité du modèle économique de Google Search dépend de la présence simultanée des utilisateurs et des annonceurs, toute modification des conditions de concurrence sur un versant est susceptible d'affecter la plateforme dans son ensemble. Ce faisant, il apparaît nécessaire d'analyser les deux versants conjointement¹⁵⁵.

En troisième lieu, la nature particulière de ces plateformes rend l'application des outils économiques traditionnels¹⁵⁶ particulièrement difficile. Ceux-ci ayant été conçus pour faciliter l'appréciation des marchés monofaces, nous pensons qu'une adaptation aux spécificités des plateformes à versants multiples serait la bienvenue, sous peine d'errer dans la définition du marché pertinent. Ceci est d'autant plus vrai lorsque le sujet de l'« auscultation » n'est autre que Google, dont la structure tarifaire de son moteur généraliste vient une nouvelle fois exacerber la problématique. L'inadéquation du test du *monopoleur hypothétique* (ou « SSNIP Test ») est à ce titre particulièrement révélatrice. En effet, l'on a vu que sur Google Search, internautes et annonceurs constituent deux catégories de clients interdépendantes l'une de l'autre et générant des effets de réseau croisés. De deux choses l'une : soit l'on procède à une augmentation légère (5 à 10 %) du prix que payent les annonceurs – ce qui aurait un effet pervers –, soit l'on réalise la même opération sur le versant des internautes – ce qui relèverait du non-sens. En effet, dans le premier cas de figure, l'augmentation des prix inciterait les annonceurs à migrer vers un moteur de recherche moins coûteux. Cette diminution de la demande sur le versant *annonceurs* pourrait alors pousser les internautes à délaisser Google Search en faveur d'une plateforme leur offrant plus de publicité. Le retour de balancier de l'autre côté de la plateforme serait ensuite immédiat et se traduirait par un exode des annonceurs dont les publicités n'atteindraient qu'un public plus restreint¹⁵⁷. Dans le second cas, l'inadéquation du

¹⁵⁵ Voy. en ce sens et pour une explication plus détaillée, L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, pp. 319-322 ; D. S. EVANS et M. D. NOEL, « The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 4, n° 3, 2008, p. 663.

¹⁵⁶ Pensons au SSNIP Test, à l'analyse du seuil des ventes critiques (« Critical Loss » ou « CL »), à l'analyse de la corrélation des prix, etc. Voy. pour plus de détails, J. FAULL et A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, 3^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 71-90.

¹⁵⁷ Notons que cette hypothèse est purement théorique sur Google Search. En pratique, il est particulièrement malaisé de déterminer l'effet qu'aurait une telle augmentation des prix sur le versant des internautes dans la mesure où ceux-ci ne cliquent pas toujours sur les publicités qui apparaissent à

test est encore plus flagrante, car à quoi bon majorer un prix de départ fixé à zéro lorsque le résultat obtenu doit être égal à... zéro¹⁵⁸ ?

Certains auteurs se sont ainsi penchés sur la question et ont proposé des ajustements théoriques qui permettraient de pallier aux défauts ainsi mis en exergue¹⁵⁹. À la suite d'une analyse de la littérature économique, L. Filistrucchi, D. Gérardin, E. van Damme et P. Affeldt suggèrent de vérifier la profitabilité d'une augmentation légère du prix, successivement – et non concomitamment – sur chaque face de la plateforme, tout en permettant au monopoleur hypothétique d'optimiser sa structure de prix¹⁶⁰. Louable, il nous semble toutefois qu'en pratique, la gratuité apparente du service de recherche en ligne pour les internautes constitue un obstacle insurmontable à l'application d'un test reposant sur une variation des prix¹⁶¹. Ceci est d'autant plus vrai qu'il est probable que le prix actuel que Google tarifie aux internautes – c'est-à-dire « zéro » – soit déjà au niveau de monopole, auquel cas une application du SSNIP-test (ou du CL) – même ajusté – conduirait à une définition excessivement large du marché

la suite d'une recherche. En ce sens, voy. N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, p. 34 ; K. DEVINE, « Preserving Competition in Multi-Sided Innovative Markets : How Do You Solve a Problem Like Google ? », *op. cit.*, p. 79.

¹⁵⁸ En ce sens, voy. N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, p. 33.

¹⁵⁹ Voy. not. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, pp. 329-336 ; L. FILISTRUCCHI, « A SSNIP Test For Two-Sided Markets : The Case of Media », *op. cit.* pp. 1-45 ; D. S. EVANS et M. D. NOEL, « The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses », *op. cit.*, p. 663 ; E. EMCH et T. S. THOMPSON, « Market Definition and Market Power in Payment Card Networks », *Rev. Network. Econ.*, vol. 5, n° 1, 2006, pp. 45-60.

¹⁶⁰ L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, pp. 331-338. Contrairement à D. S. Evans et M. D. Noel, ces auteurs estiment qu'il serait contraire à la logique traditionnelle du SSNIP-test, qui est de définir le marché « *as the smallest set of substitute products on which a monopolist would find it profitable in the EU* », de ne pas permettre au monopoleur hypothétique de modifier sa structure des prix à chaque augmentation. Ces derniers notent toutefois qu'en pratique « *none of the competition authorities appear to have applied a specific two-sided market formula to perform the SSNIP-test. This may be due to the slight disagreement in the literature with regard to the right two-sided formulas, but it is due more likely to the higher data requirements and the relatively higher complexity of two-sided formulas* ».

¹⁶¹ En effet, il nous semble qu'il n'est tout simplement pas concevable, à l'heure actuelle, que les internautes acceptent de payer un prix positif pour un service de recherche horizontal. Partant, toute « augmentation » du prix sur ce versant de la plateforme détournerait nécessairement des internautes vers d'autres fournisseurs offrant leur service gratuitement. En ce sens, voy. not. Trib. (4^{ème} ch.), arrêt du 11 décembre 2013 – *Cisco Systems et Messagenet c. Commission*, aff. T-79/12, non encore publié au *Rec.*, point. 72, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/TH3ULc> (dernière consultation le 20 avril 2015). Le Tribunal y relève que faire payer aux consommateurs un service de communications vidéos aurait pour effet de les détourner vers d'autres fournisseurs. Pour une autre étude de la littérature économique traitant de cette question, voy. A. ALEXANDROV, G. DELTAS et D. F. SPULBER, « Antitrust and Competition in Two-Sided Markets », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 7, n° 4, 2011, pp. 775-812, spéc. pp. 781-785.

pertinent¹⁶². Par conséquent, à l’instar d’autres auteurs, nous estimons que l’analyse doit accorder la part belle à des éléments d’ordre qualitatif, tels que les caractéristiques fonctionnelles et techniques communes ainsi qu’aux préférences subjectives des consommateurs¹⁶³. Pour ce faire, l’on pourrait, par exemple, procéder à des études de marché et à des enquêtes auprès des consommateurs ce qui permettrait de déduire des indices de substituabilité¹⁶⁴. Au fond, la question conceptuelle reste la même, puisqu’il s’agit de s’interroger sur l’effet qu’aurait une diminution de la qualité des produits offerts par le monopoleur hypothétique. Néanmoins, l’on reconnaîtra qu’un tel test pourrait s’avérer problématique dans le cas de Google et requerra une grande prudence dans son utilisation. En effet, par opposition au prix, le concept de qualité est éminemment subjectif et sa variation ne sera, par hypothèse, pas ressentie de la même manière par tous les utilisateurs.

§2. Une méthodologie adaptée à Google

¹⁶² Nous pointons ici du doigt la myopie du SSNIP-test, plus connue sous le nom de sophisme de « cellophane », tirée de la célèbre affaire étasunienne *du Pont de Nemours (United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co, 351 U.S. 377, 391-91, 1956)*. La Commission semble d’ailleurs avoir implicitement reconnue cette faille du test du monopoleur hypothétique dans sa Communication sur la définition du marché du marché en cause (Commission européenne, communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, C 372, 9 décembre 1997, pp. 5-13, point. 19) (ci-après la « Communication sur la définition du marché en cause »). Pour plus de détails, voy. *inter alia*, G. WERDEN, « The History of Antitrust Market Delineation », *Marquette. L. Rev.*, vol. 76, n° 1, 1992, pp. 123-215, spéc. pp. 135-143.

¹⁶³ Une telle approche ne serait, en soi, pas inédite. En effet, la jurisprudence des institutions de l’UE regorge de cas où une approche qualitative a été suivie pour la définition du marché pertinent. Voy. *inter alia*, C.J.C.E., arrêt du 14 février 1978 – *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, *op. cit.*, point. 31 ; C.J.C.E., arrêt du 9 novembre 1983 – *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, aff. C-322/21, *Rec. C.J.C.E.*, 1983, p. I-03461, point. 37 ; Commission européenne, décision du 22 juillet 1992 – *Nestlé/Perrier*, aff. IV/M.190, point. 9, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/RLXwFR> (dernière consultation le 20 avril 2015). À ce titre, notons que la Commission prône d’ailleurs une certaine souplesse dans l’exercice de délimitation du marché pertinent (voy. Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, point. 25.).

¹⁶⁴ Voy. Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, point. 41, qui semble indiquer que la Commission n’est d’ailleurs pas hostile à cette approche. Pour une décision dans laquelle cette dernière accorde une importance centrale aux enquêtes de marché, voy. *inter alia*, Commission européenne, décision du 2 juin 2004 – *Clearstream*, aff. COMP/38.096, points. 146 et 166, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/v3QyFn> (dernière consultation le 20 avril 2015) ; Commission européenne, décision du 17 décembre 2008 – *KLM/Martinair*, aff. COMP/M.5141, points. 30-44, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/3tLevy> (dernière consultation le 20 avril 2015) ; Commission européenne, décision du 27 juin 2007 – *Ryanair/Aer Lingus*, aff. COMP/M.4439, point. 36, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/juumbJ> (dernière consultation le 20 avril 2015). En ce sens, M. MOTTA, *Competition Policy : Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004, p. 110 ; N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, p. 38 ; K. BANIA, « Abuse of Dominance in Online Search : Google as the New Content Gatekeeper », *International Workshop on Competition Policy and Regulation in Media and Telecommunications : Bridging Law and Economics, T.I.L.E.C.*, 23-24 mai 2013, citée par J. VERHAERT, « The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the New Economy : A case study of Google », *E.C.L.R.*, vol. 35, n° 6, 2014, pp. 265-274, spéc. p. 270, note de l’auteur n° 66.

Dans le paragraphe précédent, nous avons tenté de mettre en exergue les différents pièges tendus par les plateformes à versants multiples lorsqu'il s'agit de définir leur marché pertinent. L'adoption d'une logique monoface, couplée à l'application des outils d'analyse traditionnels, est susceptible d'emporter un risque de faux-positif¹⁶⁵, d'autant plus lorsque le prix pratiqué sur l'un des versants est nul. L'affaire *Bottin Cartographes c. Google* en offre d'ailleurs une pénétrante illustration. Ce litige portait sur certains modules du service de cartographie « Google Maps » que Google offre en licence aux entreprises acceptant d'intégrer ledit service dans leur site Web. La société française Bottin Cartographe, qui propose également des services de cartographie en ligne, intenta une action contre Google pour abus de position dominante au motif que celle-ci pratiquait des prix prédateurs. Dans une décision vivement critiquée par la doctrine¹⁶⁶, le tribunal de commerce de Paris accorda gain de cause à la requérante, estimant « *que le prix de vente (égal à zéro) du module de cartographie des sociétés Google ne permet pas de couvrir le coût de revient nécessairement exposé pour l'élaboration et la distribution des produits* »¹⁶⁷. Comme le soulignent M. Rato et N. Petit, « *{i}n saying this, the Court unwittingly highlighted the existence of a classic two-sided effect – that the Google Maps API provided for free to companies was simply financed by advertisers – yet entirely overlooked it* »¹⁶⁸.

Quel est donc le raisonnement à suivre lorsqu'il s'agira de délimiter le périmètre dans lequel opère Google ? À notre sens, s'il convient d'adapter les outils d'analyse traditionnels, le séquençage du raisonnement doit, pour l'essentiel, être fondé sur la communication relative à la définition du marché en cause et sur la jurisprudence pertinente en la matière. Ce faisant, il nous semble raisonnable d'adopter une approche en deux étapes. Dans un premier temps, il s'agirait d'identifier un ou plusieurs marchés de produits *a priori* qui comprendraient les produits les plus susceptibles d'être pertinents au regard de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Ensuite, dans un second temps, il s'agirait de confronter cette première définition aux contraintes concurrentielles les plus

¹⁶⁵ C'est-à-dire la condamnation à tort d'une entreprise ayant pleinement joué le jeu de la concurrence.

¹⁶⁶ Voy. not. M. RATO et N. PETIT, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *Eur. Comp. Journal.*, vol. 9., n° 1, 2013, pp. 51-53 ; M. DOLMANS et A. LEYDEN, « Internet & Antitrust: An overview of EU and national case law », *e-Competitions Bulletin Internet & Antitrust*, n° 45647, 2012, p. 2.

¹⁶⁷ Trib. comm. Paris (15ème ch.), jugement du 21 janvier 2012 – *Bottin Cartographes c. Google*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/dP6hrq> (dernière consultation le 18 avril 2015).

¹⁶⁸ M. RATO et N. PETIT, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *op. cit.*, p. 52.

susceptibles d'exercer un effet de discipline sur l'entreprise californienne.

Par hypothèse, l'exercice devra tenir compte du lien qui unit les deux côtés de la plateforme. À ce titre, il conviendra d'évaluer la substituabilité des services fournis par la société de Mountain View, à savoir les résultats qu'elle offre à l'occasion de recherches effectuées sur Internet, d'une part, et les espaces publicitaires qu'elle fournit aux gagnants des enchères qu'elle organise via *AdWords*, d'autre part. Ces deux activités nous semblent suffisamment différenciées que pour constituer des marchés de produits distincts en ce qu'ils répondent à des besoins propres à chaque catégorie d'utilisateurs mis en relation par la plateforme.

Ensuite, dans la mesure où les techniques quantitatives ne permettent pas, dans leur forme classique, de capturer une photographie suffisamment précise de la zone d'influence de Google, une importance accrue devrait être accordée aux indices qualitatifs. Concrètement, l'idée consisterait à envoyer des questionnaires aux annonceurs ainsi qu'aux internautes pour sonder leurs réactions quant à une éventuelle dégradation qualitative des services fournis par Google. Du côté des internautes, la question serait de savoir si ces derniers seraient susceptibles de permuter vers un autre moteur de recherche en cas de diminution de la pertinence des résultats affichés (par ex. un accroissement du nombre de liens commerciaux ou une augmentation du nombre de ses services « maison » affichés sur la première page de résultats). Sur le versant des annonceurs, l'on s'intéresserait davantage aux effets que produirait, par exemple, une diminution de 5 à 10 % du nombre d'internautes, étant entendu que le prix des mots-clés au CPC resterait inchangé sur tous les moteurs de recherche¹⁶⁹.

De toute évidence, il ne s'agit là que d'une suggestion et non d'un postulat. En effet, fondé sur le concept éminemment subjectif de la « qualité », ce test s'avérera défaillant en cas de mauvaise calibration. Tout d'abord, il est fort probable que les internautes ne puissent pas véritablement mesurer une diminution de la pertinence des

¹⁶⁹ En ce sens, K. BANIA « Abuse of Dominance in Online Search : Google as the New Content Gatekeeper », *op. cit.*, cité par J. VERHAERT, « The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the New Economy : A case study of Google », *op. cit.*, p. 270, note de l'auteur n^{os} 67-69. Le lecteur notera toutefois que nous ne partageons pas l'avis de l'auteur lorsqu'elle propose de mesurer la substituabilité de la demande sur le versant des internautes en rendant le service de recherche de Google payant. En effet, nous pensons qu'il s'agit d'une hypothèse trop peu réaliste à l'heure actuelle. S'il est vrai que les internautes sont, en règle générale, disposés à payer pour certains services de recherche spécialisés (pensons à certains moteurs de recherche juridiques comme Jura), tel n'est par contre pas le cas pour ce qui est de la recherche horizontale.

résultats de Google Search¹⁷⁰. Ensuite, posé en ces termes, le test ne permet pas forcément de rendre une image fidèle du lien qui unit les des deux versants de la plateforme. En effet, à supposer que certains utilisateurs désertent Google Search en faveur d'un moteur de recherche concurrent (par ex. Bing) à la suite d'une diminution légère de la pertinence des résultats, la réaction des annonceurs sera-t-elle forcément la même ? Dans l'affirmative, quelle serait leur réaction si, entre-temps, le CPC venait à diminuer sur le moteur de recherche exploité par Google ?

Enfin, s'il est vrai que l'exercice de délimitation devrait théoriquement être réalisé, conjointement, sur chaque côté de la plateforme, force est de reconnaître qu'en pratique, l'exigence sera difficile à satisfaire. Ce faisant, il apparaît plus raisonnable de commencer par l'analyse de chaque versant pris séparément, pour ensuite en agréger les observations.

Ainsi qu'on le constate, il ne fait aucun doute que la définition du marché de produits de Google sera semée d'embûches¹⁷¹.

Sous-Section II. Définition du marché de produits

La présente sous-section s'appuie sur nos développements précédents pour tenter de dégager le marché de produits de Google. Comme annoncé, nous commencerons par analyser chaque versant séparément pour ensuite dégager les différentes hypothèses de définition du marché pertinent tenant compte de l'interdépendance des catégories d'utilisateurs en présence. Pour ce faire, nous procéderons en deux temps : en premier lieu, nous identifierons un marché de produits *a priori* regroupant *tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés*¹⁷². En second lieu, nous confronterons le résultat obtenu à deux des trois grandes sources de contraintes que la concurrence fait peser sur l'entreprise californienne – à savoir la substituabilité sur le plan de la demande et de l'offre – afin

¹⁷⁰ Nous reviendrons plus longuement sur cette question cruciale dans les chapitres ultérieurs de ce mémoire. En effet, nous pensons que la question de ce que nous appellerons la *qualité subjective* des résultats naturels de Google sous-tend son pouvoir de marché et certaines de ses pratiques prétendument discriminatoires.

¹⁷¹ Le lecteur aura sans doute remarqué que nous n'avons pas insisté sur la substituabilité sur le plan de l'offre. Comme nous le verrons dans la section suivante, ce choix assumé résulte de la faible incidence concurrentielle qu'elle nous semble pouvoir exercer *in casu*.

¹⁷² Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, point. 7.

de vérifier si l'appréciation initiale s'en retrouve modifiée¹⁷³.

§1. Définition du marché de produits sur le versant des internautes

À n'en pas douter, Google propose une pléthore de services à ses utilisateurs, à tel point qu'il « *sera bientôt plus rapide de dire ce {qu'elle} ne nous propose pas que de tenter d'énumérer ce qu'elle propose* »¹⁷⁴. Dans la mesure où ce mémoire ne porte que sur l'enquête de la Commission liée aux activités de recherche de Google, nous limiterons nos propos aux seules fonctionnalités de recherche qu'offre la société de Mountain View.

A) *Marché a priori : le marché de la recherche en ligne*

Intuitivement, le marché a priori que l'on serait tenté d'identifier est celui de la recherche en ligne, entendu comme le marché pour la fourniture de résultats en réponse à des recherches d'utilisateurs sur Internet.

D'emblée, certains argueront que la gratuité du service de recherche constitue un obstacle insurmontable à l'existence même d'un tel marché. En effet, dans *KinderStart c. Google*, le juge fédéral étatsunien avait considéré que « *KinderStart cites no authority indicating that antitrust law concerns itself with competition in the provision of free services. Providing search functionality may lead to revenue from other sources, but KinderStart has not alleged that anyone pays Google to search. Thus, the Search Market is not a "market" for purposes of antitrust law* »¹⁷⁵. En Europe, la Commission a, pour sa part, préféré botter en touche lorsque la question fut soulevée dans le cadre de l'affaire *Microsoft/Yahoo*¹⁷⁶.

À notre avis, une réponse peut être inférée de la pratique décisionnelle de l'autorité européenne de la concurrence dans d'autres industries, telles que le secteur de la diffusion télévisuelle, où cette dernière a constamment considéré que la télévision à

¹⁷³ Il sera tenu compte de la concurrence potentielle à l'occasion de l'évaluation du pouvoir de marché de Google (voy. *infra*. Chap. III., p. 60 et s.). En effet, la Commission estime que « *{l}es contraintes au niveau de la concurrence qui découlent {...} sont, en règle générale, moins immédiates et, du reste, commandent l'analyse de facteurs supplémentaires. En conséquence de telles contraintes sont prises en compte lors de l'évaluation de l'analyse de la concurrence* » (voy. Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, point. 14.)

¹⁷⁴ P. PERRI, *Google, un ami qui ne vous pas que du bien*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷⁵ *KinderStart.com, LLC v. Google, Inc.* ("KinderStart"), 2007 WL 831806 (N. D. Cal.), disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/K1GZGx> (dernière consultation le 20 avril 2015) (c'est nous qui soulignons).

¹⁷⁶ Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, points. 85-86. Il convient de noter qu'à défaut de trancher la question, la Commission fournit certaines considérations utiles à notre analyse.

accès libre (« *Free to air TV* ») constitue un marché spécifique¹⁷⁷. L'on songe également aux navigateurs Internet qui sont également des produits fournis « gratuitement » aux consommateurs et pour lesquels la Commission a reconnu l'existence d'un marché distinct¹⁷⁸. Raisonnant par analogie, l'on peut donc supposer avec une quasi-certitude que la recherche sur Internet peut parfaitement constituer un marché spécifique. Cette conclusion s'impose avec d'autant plus de vigueur qu'affirmer le contraire reviendrait à ignorer l'interdépendance de la recherche en ligne – certes gratuite – et de la publicité en ligne – qui, quant à elle, génère des revenus.

B) Contraintes concurrentielles

Dans un marché a priori défini comme le marché de la recherche en ligne, il apparaît peu probable que la substituabilité soit une source de contrainte pour Google, et ce, tant au niveau de la demande que de l'offre.

Sur le plan de la demande, il peut sembler a priori paradoxal d'anticiper un niveau faible de substituabilité sur ce marché. Après tout, la concurrence n'est-elle jamais qu'à un clic gratuit ? Plusieurs facteurs nous guident pourtant vers cette conclusion : tout d'abord, il est fort à parier que, nonobstant une dégradation hypothétique de la qualité des résultats de recherche de Google Search, les internautes restent fidèles à celui qui est devenu une sorte d'assistant personnel indispensable pour bon nombre d'entre eux¹⁷⁹. Comme nous le verrons, si Google dispose aujourd'hui d'importantes parts de marché¹⁸⁰, c'est avant tout parce qu'elle a gagné la confiance indéfectible de ses utilisateurs en délivrant des résultats naturels, en apparence, neutres et efficaces, le tout présenté dans une interface confortable. Ce faisant, ces derniers sont comme *enfermés* (« *locked-in* ») dans son écosystème, et ce, malgré l'existence de possibilité

¹⁷⁷ Voy. not, Commission européenne, décision du 21 mars 2000 – *BSkyB/Kirch Pay TV*, COMP/JV.37, spéc., points. 23 et 56, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/Qi0QqE> (dernière consultation le 20 avril 2015) (« *Pay-TV and free TV are separate markets* ») et les décisions qui y sont citées en note infrapaginale n° 3. Pour une critique de cette jurisprudence, voy. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, pp. 326-327. Quoiqu'elle reconnaisse l'existence de marchés de produits spécifiques, il est vrai que dans sa décision *BSkyB/Kirch Pay TV*, la Commission n'a, en réalité, analysé qu'un seul des deux versants de la plateforme.

¹⁷⁸ Commission européenne, décision du 16 décembre 2012 – *Microsoft II*, *op. cit.*, points. 17-22.

¹⁷⁹ Voy. F. Manjoo parle d'un « *helpful, all-knowing, hyper-intelligent executive assistant* », in F. MANJOO, « Larry Page on Google's Many Arms », *International New York Times*, 25 juin 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/ebOFYn> (dernière consultation le 25 mars 2015).

¹⁸⁰ Voy. *infra*. Chap. III., pp. 69 et s.

de multi-hébergement (« *multi-homing* »)¹⁸¹. Or, comme nous le constaterons à l'occasion de l'analyse du pouvoir de marché de Google, « *one of the distinctive features of information based lock-in is that it tends to be so durable* »¹⁸².

Sur le plan de l'offre, l'absence de substituabilité paraît d'autant plus probable que les barrières à l'entrée constituent un obstacle quasi insurmontable pour qui voudrait pénétrer le marché¹⁸³. En effet, outre la contrainte liée à la loyauté des utilisateurs envers Google, un opérateur économique souhaitant exploiter un moteur de recherche horizontal devra consentir à de lourds investissements qui constitueront tant des coûts fixes que des coûts irrécupérables rendant l'entrée sur le marché d'autant plus ardue¹⁸⁴.

Nonobstant ces affirmations, deux questions soulevées par la doctrine méritent d'être abordées. La première a trait à l'opportunité de distinguer la recherche en ligne et hors ligne (a.). La seconde, qui anticipe une réponse positive à la première, nous amène à nous demander s'il n'y aurait pas lieu de segmenter davantage le marché de la recherche en ligne, en y distinguant la recherche horizontale de la recherche verticale (b.).

1. Recherche en ligne et recherche hors ligne ?

Cette première question a de quoi surprendre. Après tout, il n'est pas déraisonnable de supposer que le service de recherche en ligne ne peut être interchangé avec un service analogue d'un marché traditionnel « de briques et de mortier ». Par exemple, l'on voit mal comment une bibliothèque ou une agence de voyages pourrait venir concurrencer un moteur de recherche dans l'esprit du consommateur¹⁸⁵.

Avec l'avènement de l'Internet et des moteurs de recherche, la recherche en ligne est devenue *la* méthode par excellence pour dénicher des informations. À cet égard,

¹⁸¹ Nous introduisons dès à présent la notion « d'effet d'enfermement » (« *consumer lock-in* ») que nous développerons lors de notre examen de la dominance (*infra*. Chapitre III., pp. 60 et s.). Le concept de « multi-hébergement » (« *multi-homing* ») fait quant à lui référence à la possibilité de se déplacer vers une plateforme concurrente sans nécessairement abandonner la plateforme de départ.

¹⁸² C. SHAPIRO et H. R. VARIAN, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston, Harvard Business School Press, 1999, p. 115.

¹⁸³ Voy. *infra*. Chapitre III., pp. 69 et s.

¹⁸⁴ *Ibid.*

¹⁸⁵ En ce sens, F. THEPOT, « Market Power in Online Search and Social Networking : A Matter of Two-Sided Markets », *op. cit.*, p. 207 ; N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, p. 43.

une étude récente allègue que Google Search et ses concurrents constituent actuellement la première source d'information de 31 % des utilisateurs sondés, contre 22 % à la télévision et 21 % pour la presse écrite. De plus, cet écart grandit lorsqu'il s'agit de confirmer une information, ce qui laisse présager une intensification du phénomène à l'avenir¹⁸⁶. Ce faisant, s'il est vrai que les moteurs de recherche ne répondent pas, *in fine*, à un besoin fondamentalement différent de la recherche hors ligne – à savoir trouver de l'information – l'étendue du service qu'ils offrent, leur rapidité et leur aspect pratique se combinent pour les rendre indispensables aux yeux des consommateurs et par là même insubstituables.

Au demeurant, à supposer qu'une autorité de la concurrence en vienne à définir aussi largement le marché de produits, la suite de ce mémoire deviendrait redondante, puisque Google ne saurait être en position dominante.

2. Recherche horizontale et recherche verticale ?

Plus pointilleuse est la question de savoir s'il y a lieu d'opérer, dans le marché général de la recherche en ligne, une distinction entre la recherche horizontale et la recherche verticale. Comme il l'a été mentionné, de nombreuses entreprises – parmi lesquels des moteurs de recherche verticaux – reprochent à Google de favoriser ses propres services « thématiques », soit en leur accordant un affichage préférentiel dans ses résultats naturels, soit en y déclassant ses rivaux. La crainte découle donc du levier potentiel qu'exercerait Google à partir du marché de la recherche horizontale vers le marché de la recherche verticale. Nous remarquons toutefois que les critiques de la société californienne considèrent comme acquise la segmentation du marché de la recherche en ligne en deux sous-marchés distincts. Une telle prémisse mérite, néanmoins, que l'on s'y attarde dans la mesure où certains auteurs défendent une définition unitaire de la recherche en ligne¹⁸⁷. En substance, ces derniers estiment que

¹⁸⁶ Voy. l'étude complète menée par la société Edelman à l'adresse suivante: <http://goo.gl/xShWOp> (dernière consultation le 19 avril 2015).

¹⁸⁷ À notre connaissance, la doctrine s'est fort peu intéressée à la question de savoir s'il y a lieu de distinguer la recherche horizontale de la recherche verticale. Voy. pour des auteurs qui abordent le sujet, *inter alia*, B. J. SMITH, « Vertical vs. Core Search: Defining Google's Market in a Monopolization Case », *N.Y.U. J. Law. & Bus.*, vol. 9, n° 1, 2012, pp. 331-373 ; E. CALVANO et B. JULLIEN, « Issues in Online Advertising and Competition Policy : A Two-sided Market Perspective », in *Recent Advances In The Analysis of Competition Policy And Regulation* (sous la dir. de J. HARRINGTON JR. et Y. KATSOULACOS), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, p. 167 ; S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », in *Google and the Law : Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* (sous la dir. de A. LOPEZ-TARUELLA), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 25.

tous les services de recherche sur Internet fournissent « *the same unique opportunity for advertisers to target individuals who enter certain search keywords and can certainly be used for direct response advertisement campaigns* ¹⁸⁸ ».

L'argument *prima facie* convainquant n'emporte pas notre conviction, et ce, pour deux raisons : *primo*, l'on pourrait parfaitement imaginer qu'une majorité d'annonceurs apprécient la possibilité offerte par un moteur spécialisé de cibler un ou plusieurs groupes de consommateurs spécifiques plus enclins à être intéressés par leurs publicités¹⁸⁹. *Secundo*, ces auteurs ne semblent pas tenir compte du versant des internautes et ignorent par la même occasion l'interdépendance entre les deux versants de tout moteur de recherche – qu'il soit généraliste ou spécialisé. En effet, s'agissant des internautes, nous pensons que ces derniers vivent l'expérience de la recherche en ligne d'une manière différente sur un moteur vertical. Là où un moteur généraliste s'apparente à un cartographe de la Toile, le moteur spécialisé s'identifie, quant à lui, à l'infodesk d'un centre commercial guidant les consommateurs vers différentes boutiques. L'on pourrait donc arguer l'existence d'une demande spécifique de la part des internautes pour ce type de services spécialisés. Par exemple, l'utilisateur belge qui souhaiterait étudier les différentes offres de voitures d'occasion aura probablement recours à un moteur vertical comme *AutoScout24*, plutôt qu'à un moteur généraliste¹⁹⁰. En outre, comme nous le verrons par la suite, l'activité de recherche horizontale implique des coûts faramineux, et ce, à tous les niveaux, ce qui signifie qu'il est peu concevable que des moteurs spécialisés puissent exercer une contrainte concurrentielle suffisamment forte sur leurs homologues généralistes.

Enfin, pour conclure sur ce point, posons-nous la question suivante : à supposer que Google Search ne nous fournisse pas de réponses satisfaisantes pour une recherche portant sur le nouveau smartphone d'Apple, serions-nous vraiment susceptibles de nous déporter vers le moteur de TripAdvisor pour obtenir une réponse¹⁹¹ ?

¹⁸⁸ B. J. SMITH, « Vertical vs. Core Search : Defining Google's Market in a Monopolization Case », *op. cit.*, p. 347.

¹⁸⁹ En ce sens, voy. E. CALVANO et B. JULLIEN, « Issues in Online Advertising and Competition Policy : A Two-sided Market Perspective », *op. cit.*, p. 167 ; S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, p. 25.

¹⁹⁰ Pensons aux nombreux avantages qu'offre le service de recherche verticale dans notre exemple : le raffinement dans les résultats, la possibilité d'ajuster le prix, le lieu, etc. En ce sens, voy. S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, p. 25 ; J. HAZAN, « Stop Being Evil : A Proposal For Unbiased Google Search », *Michigan. L. Rev.*, vol. 111, n° 5, 2013, p. 804.

¹⁹¹ La question peut paraître absurde, mais elle exprime notre conviction personnelle sur le sujet.

En définitive et pour l'heure, l'on constate que la question demeure ouverte à discussion. Néanmoins, il nous semble évident qu'une distinction entre les marchés de la recherche horizontale et verticale devra être opérée. Plus encore, nous irions même jusqu'à suggérer une sous-segmentation du marché de la recherche verticale, en y distinguant parmi les différents services verticaux en ligne¹⁹². En effet, ne peut-on pas supposer que les comparateurs de prix de biens de consommation, les services spécialisés dans la recherche de vols et les services de cartographie ne sont pas substituables entre eux dans l'esprit du consommateur ? Compte tenu des spécificités propres à chaque segment de la recherche verticale, la réponse nous semble devoir tendre vers l'affirmative. D'autant plus qu'en pratique, l'expérience d'une sous-segmentation du marché ne serait pas inédite. Pour prendre un exemple original, pensons aux opérations de traitement de déchets pour lesquelles la Commission n'a pas hésité à distinguer les opérations portant sur des déchets banals et industriels spéciaux, tout en distinguant, respectivement, dans ces deux marchés, quatre autres sous-marchés¹⁹³. Comme le remarque C. Verdure, « *les méthodes de traitement ne sont pas substituables entre elles, dès lors qu'elles ne permettent pas de traiter adéquatement tout type de déchet, compte tenu des spécificités de ces derniers* »¹⁹⁴.

§2. Définition du marché de produits sur le versant des annonceurs

A) Marché a priori : la publicité en ligne

Dans la précédente section, l'on a vu qu'il serait particulièrement malvenu d'ignorer l'interdépendance des différentes catégories d'utilisateurs de Google Search. Ce faisant, le marché a priori retenu sur le versant des internautes (la recherche en ligne) doit nécessairement être appréhendé à l'aune du marché dans lequel Google tire l'essentiel de ses revenus, à savoir celui de la publicité en ligne¹⁹⁵.

¹⁹² À notre connaissance, l'hypothèse n'a pas encore été considérée par la doctrine, les auteurs préférant s'arrêter à une distinction entre la recherche horizontale et verticale.

¹⁹³ Voy. sur cette question, C. VERDURE, « L'application du droit de la concurrence dans le secteur des déchets : examen au regard de la définition du marché pertinent », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 28, 2011, pp. 113-120, spéc. pp. 114-119 et la jurisprudence citée à la page 118. L'auteur constate que la Commission distingue, pour les déchets banals, les sous-marchés (i) de la collecte des déchets ménagers, (ii) de la collecte de déchets industriels, (iii) de la mise en décharge des déchets banals et (iv) de l'incinération des déchets banals. S'agissant des déchets industriels spéciaux, elle distingue les sous-marchés (i) de la collecte, (ii) de l'incinération, (iii) de la détoxification et (iv) de l'enfouissement.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 118.

¹⁹⁵ En ce sens, *inter alia*, J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ? », *op. cit.*, pp. 517-541.

B) Contraintes concurrentielles

Contrairement au marché de la recherche en ligne, le secteur de la publicité sur Internet a d'ores et déjà retenu l'attention des autorités européenne et nationales de la concurrence. Si les conclusions que l'on peut tirer de la pratique administrative constituent, à n'en pas douter, des indicateurs probants de la tendance future, il n'en demeure pas moins que certaines d'entre elles méritent notre attention. De fait, les débats se sont essentiellement focalisés sur l'opportunité de distinguer la publicité en ligne et hors ligne d'une part, et sur la possibilité de segmenter davantage le marché de la publicité en ligne d'autre part, en y distinguant la publicité liée aux recherches et la publicité non liée aux recherches. Nous étudions successivement ces deux questions dans les lignes qui suivent.

1. La publicité en ligne et la publicité hors ligne

Depuis plusieurs années maintenant, Google clame haut et fort qu'il n'existerait qu'un unique marché de la publicité sur lequel elle n'occuperait, par définition, pas une position dominante. La raison est simple : si la firme de Mountain View a vendu pour 45 milliards de dollars de publicités liées aux recherches en 2014, il ne s'agit là que d'une tranche mineure du butin que représente le marché mondial de la publicité, estimé à 550 milliards de dollars.

Cette revendication risque cependant de tomber dans l'oreille d'un sourd, tant la jurisprudence lui donne tort sur ce point. En effet, avant même le passage au nouveau millénaire, la Commission balayait déjà l'argument avancé par Telia et Telenor suivant lequel « *il {est} extrêmement rare qu'une entreprise utilise l'Internet comme unique circuit de commercialisation, et que cette activité d{oi}t être considérée comme faisant partie d'un marché plus général de la publicité dans les journaux, par publipostage, à la télévision et à la radio, etc.* ¹⁹⁶ ». Aux dires de la Gardienne des traités, l'utilisation d'autres supports publicitaires suggère simplement que les annonceurs « *mènent des campagnes de vente diversifiées de manière à toucher le plus grand nombre de personnes possible* ¹⁹⁷ ». Confrontée au même argument dans

¹⁹⁶ Commission européenne, décision du 13 octobre 1999 – *Telia/Telenor*, aff. COMP/M.1439, point. 107, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/DijGDz> (dernière consultation le 20 avril 2015) L'affaire concernait l'acquisition, par les gouvernements Suédois et Norvégiens, d'une société nouvellement constituée qui devait détenir la totalité des actions de Telia et Telenor, deux opérateurs de télécommunication respectivement leaders sur les marchés suédois et norvégien.

¹⁹⁷ *Ibid.*, point. 107.

l'affaire *Google/DoubleClick*¹⁹⁸, la Commission conforta sa position en se fondant sur la spécificité, en termes de ciblage, de la publicité en ligne ainsi que sur une étude de marché qui avait révélé que la majorité des répondants percevaient la publicité en ligne et hors ligne comme des marchés distincts¹⁹⁹.

Des conclusions identiques ont par ailleurs été rendues par ses homologues nationaux. L'Autorité de la concurrence française a par exemple considéré que « *{s} il existe probablement une certaine convergence entre les offres en ligne et les offres hors ligne, celle-ci n'est donc pas de nature à remettre en question la séparation admise par les autorités de concurrence entre publicité en ligne et publicité hors ligne* »²⁰⁰. De même, le Landgericht Hamburg a également considéré que la publicité en ligne devait, à tout le moins, être comprise dans la définition du marché pertinent²⁰¹.

Si la pratique décisionnelle a le mérite d'être constante, certains auteurs soulignent toutefois qu'elle ignore la question centrale qui est celle de savoir si « *offline and online advertising are sufficiently close economic substitutes that each disciplines the prices of the other* »²⁰² et pour d'autres de renchérir que « *{b}oth are fundamentally forms of reducing the costs of a user's search for a product* »²⁰³. À cet égard, il est

¹⁹⁸ Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, aff. COMP/M.4731, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Zddp3k> (dernière consultation le 20 avril 2015).

¹⁹⁹ *Ibid.*, point. 45. Cette conclusion fut partagée par la FTC dans l'affaire analogue aux Etats-Unis, voy. Proposed Acquisition of Hellman & Friedman Capital Partners V, LP, (Click Holding Company) By Google Inc, « Statement of the Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick », disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/xCO7Rt> (dernière consultation le 15 mars 2015).

²⁰⁰ Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, n° 10-A-29, point. 130, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/l4v75K> (dernière consultation le 20 avril 2015).

²⁰¹ Landgericht Hamburg, jugement du 11 avril 2013 – *Verband Deutscher Wetterdienstleister e.V. v. Google*, n° 408 HKO 36/13, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/rEhnpE> (dernière consultation le 15 mars 2015). Voy. spéc., p. 3, « *Von daher erscheint es geboten, zur Bestimmung des relevanten Marktes den Bereich der Online-Werbung zumindest mit einzubeziehen* » (c'est nous qui soulignons). Pour une traduction non-officielle de la décision, voy. <http://goo.gl/f4J7Vo> (dernière consultation le 15 mars 2015) (« *The search engine is just a vehicle to generate advertising revenues. The same applies to the applicant's member companies {...}. Therefore, it seems necessary to at least take into account the area of online advertising when determining the relevant market* »).

²⁰² J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Online Advertising : Defining Relevant Markets », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 6, n° 3, 2010, p. 675, note des auteurs n° 72. Voy. en ce sens, A. GOLDFARB et C. TUCKER, « Substitution Between Offline and Online Advertising Markets », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 7, n° 1, 2011, pp. 37-44, qui soulignent le lien étroit entre ces deux formes de publicité, tout en reconnaissant que leurs études doivent être lues comme des suggestions et non comme des conclusions définitives. Voy. également F. THEPOT, « Market Power in Online Search and Social Networking : A Matter of Two-Sided Markets », *op. cit.*, pp. 210-212, qui passe en revue les différentes études réalisées.

²⁰³ G. A. MANNE, « The Problem of Search Engines as Essential Facilities : An Economic & Legal Assessment », in *The Next Digital Decade : Essays on the Future of the Internet* (sous la dir. de B. SZOKA et A. MARCUS), Washington D.C., TechFreedom, 2010, p. 425. Pour une argumentation similaire, voy. J. KAGAN, « Bricks, Mortar, and Google : Defining the Relevant Antitrust Market for

vrai que les autorités de la concurrence ont souvent eu recours à des comparaisons portant sur les différentes caractéristiques et/ou usages auxquels étaient destinés les produits sous examen pour évaluer le degré de substituabilité. Cependant, au-delà de cette rhétorique économique, est-il raisonnable de plaider en faveur d'un marché publicitaire unique ?

Selon G. A. Manne, il serait aberrant de soutenir le contraire dans la mesure où il existerait des preuves empiriques qui attesteraient de la substituabilité de ces deux canaux publicitaires. Ce dernier cite l'exemple de Pepsi, l'un des deux mastodontes du soda, qui se refusa à organiser une campagne publicitaire télévisée pour le Super Bowl de 2010, préférant investir ses millions de dollars dans une campagne en ligne²⁰⁴. Dans la même veine, A. Goldfarb et C. Tucker ont réalisé deux études qui tendent à démontrer que la publicité hors ligne exerce une contrainte concurrentielle suffisante sur la publicité en ligne que pour les considérer comme interchangeables. Dans la première, les auteurs tentent d'analyser les effets de la publicité hors ligne sur la publicité en ligne en comparant (1) l'efficacité de la publicité en ligne dans des villes prohibant la publicité pour l'alcool par voie de panneaux d'affichage avec (2) l'efficacité de la publicité en ligne dans des villes qui autorisent la publicité par voie de panneaux d'affichage. Leurs résultats démontrent que la publicité hors ligne contraindrait son pendant Internet, et pour eux d'en conclure que « *our evidence strongly suggests that advertisers should be able to substitute relatively easily between the two channels* »²⁰⁵. Dans la seconde, ils se posent la question de savoir si la publicité hors ligne est susceptible d'affecter le prix de la publicité liée aux recherches. Pour ce faire, ces derniers profitent de l'hétérogénéité des législations étatiques aux États-Unis en matière de sollicitation par des avocats. En effet, certains états restreignent la possibilité pour les avocats de solliciter, par le biais de méthodes de communication traditionnelles, des clients potentiels, victimes de préjudices corporels (lois dites des « chasseurs d'ambulance »). Leurs résultats illustrent que dans les états où la sollicitation est limitée, le prix des mots-clés liés aux services

Internet-Based Companies », *N.Y.U. Law. School. Rev.*, vol. 55, n° 1, 2011, pp. 271-292, spéc. pp. 285-288.

²⁰⁴ G. A. MANNE, « The Problem of Search Engines as Essential Facilities : An Economic & Legal Assessment », *op. cit.*, pp. 425-426.

²⁰⁵ A. GOLDFARB et C. TUCKER, « Substitution Between Offline and Online Advertising Markets », *op. cit.*, pp. 40-41. Les auteurs reconnaissent toutefois que leur étude n'aborde pas les questions liées au prix de la publicité, questions qu'ils examinent dans la seconde étude que nous reprenons.

juridiques spécialisés dans les préjudices corporels est relativement supérieur (5 à 7 %) à celui de n'importe quels autres mots-clés liés à des services juridiques. À l'inverse, dans les états qui n'imposent pas ce type de réglementation, la différence de prix pour ces mêmes mots-clés est insignifiante²⁰⁶.

À n'en pas douter, ces données empiriques ne doivent pas être écartées en ce qu'elles mettent en lumière la possible substituabilité entre la publicité en ligne et hors ligne. Toutefois, nous sommes d'avis qu'il est peu probable que les institutions de l'UE infléchissent leur position, d'autant plus que les études susmentionnées se fondent sur des entraves à l'accès au marché et non sur le SSNIP Test.

2. La publicité liée aux recherches et la publicité non liée aux recherches

Protéiforme, la publicité sur Internet peut toucher les internautes sous le couvert de multiples avatars. Afin de rendre compte de cette géométrie variable dans le ciblage, l'on distingue traditionnellement la publicité liée aux recherches de la publicité non liée aux recherches²⁰⁷. La première catégorie correspond aux liens commerciaux qui apparaissent en marge des liens naturels d'un moteur de recherche en réponse à une recherche effectuée par un internaute sur la base de mots-clés qu'il choisit (*AdWords* chez Google). La seconde regroupe toutes les autres publicités en ligne (*AdSense* chez Google) qui peuvent être soit contextuelles, soit non contextuelles²⁰⁸.

À l'évidence, ces deux formes de publicité en ligne constituent des voies attractives pour les annonceurs dans la mesure où elles leur permettent toutes les deux d'atteindre un public particulièrement ciblé. En effet, l'on notera qu'en amont, le vendeur d'espaces publicitaires – qu'il s'agisse d'un moteur de recherche ou d'un gestionnaire de site Internet – aura préalablement recueilli des informations précieuses sur les visiteurs de son site. L'on pense notamment aux intérêts et préférences des internautes véhiculés par les *cookies*²⁰⁹, ou aux informations

²⁰⁶ *Ibid.*, pp. 41-42.

²⁰⁷ Cette différenciation ne préjuge cependant pas l'existence de marchés distincts au sens du droit de la concurrence.

²⁰⁸ Voy. Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, points. 10-17.

²⁰⁹ Un « cookie », également appelé « témoin » est un petit fichier « espion » inséré par un site web ou un moteur de recherche dans l'ordinateur de chaque utilisateur. Ce fichier peut être assimilé à une carte d'identification dans la mesure où il enregistre certaines informations personnelles telles que l'âge, le nom d'utilisateur, certaines habitudes de navigation, etc. Son objectif est essentiellement de collecter et analyser ces informations afin de faciliter la navigation de l'utilisateur ou pour lui proposer des

géographiques qui peuvent être déduites de leur adresse IP²¹⁰²¹¹.

Pour autant, y a-t-il lieu de les distinguer sur le plan de la définition du marché pertinent ? La question fut posée à l'occasion des affaires *Google/DoubleClick* et *Microsoft/Yahoo* précitées sans pour autant trouver une réponse définitive. Dans la première, la Commission a *supposé* que du point de vue des annonceurs, les annonces liées aux recherches et celles qui ne le sont pas peuvent être considérés comme substituables dans une certaine mesure {...}, {notamment parce que} les différences entre les divers types d'annonce semblent diminuer »²¹². Toutefois, dans la seconde, l'enquête de marché révéla qu'un nombre important de répondants perçoivent ces deux formes de publicités comme constituant des marchés séparés. À leurs yeux, la publicité liée aux recherches permettrait un ciblage plus précis des internautes, à la différence de la publicité non liée aux recherches, dont l'objet premier serait de susciter ou de renforcer l'intérêt pour une marque²¹³.

En France, l'Autorité de la concurrence s'est montrée plus catégorique, tranchant la question en faveur d'une segmentation du marché de la publicité en ligne. Reprenant à son compte les arguments développés ci-dessus, elle a également ajouté que la publicité liée aux recherches permet des campagnes plus accessibles financièrement dans la mesure où « *il n'existe pas de coût d'entrée, pas de minimum d'achat et le budget peut être contrôlé au plus juste, puisque l'annonceur peut à la fois fixer une limite au CPC, mais aussi au budget global investi* »²¹⁴.

Ainsi qu'on le constate, à défaut d'être décisive, la tendance des autorités de la concurrence semble clairement se diriger vers une segmentation du marché de la publicité en ligne où il conviendrait de distinguer la publicité liée aux recherches de la publicité non liée aux recherches²¹⁵. Ces décisions nous semblent, toutefois,

publicités qui lui correspondent. Pour plus de précisions, voy. A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 203.

²¹⁰ L'adresse IP, ou « Internet Protocole » est assimilable à une plaque d'immatriculation de l'utilisateur.

²¹¹ J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Online Advertising : Defining Relevant Markets », *op. cit.*, pp. 668 et 680. Notons qu'il s'agit là d'un point clé sur lequel nous reviendrons dans notre évaluation du pouvoir de marché de Google.

²¹² Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, points. 52-53.

²¹³ Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.* points. 72-73. Notons que certains répondants ont argué que « *the 'classical' distinction between search and non-search on the basis of the distinction between direct response marketing with search ads and the building of brand awareness with display ads is increasingly blurred in practice* » (point. 74).

²¹⁴ Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 158.

²¹⁵ Voy. toutefois la décision de la FTC relative à la fusion proposée par Google et DoubleClick, dans laquelle l'autorité se prononce clairement en faveur d'une segmentation du marché de la publicité en

critiquables dans la mesure où elles reposent sur une interprétation très restrictive de la notion de « publicité liée aux recherches »²¹⁶. En effet, dans l'affaire *Google/DoubleClick* précitée, la Commission a refusé d'inclure dans le marché pertinent la publicité générée par des outils de recherche insérés par les éditeurs dans leur page Web²¹⁷. Pour se justifier, elle a soutenu que « ces résultats de recherche s'affichent généralement sur une nouvelle page Web n'appartenant pas à l'inventaire de contenu de l'éditeur »²¹⁸. Or, la Toile regorge de sites dans lesquels ces outils de recherche génèrent des publicités dans une page appartenant à l'éditeur du site, lui permettant ainsi d'augmenter ses revenus²¹⁹.

Ainsi qu'on le constate, la segmentation du marché de la publicité en ligne peut être discutée. Néanmoins, il semble une nouvelle fois peu probable que la Gardienne des traités dévie de sa ligne de conduite adoptée jusqu'ici.

§3. Marché(s) de produits de Google

Ayant débusqué les différents pièges qui guetteront la Commission lorsqu'elle entreprendra de délimiter le marché de produits de Google, nous nous proposons d'anticiper ses conclusions en soumettant des suggestions possibles de définitions (B.) à la lumière de la jurisprudence administrative de certaines autorités de la concurrence lorsqu'elles furent confrontées à des plateformes multifaces (A.).

A) Les plateformes multifaces appréhendées par les autorités de la concurrence

Une analyse de la pratique décisionnelle récente des autorités de la concurrence révèle que ces dernières sont souvent partagées lorsqu'il s'agit de prendre en

ligne. À cette occasion, elle a considéré que « *search engines provide a unique opportunity for advertisers to reach potential customers {...} Advertisers purchase different types of ad inventory for different purposes, and one type does not significantly constrain the pricing of another. For instance, advertisers primarily purchase search advertising space to implement direct response ad campaigns, while directly sold ad inventory is generally purchased for brand advertising campaigns* ». Partant, « {...} advertising space sold by search engines is not a substitute for space sold directly or indirectly by publishers or vice versa », in Proposed Acquisition of Hellman & Friedman Capital Partners V, LP, (Click Holding Company) By Google Inc, « Statement of the Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick » *op. cit.*, pp. 3 et 7 (c'est nous qui soulignons).

²¹⁶ En ce sens, S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, p. 25 ; J. VERHAERT, « The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the New Economy : A case study of Google », *op. cit.*, p. 272.

²¹⁷ Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, points. 54-56. Il s'agit des petites boîtes de recherche qui apparaissent sur le site internet d'un éditeur. Pour un exemple, voy. le site « Abondance », en haut à droite de la page d'accueil : <http://www.abondance.com/> (dernière consultation le 25 mars 2015).

²¹⁸ Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, point. 54.

²¹⁹ Pour un exemple, voy. <http://www.marketingprofs.com/>. Pour un contre exemple, voy. <http://www.economist.com/> (dernière consultation le 25 mars 2015).

considération les différents versants d'opérateurs multifaces pour les besoins de la définition du marché pertinent. Dans certaines décisions, l'on constate l'adoption d'une logique monoface dans la définition du marché de produits. Tel fut, par exemple, le cas dans la décision *Travelport/Worldspan*²²⁰ de la Commission. Bien qu'elle ait reconnu la nature multiface des plateformes de Système Mondial de Distribution (SMD)^{221 222}, l'autorité européenne de la concurrence se contenta de définir un seul marché de produits, à savoir « *celui des services électroniques de distribution de voyages par un SMD* »²²³. D'une manière similaire, dans l'affaire *MasterCard*²²⁴, elle refusa explicitement de tenir compte de la pluralité des versants du système de carte de paiement de MasterCard, alors même qu'elle avait reconnu la nature multiface de la plateforme, considérant qu'« *une demande 'biface' n'implique nullement l'existence d'un 'produit conjoint' unique offert par une 'entreprise commune'* »²²⁵. Il en fut de même à l'occasion de l'acquisition proposée de la division régionale londonienne du groupe Independent News & Media (INM) par Archant Limited, lorsque l'Office of Fair Trading (OFT) n'eut égard qu'aux annonceurs dans sa définition du marché pertinent, ignorant de ce fait le marché des lecteurs de journaux²²⁶.

Plus récemment, la tendance semble s'inverser quelque peu. Ainsi, dans sa décision *Microsoft/Yahoo* précitée, la Commission prit soin de reconnaître l'interdépendance des versants *annonceurs* et *internauts* des moteurs de recherche²²⁷. De même, dans son avis sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, l'Autorité de la concurrence concéda qu'« *il faudrait prendre en compte les deux faces du marché* »²²⁸. Enfin, à l'occasion de la concentration proposée par Microsoft et Skype,

²²⁰ Commission européenne, décision du 21 août 2008 – *Travelport/Worldspan*, aff. COMP/M.4524, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/wPXWdW> (dernière consultation le 25 mars 2015)

²²¹ Un Système Mondial de Distribution (SMD) est un outil qui permet aux agences de voyages (AV) d'obtenir des informations et de faire des réservations auprès, notamment, de compagnies aériennes, d'hôtels et de sociétés de location de voitures.

²²² Commission européenne, décision du 21 août 2008 – *Travelport/Worldspan*, *op. cit.*, points. 10-11.

²²³ *Ibid.*, point.10.

²²⁴ Commission européenne, décision du 19 décembre 2007 – *MasterCard et autres c. Commission*, affs. COMP/34.579, COMP/36.518 et COMP/38.580, point. 257, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/S9oQBh> (dernière consultation le 25 mars 2015).

²²⁵ Commission européenne, décision du 19 décembre 2007 – *MasterCard et autres c. Commission*, *op. cit.*, point. 257.

²²⁶ Office of Fair Trading, « Archant Limited and the London newspapers of Independent News and Media Limited : a report on the acquisition by Archant Limited of the London Newspapers of Independent News and Media Limited », Competition Commission, vol. 87, 2004, points. 4.12-4.13.

²²⁷ Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, points 47 et 100.

²²⁸ Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 180.

la Gardienne des traités considéra que les services de communication pour *consommateurs* et les services de communication pour *entreprises* constituaient deux marchés de produits distincts qu'il convenait d'analyser séparément²²⁹.

À la lumière de ce qui précède, l'on peut donc raisonnablement affirmer que la tendance actuelle des autorités de la concurrence est de témoigner davantage de sensibilité aux caractéristiques particulières des marchés à versants multiples dans leur analyse du marché pertinent²³⁰.

B) Propositions de définition du marché de produits

Ainsi qu'on vient de le voir, délimiter le marché de produits de Google est un exercice qui relève du casse-tête chinois. Tout au long de la présente sous-section, nous avons tenté de relever le défi, d'une part, en appliquant une méthodologie adaptée aux deux versants pertinents pour l'enquête de la Commission sous examen – à savoir, la face *internauts* et la face *annonceurs* –, et d'autre part, en soulignant les difficultés spécifiques auxquelles la Gardienne des Traités sera confrontée.

À notre humble avis, l'exercice de délimitation du marché de produits ne peut être négligé et devra impérativement prendre en compte les deux faces pertinentes de la plateforme. Certains auteurs s'y sont essayés et aboutissent à des définitions originales. Tout en reconnaissant les limites inhérentes à sa proposition, F. Thépot propose, par exemple, de retenir « *the area of 'monetization of users' information to advertisers* »²³¹. D'autres attirent plutôt l'attention sur l'existence d'un marché potentiel pour les données d'utilisateurs²³².

Louables, ces suggestions nous paraissent toutefois comporter un risque de faux-négatif²³³ qui procéderait d'une définition excessivement large du marché pertinent. En effet, nous estimons que la dominance de l'entreprise de Mountain View devra, au minimum, être ultérieurement appréciée dans les marchés interdépendants de la recherche en ligne horizontale et verticale ainsi que dans le marché de la publicité liée

²²⁹ Commission européenne, décision du 7 octobre 2011 – *Microsoft/Skype*, aff. COMP/M.6281, points. 10-17, spéc. points. 16-17, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/FXQJtF> (dernière consultation le 25 mars 2015).

²³⁰ Pour une étude détaillée sur le sujet, voy. not. L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME et P. AFFEDLT, « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *op. cit.*, pp. 293-339.

²³¹ F. THEPOT, « Market Power in Online Search and Social Networking : A Matter of Two-Sided Markets », *op. cit.*, p. 218.

²³² Sur ce point, voy. C. BAUDENBACKER, « Competition Law Issues in the Online World », 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 et 5 avril 2013, pp. 15-16, disponible à l'adresse suivante: <http://ssrn.com/abstract=2341978> (dernière consultation le 14 avril 2015).

²³³ C'est-à-dire, l'absence de condamnation d'une entreprise ayant abusé de sa position sur le marché.

aux recherches sur Internet. Cependant, il est de notre conviction qu'une sous-segmentation du secteur de la recherche verticale s'avérera nécessaire afin de tenir compte des spécificités dans la recherche offerte par chaque segment vertical. Nous pensons dès lors qu'une distinction devra être opérée entre les différents secteurs de la recherche verticale (par ex. le secteur des comparateurs de prix de biens de consommation, le secteur de la recherche de vols, le secteur de la recherche locale, etc.). À l'heure d'écrire ces lignes, la Commission semble d'ailleurs s'être engagée sur cette voie²³⁴.

Sous-section III. Définition du marché géographique

À première vue, la définition du marché géographique paraît simple dans la mesure où les services fournis par Google sont accessibles dans le monde entier. Ce faisant, il serait tentant d'avancer que le marché géographique couvrirait l'ensemble du globe. Une telle conclusion serait néanmoins hâtive en ce qu'elle ignorerait les préférences – notamment linguistiques – des utilisateurs d'une part, et les multiples faces de la plateforme d'autre part.

S'agissant du versant des internautes, à supposer que le marché de produits retenu soit celui de la recherche en ligne, l'on pourrait effectivement concevoir que la définition du marché géographique englobe le monde entier. C'est d'ailleurs la solution vers laquelle la Commission a semblé tendre dans l'affaire *Microsoft/Yahoo* précitée²³⁵. Par contre, dans l'hypothèse où le marché de la recherche en ligne viendrait à être segmenté entre le marché de la recherche horizontale et le marché de la recherche verticale, une telle conclusion ne pourrait s'appliquer qu'au premier cité. En effet, à l'inverse des moteurs généralistes, les services de recherche verticaux sont souvent orientés vers le niveau national ou linguistique. Pour ne prendre qu'un exemple, le comparateur de prix « *comparer.be* » ne cible que les consommateurs belges et néerlandais²³⁶. À notre avis, il serait dès lors plus opportun de délimiter le marché géographique de la recherche verticale en fonction des frontières nationales

²³⁴ Voy. Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante: la Commission adresse une communication des griefs à Google au sujet de son service de comparaison de prix », Bruxelles, 15 avril 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/XcaUnD> (dernière consultation le 20 avril 2015).

²³⁵ Voy. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, points. 96-98. Notons toutefois que l'autorité européenne de la concurrence n'est pas parvenue à une conclusion définitive, préférant ainsi laisser la question ouverte.

²³⁶ Voy. <http://www.comparer.be/> (dernière consultation le 17 mars 2015).

ou linguistiques au sein de l'EEE²³⁷.

Sur le versant des annonceurs, la Commission a souligné dans les affaires *Google/DoubleClick* et *Microsoft/Yahoo* précitées que « *la fourniture ou l'achat d'espaces publicitaires fait l'objet d'une différenciation opérée sur la base des préférences, des langues et des spécificités culturelles nationales* »²³⁸. Dans les deux cas, elle avait considéré « *{...} qu'une subdivision du marché des espaces publicitaires en ligne peut être faite en fonction des frontières nationales ou linguistiques au sein de l'EEE. La même conclusion vaut pour les marchés plus restreints hypothétiques correspondant aux annonces liées aux recherches et celles qui ne le sont pas* »²³⁹. Nous sommes d'avis que cette définition du marché géographique doit être retenue²⁴⁰.

Chapitre III. Google : monopoliste ou géante aux pieds d'argile ?

Une fois défini le marché pertinent dans lequel opère l'entreprise supposément dominante, encore faut-il examiner si cette dernière l'est réellement. En effet, ce n'est que dans la mesure où la firme en cause détient une position dominante que sa conduite mérite d'être examinée.

Bien que ces notions diffèrent conceptuellement, caractériser la position dominante revient, en réalité, à mesurer le pouvoir de marché de l'opérateur en cause²⁴¹. Autrement dit, les autorités de la concurrence doivent pouvoir démontrer que l'entreprise est en mesure de fixer des prix durablement supérieurs à ceux qui

²³⁷ En ce sens, S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, pp. 25-26.

²³⁸ Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, point. 83. Voy. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 89.

²³⁹ Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, *op. cit.*, point. 84. Voy. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 93.

²⁴⁰ En ce sens, J. VERHAERT, « The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the New Economy : A case study of Google », *op. cit.*, p. 272 ; S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, pp. 25-26 ; Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 221.

²⁴¹ Voy. Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, J.O.U.E., C 45, 24 février 2009, pp. 7-20, point. 10 (ci-après le « Document d'orientation »). Pour un commentaire, voy. M. A. GRAVENGAARD et N. KJÆRSGAARD, « The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice », *E.C.L.R.*, vol. 31, n° 7, 2010, pp. 285-305.

prévaudraient dans une situation concurrentielle (c'est-à-dire au-delà du coût marginal)²⁴². Toutefois, il convient de ne pas se méprendre : si toute entreprise dominante dispose nécessairement d'un certain pouvoir de marché, l'inverse ne sera pas toujours vrai. Ce qui importe à des fins de caractérisation de la dominance, c'est que l'opérateur en cause ne subisse pas de pressions concurrentielles suffisantes et qu'il dispose, de ce fait, d'un pouvoir de marché *significatif*²⁴³.

Ce bref rappel derrière nous, venons-en au vif de la problématique traitée dans le présent chapitre : Google, est-elle une monopoliste ou une géante aux pieds d'argile ? Cette question nous semble fondamentale à l'heure où certains auteurs de renom soutiennent qu'il est impossible pour une entreprise de se maintenir durablement en position dominante dans les marchés de la « Nouvelle Économie ». D'autres estiment encore qu'il faudrait impérativement adapter l'approche traditionnellement utilisée pour évaluer la dominance, et ce, afin de tenir compte des caractéristiques de ces industries high-tech.

Dans ce contexte, la réponse à notre interrogation procédera d'une analyse en deux temps : en premier lieu, nous examinerons les mérites des allégations soutenant la désuétude de l'approche traditionnelle (Section I.). En second lieu, nous tirerons les leçons de nos découvertes afin de mesurer la position de Google sur son marché pertinent (Section II.)

Section I. La dominance dans les marchés de la Nouvelle Économie : une approche traditionnelle désuète ?

Pour beaucoup, l'avènement de la «Nouvelle Économie» est à classer parmi les plus grands succès économiques de ce siècle. Mais au fond, que recouvre ce concept (sous-section I.), et quelles en sont les implications pour notre évaluation de la position qu'occupe Google sur le marché pertinent (sous-section II.) ?

Sous-section I. Caractéristiques des marchés de la Nouvelle Économie

À défaut de consensus autour d'une définition unique de ce que constitue un marché

²⁴² Document d'orientation, point. 11.

²⁴³ Voy. DG Concurrence, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Consultation publique, décembre 2005, point. 23 (ci-après, le « Document de réflexion »), disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/0dIuav> (dernière consultation le 5 avril 2015).

de la « Nouvelle Économie », la doctrine s'accorde sur certaines caractéristiques particulières qui les distinguent des marchés « traditionnels »²⁴⁴.

Tout d'abord, le niveau d'innovation y est élevé, ce qui entraîne des bouleversements parfois abrupts dans la structure du secteur, soit par la naissance d'un nouveau marché, soit par la transformation d'un marché existant²⁴⁵. Dans ces industries high-tech, la concurrence est donc censée se développer de manière féroce et dynamique ce qui favorise l'émergence d'entreprises « *fréquemment capables de faire 'basculer' le marché, en quelques jours (to 'tip the market')* »²⁴⁶. Google en est d'ailleurs l'illustration la plus saisissante, elle qui est parvenue, en un temps record, à détrôner Alta Vista de son piédestal, et ce, grâce à la supériorité de ses algorithmes de recherche.

Ensuite, la littérature économique insiste fortement sur la présence de puissants effets de réseau, également qualifiés d'économies d'échelle sur le plan de la demande²⁴⁷. En substance, l'idée veut que ces externalités, lorsqu'elles sont couplées aux économies d'échelle traditionnelles, contribuent à renforcer la position des acteurs les plus puissants au détriment des opérateurs plus faibles. Plus encore, elles faciliteraient le fameux « basculement » du marché vers une entreprise ou une technologie qui aurait réussi à capter l'attention des consommateurs, tendant ainsi à la création d'une structure de monopole²⁴⁸.

Le fort degré de concentration est, par ailleurs, directement lié à la troisième caractéristique que l'on retrouve dans les marchés de la Nouvelle Économie, à savoir l'existence de coûts fixes et/ou irrécupérables très élevés, couplés à des coûts marginaux extrêmement réduits. Cette structure de coûts a pour conséquence de

²⁴⁴ Voy. pour une synthèse en un phrase des caractéristiques de la Nouvelle Économie, R. A. POSNER, « Antitrust in the New Economy », *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n° 106, 2^{ème} éd., *U. Chicago. L. & Econ.*, 2000, p. 1, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/w5gw0H> (dernière consultation le 21 mars 2015).

²⁴⁵ C. GRAHAM, « Introduction », in *Competition, Regulation and the New Economy* (sous la dir. de C. GRAHAM et F. SMITH), Portland, Hart Publishing, 2004, p. 2.

²⁴⁶ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence, op. cit.*, 263.

²⁴⁷ Voy. *inter alia*, K. KIM, *Competition Law in the New Economy Industries : Is the Current Competition Analysis Adequate to Protect Consumers in the New Economy Industries ?*, Thèse publiée, Université de Manchester, 2012, p. 15 et les références citées par l'auteur en note infrapaginale n° 18, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iQUm9E> (dernière consultation le 21 mars 2015).

²⁴⁸ R. LIND et P. MUYSSERT, « Innovation and Competition Policy : Challenges for the New Millennium », *E.C.L.R.*, vol. 24, n° 2, 2003, p. 89 ; C. AHLBORN, V. DENICOLO, D. GERADIN et A. PADILLA, « DG Comp's Discussion Paper on Article 82 : Implication of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries », *T.I.L.E.C.*, 2006, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/EiMaoD> (dernière consultation le 21 mars 2015), p. 14.

permettre aux opérateurs installés de profiter d'importants rendements d'échelle²⁴⁹.

Enfin, selon les économistes, bon nombre de ces industries sont le théâtre de courses folles vers les sommets au terme desquelles le vainqueur raflerait tout (« *winner takes all* »)²⁵⁰. La concurrence ne s'opèrerait alors plus *dans* le marché, mais *pour* le marché²⁵¹.

Pour autant, ces « *nouveaux monopoles* »²⁵² ne seraient pas durables. En effet, si le meilleur compétiteur en vient à s'accaparer d'importantes parts de marché, il n'en demeurerait pas moins fragile, car constamment sous la menace d'un rival plus innovant désireux de briser son hégémonie²⁵³.

Sous-section II. Implications pour l'appréciation d'une éventuelle position dominante de Google

À n'en pas douter, les marchés de la recherche sur Internet et de la publicité liée aux recherches correspondent à l'esquisse précédemment dressée des industries de la Nouvelle Économie. Se pose ensuite la question de savoir comment mesurer le pouvoir de marché de Google. Sur ce point, si un consensus doctrinal se dégage autour des caractéristiques distinctives des industries innovantes et dynamiques, il demeure une discorde quant aux implications concrètes qu'emporte cette caractérisation du point de vue de la politique de la concurrence. Celle-ci est par ailleurs exacerbée lorsqu'il s'agit d'évaluer l'existence d'une position dominante dans ces nouveaux marchés. Dans les lignes qui suivent, nous examinerons brièvement les approches en présence, et ce, dans l'espoir de dégager une tendance pour l'avenir –

²⁴⁹ C. AHLBORN, V. DENICOLO, D. GERADIN et A. PADILLA, « DG Comp's Discussion Paper on Article 82 : Implication of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries », *op. cit.*, p. 13.

²⁵⁰ Voy. not. C. AHLBORN, D. EVANS et A. PADILLA, « Competition Policy in the New Economy : Is Competition Law up To the Challenge ? », *E.C.L.R.*, vol. 22, n° 5, 2001, pp. 156-167, spéc. p. 152.

²⁵¹ L'idée, formulée par E. Chadwick, serait que la concurrence s'exercerait en amont du marché : lors de la première course, les entreprises investiraient massivement dans le développement de nouveaux produits et seul le gagnant en tirerait les profits, s'accaparant de la sorte d'importantes parts de marché. Ensuite, à l'occasion des courses subséquentes, les perdants retenteraient leur chance. Eventuellement, l'un d'entre eux parviendrait à déloger le premier gagnant de sa place de leader (voy. E. CHADWICK, « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service », *J. Stat. Soc. London.*, vol. 22, n° 3, 1859, pp. 381-420).

²⁵² J. GSTALTER, *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle. Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1-1023.

²⁵³ Pensons par exemple à l'entreprise Nokia, l'ancienne géante de l'industrie de la téléphonie mobile aujourd'hui rachetée par Microsoft (D. LEE, « Nokia: The rise and fall of a mobile giant », *BBC News*, 3 septembre 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/217ZXv> (dernière consultation le 17 mars 2015).

d'une manière en générale – et pour Google – en particulier²⁵⁴.

Passée à la postérité, la définition de la position dominante fait référence à « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs* »²⁵⁵. Pour caractériser la dominance, les institutions de l'UE ont traditionnellement plébiscité une approche structuraliste qui consiste à disséquer les parts de marché, ainsi que les barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché pertinent. Dans le contexte de la Nouvelle Économie, certains auteurs influents – qualifiés de néo-Schumpétériens – ont toutefois suggéré de modifier ce test de dominance afin de mieux rendre compte de l'éphémérité ainsi que de la contestabilité du pouvoir de marché dans ces secteurs d'activité dynamiques. En substance, ces derniers affirment que les autorités de la concurrence se doivent de garder à l'esprit que la dominance dans ces marchés y est, par nature, autocorrective²⁵⁶. De fait, puisque la concurrence se réalise *pour* le marché et non plus *dans* le marché, « *{m}arket share may be altogether irrelevant in some cases because markets may exist in which innovation is so characteristic and sustained that firms compete not merely for market share, but for markets as a whole* »²⁵⁷. Selon A. B. Spencer, l'analyse de la dominance devrait donc prendre en compte trois facteurs, à savoir (1) l'existence de réseaux concurrents dès le stade de la définition du marché pertinent (par opposition à des produits concurrents) ; (2) le développement historique de

²⁵⁴ Nous renvoyons, par ailleurs, le lecteur à des contributions plus abouties qui traitent de la question. Voy. *inter alia*, C. AHLBORN, D. EVANS et A. PADILLA, « Competition Policy in the New Economy : Is Competition Law up To the Challenge ? », *op. cit.*, pp. 156-167 ; G. MONTI, « Article 82 EC and New Economy Markets », in *Competition, Regulation and the New Economy* (sous la dir. de C. GRAHAM et F. SMITH), Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 17-54 ; M. MESSINA, « Article 82 and the New Economy : Need for Modernisation ? », *Comp. L. Rev.*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 73-98 ; R. DE ALMEIDA, « Market Dominance in the New Economy », *Revista DIREITO GV*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 67-98.

²⁵⁵ C.J.C.E., arrêt du 14 février 1978 – *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, *op. cit.*, point 65 ; C.J.C.E., arrêt du 13 février 1979 – *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, aff. C-85/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. I-00461, point 38.

²⁵⁶ D. J. TEECE ET. M. COLEMAN, « Meaning of Monopoly Power : Antitrust Analysis in High-Technology Industries, The New Issues Raised by Information Technology Industries », *Antitrust Bull.*, vol. 43, n° 3/4, 1998, pp. 801-858.

²⁵⁷ J. SIDAK et D. J. TEECE, « Dynamic Competition in Antitrust Law », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 5, n° 4, 2009, p. 615. En ce sens, voy. *inter alia*, D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 822-823, pour qui « *{l}'inconvenient majeur du critère des parts de marché tient surtout au manque de fiabilité des techniques déterminant le marché pertinent* ».

l'innovation dans le secteur analysé (avec une incidence marginale des parts de marché) et (3) l'existence de barrières à l'innovation (par opposition à des barrières à l'entrée)²⁵⁸. R. Schmalensee, quant à lui, préconise l'adoption d'une approche comportementaliste permettant d'identifier (1) s'il existe des contraintes qui limitent la capacité des entreprises à adopter un comportement anticoncurrentiel et (2) si les actions engagées par l'entreprise examinée correspondent à celles que pourrait mettre en œuvre un monopoliste²⁵⁹.

Ces alternatives néo-Schumpetériennes séduiront-elles un jour les institutions de l'UE ? Feront-elles une incise dans l'affaire *Google* ? Le lecteur de ce mémoire nous permettra d'en douter, même si l'on concédera que les derniers signaux renvoyés par Bruxelles et Luxembourg leur témoignent une sensibilité accrue susceptible de briser nos certitudes.

Ainsi, dans l'affaire *France Télécom*, la Commission a largement ignoré l'argument de l'ancien opérateur historique français qui soutenait que ses parts de marché constituaient un indice peu fiable dans le contexte du marché de l'accès à Internet à haut débit, considérant qu'il ne pouvait être argué « *d'une quelconque volatilité, fragilité ou instabilité de la position occupée par Wanadoo Interactive sur un marché émergent, qui rendrait inopérant un examen des parts de marché et leur prise en compte parmi les facteurs établissant la dominance* »²⁶⁰. Elle précisa en outre « *{q}u'en tout état de cause, une légère érosion de parts de marché très importantes ne peut constituer la preuve de l'absence de position dominante* »²⁶¹. Statuant sur recours, le Tribunal confirma cette décision, estimant qu'il « *s'agissait certes d'un marché en forte croissance, mais {que} cet élément ne saurait exclure l'application des règles de concurrence, et notamment celles de l'article 82 CE* »²⁶². Cependant, l'on relèvera que le juge de Luxembourg prit soin d'examiner l'assertion suivant laquelle « *sur un tel marché, il convenait de se placer dans une perspective*

²⁵⁸ Voy. A. B. SPENCER, « Antitrust and the Information Age : Section 2 Monopolization Analyses in the New Economy », *Harv. L. Rev.*, vol. 114, n° 5, 2001, pp. 1623-1646, spéc. pp. 1637-1638.

²⁵⁹ R. SCHMALENSSEE, « Antitrust Issues in Schumpeterian Industries », *American. Econ. Rev.*, vol. 90, n° 2, 2000, pp. 192-196, spéc. p. 194.

²⁶⁰ Commission européenne, décision du 16 juillet 2003 – *Wanadoo Interactive*, aff. COMP/38.233, point. 222, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/USZOZW> (dernière consultation le 20 avril 2015).

²⁶¹ *Ibid.*, point. 220.

²⁶² T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 30 janvier 2007 – *France Télécom SA c. Commission*, aff. T-340/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. II-00107, point. 107.

dynamique en appréciant non seulement la concurrence actuelle, mais également la concurrence potentielle »²⁶³.

Un raisonnement similaire fut déployé dans l'affaire *Microsoft I* précitée, la Gardienne des traités ayant estimé que si « *{l}es caractéristiques d'un secteur donné (qu'il soit de haute technologie ou appartienne à l'ancienne Économie) doivent bien sûr être prises en considération {...}, cela ne signifie pas qu'il soit absolument impossible d'appliquer une analyse antitrust aux marchés de la 'nouvelle économie'* »²⁶⁴. Rappelant que « *{d}es parts de marché extrêmement importantes, c'est-à-dire supérieures à 50 %, constituent en soi, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante* »²⁶⁵, la Commission considéra qu'avec 90 % des parts du marché des systèmes d'exploitation pour PC clients, Microsoft détenait « *une position très largement dominante* »²⁶⁶.

Dans la même veine, le Tribunal indiqua dans son arrêt *Telefónica*, qu'« *il est de jurisprudence constante que des parts de marché extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante* »²⁶⁷ et qu'« *une part de marché de 70 à 80 % constitue, en elle-même, un indice clair de l'existence d'une position dominante* »²⁶⁸

269

Plus récemment, l'on observe néanmoins un certain infléchissement dans la position des institutions de l'UE. En effet, statuant sur un recours introduit à l'encontre de la décision autorisant la concentration de Microsoft et Skype, le Tribunal a confirmé²⁷⁰

²⁶³ *Ibid.*, points. 110-121 (c'est nous qui soulignons).

²⁶⁴ Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, *op. cit.*, point. 470.

²⁶⁵ *Ibid.*, point. 435.

²⁶⁶ *Ibid.*, point. 435. Voy. toutefois, nos précisions *infra*. Section II., pp. 69 et s.

²⁶⁷ Trib. (8^{ème} ch.), arrêt du 29 mars 2012 – *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c. Commission*, aff. T-336/07, *Rec. numérique*, 2012, point. 149, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/lrqNb1> (dernière consultation le 20 avril 2015).

²⁶⁸ *Ibid.*, point. 150. L'on notera utilement que la Cour a récemment confirmé l'arrêt du Tribunal, in C.J.U.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 10 juillet 2014 – *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c. Commission*, aff. C-295/12 P, non encore publié au *Rec.*, points. 91-94, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/pMhMbK> (dernière consultation le 24 avril 2015).

²⁶⁹ Pour d'autres décisions en ce sens, voy. not. C.J.C.E., arrêt du 13 février 1979 – *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, *op. cit.*, point. 59 ; C.J.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 3 juillet 1991 – *AKZO c. Commission*, aff. C-62/86, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-03359, point. 60 ; T.P.I.C.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 12 décembre 1991 – *Hilti AG. c. Commission*, aff. T-30/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. II-01439, point. 92 ; T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 22 novembre 2001 – *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commission*, aff. T-139/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. II-03413, point. 52 ; Trib. (6^{ème} ch.), arrêt du 1^{er} juillet 2010 – *AstraZeneca c. Commission*, aff. T-321/05, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, p. II-02805, point. 243.

²⁷⁰ Trib. (4^{ème} ch.), arrêt du 11 décembre 2013 – *Cisco Systems et Messagenet c. Commission*, *op. cit.*, point. 67. Pour des commentaires, voy. I. GRAEF, « Sneak preview of the future application of European

l'approche de la Commission, laquelle avait pourtant reconnu que « *market shares are not the best proxy to evaluate the market power of providers of consumer communications services and they only give a preliminary indication of the competitive situation in these dynamic markets* »²⁷¹.

Faut-il voir dans ces décisions inédites l'abandon du biais structuraliste – pourtant caractéristique de la pratique décisionnelle de la Commission et de la jurisprudence des juges de Luxembourg – en faveur d'une approche davantage comportementaliste ? La question mérite d'être posée, d'autant plus que la réponse nous paraît incertaine, et ce, pour deux raisons. *Primo*, sous l'impulsion de l'ancien commissaire Almunia, la Gardienne des Traités a souvent préféré s'appuyer sur la procédure d'engagements pour conclure des enquêtes d'abus de position dominante plutôt que de s'enliser dans de longues batailles juridiques²⁷². Si la pratique est louable, vu sa rapidité et les remèdes qu'elle permet de mettre en place, ses effets sont potentiellement nuisibles à la sécurité juridique²⁷³. *Secundo*, les communications de la Commission relatives à l'affaire *Google* nous laissent perplexes. En effet, peu avant l'ouverture de l'enquête, l'ancien commissaire Almunia expliquait qu'« *understanding the dynamics of these markets is a complex task. {...} The most important search engine in Europe benefits from a 95% market share in usage. {...} Dominance on the Internet is difficult to establish* »²⁷⁴. Toutefois, depuis 2013, la Commission laisse entendre qu'elle considère que Google est en position dominante du simple fait que l'entreprise « *has been holding market shares in web search well above 90% in most European countries for several years now, a level which is higher*

competition law on the Internet ? : Cisco and Messagenet », *C. M. L. R.*, vol. 51, n° 4, 2014, pp. 1263-1280 ; A. KAFETZOPOULOS, « Merger Control Dynamics in Nascent Information Technology Markets », *Eur. Networks L. & Reg. Q.*, n° 2, 2014, pp. 156-163.

²⁷¹ Commission européenne, décision du 7 octobre 2011 – *Microsoft/Skype*, *op. cit.*, point. 99 (c'est nous qui soulignons).

²⁷² Cette tendance est particulièrement observable dans les affaires mettant aux prises la Commission et des acteurs de la Nouvelle Économie. Voy. par exemple, Commission européenne, décision du 9 décembre 2009 – *Rambus*, aff. COMP/38.636, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/2CrKEB> (dernière consultation le 21 mars 2015) ; Commission européenne, décision du 16 décembre 2012 – *Microsoft II*, aff. COMP/C-3/39.530, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/SorUSo> (dernière consultation le 21 mars 2015).

²⁷³ Sur cette question, voy. not. Y. BOTTEMAN et A. PATSA, « Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases », *J. Antitrust. Enforcement.*, vol. 1, n° 2, 2013, pp. 347-374.

²⁷⁴ J. ALMUNIA, « Competition in Digital Media and the Internet », *op. cit.* (voy. note n° 87) (c'est nous qui soulignons). Cette déclaration laisse entendre que les parts de marché de Google pourraient ne pas être un indicateur fiable.

than in many other parts of the world »²⁷⁵.

À la lumière de ses déclarations les plus récentes, la Commission semble donc considérer que lorsqu'il s'agit de Google, les parts de marché restent un indicateur important pour évaluer la dominance²⁷⁶. De ce fait, l'on peut supposer qu'une analyse similaire à celle conduite dans l'affaire *Microsoft I* risque d'être déployée²⁷⁷. D'autant plus que J. Almunia a récemment déclaré que certaines caractéristiques des marchés de la Nouvelle Économie – notamment les effets de réseau – « *make it easier for companies to become gatekeepers in their respective markets than it is in the brick-and-mortar economy – and by 'gatekeeper' I mean a specific type of dominant firm which holds a strategic position along the value chain* »²⁷⁸.

À notre sens, cette contradiction avec l'opinion exprimée par le Tribunal dans sa décision *Microsoft/Skype* précitée peut se comprendre si l'on suppose que la Gardienne des traités raisonne en tenant compte d'un facteur temporel. Autrement dit, les parts de marché restent un bon indicateur de la dominance sur les marchés dynamiques lorsque celles-ci sont restées stables sur une période déterminée²⁷⁹.

La suite du présent chapitre, qui sera consacré à l'analyse du pouvoir de marché de

²⁷⁵ Commission européenne, communiqué de presse, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competitions concerns – questions and answers », 25 avril 2013, MEMO/13/383, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Vff0Wd> (dernière consultation le 21 mars 2015).

²⁷⁶ Nous reviendrons sur l'importance des parts de marché et sur la question de savoir s'il y a lieu d'en inférer une présomption de dominance (voy. *infra*, pp. 71 et s.).

²⁷⁷ En ce sens, voy. J. ALMUNIA, « Abuse of dominance : a view from the EU », Fordham's Competition Law Institute Annual Conference, 27 septembre 2013, SPEECH/13/758, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hVkyY7> (dernière consultation le 21 mars 2015). Détaillant l'action de la Commission dans les secteurs high-tech, l'ancien commissaire Almunia soulignait que « *some claim that there is no need for antitrust intervention in high-tech markets. As you may remember, this is what Microsoft argued in its antitrust cases here as in the EU. The argument is that it is impossible for a company to become dominant – and to stay dominant – in sectors where new products, platforms and services appear all the time. I'm not convinced by this argument. In fact, owing to some specific features of these markets, it can actually be easier for a company to hold a dominant position over time. In sum, dynamic industries are not immune to careful antitrust scrutiny, nor should the basic antitrust principles be modified* » (c'est nous qui soulignons).

²⁷⁸ J. ALMUNIA, « Competition in the online world », LSE Public Lecture, Londres, 11 novembre 2013, SPEECH/13/905, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/4Ab7wS> (dernière consultation le 19 avril 2015). Voy. également, A. ITALIANER, « Level-playing field and innovation in technology markets », Conference on Antitrust in Technology, Palo Alto, 28 janvier 2013, p. 3, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hW6srQ> (dernière consultation le 21 avril 2015) (c'est nous qui soulignons).

²⁷⁹ I. GRAEF, « Sneak preview of the future application of European competition law on the Internet ? : Cisco and Messagenet », *op. cit.*, p. 1273. L'on notera en outre qu'il pourrait être argué que le raisonnement adopté par le Tribunal dans *Microsoft/Skype* était spécifique aux faits de l'espèce (voy. Trib. (4^{ème} ch.), arrêt du 11 décembre 2013 – *Cisco Systems et Messagenet c. Commission*, *op. cit.*, points. 65-74, spéc. points. 68-71).

Google, tiendra compte de cette conclusion préliminaire. Cependant, par souci d'objectivité, nous intégrerons certains biais comportementalistes dans notre raisonnement et nous effectuerons une brève analyse de la concurrence potentielle dans notre conclusion.

Section II. Google et son pouvoir de marché : la concurrence est-elle réellement « à un clic » ?

Comme annoncé ci-avant, nous estimons qu'il est peu probable que la Commission dévie de la trajectoire qu'elle suit traditionnellement pour évaluer la dominance. Par conséquent, l'on commencera par avoir égard aux parts de marché détenues par Google (Sous-section I.). Ensuite, il s'agira de s'intéresser aux effets de réseau ainsi qu'aux barrières qui pourraient obstruer l'entrée d'un nouvel opérateur²⁸⁰ ou l'expansion de concurrents actuels (Sous-section II.). Ces éléments seront envisagés successivement dans les marchés de la recherche horizontale et de la publicité liée aux recherches afin de tenir compte du caractère multiface des moteurs de recherche. Enfin, nous porterons une appréciation globale de la position qu'occupe Google sur ces marchés (Sous-section III.). À défaut d'informations publiquement accessibles, nous n'aurons toutefois pas égard au marché de la recherche verticale. Ceci n'est, au demeurant, pas problématique dans la mesure où il est reproché à l'entreprise californienne d'exploiter abusivement sa position dominante sur le marché de la recherche horizontale.

Sous-section I. Parts de marché

Traditionnellement, le calcul des parts de marché de l'opérateur supposément dominant constitue le point de départ de toute évaluation de la dominance. C'est d'ailleurs à ce stade du raisonnement que l'on mesure toute l'importance de définir correctement le marché pertinent, puisque les parts de marché sont généralement calculées « *sur la base du chiffre d'affaires correspondant aux produits en cause,*

²⁸⁰ Nous visons ici la troisième source de contraintes concurrentielles que représente la concurrence potentielle. Ce facteur de discipline se distingue de la substituabilité de l'offre qui suppose une certaine immédiateté. Ce faisant, un concurrent potentiel est une entreprise prête à accepter des risques et à consentir à des investissements importants dans le but de pénétrer le marché, tout en sachant que cette entrée ne sera pas envisageable à très court terme (voy. Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, point. 17 et Trib. (3^{ème} ch.), arrêt du 30 septembre 2003 – *Atlantic Container Line AB et autres c. Commission*, affs. jointes T-191 et 212-214/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. II-03275, point. 834.

vendus sur le territoire en cause »²⁸¹. Dans le contexte de l'affaire *Google*, il est toutefois à noter que sur le versant des internautes, le calcul pourrait s'avérer plus compliqué en raison de la gratuité du service de recherche en ligne. Dans sa décision *WorldCom/MCI*²⁸², la Commission avait d'ailleurs concédé qu'« *il n'exist{ait} aucune estimation officielle fiable de la taille du secteur Internet dans son ensemble ou de celle de tout sous-secteur y afférent* »²⁸³. Pourtant, l'on constate que la Gardienne des traités ne fit mention d'aucune difficulté pour calculer les parts de marchés de Microsoft et de Yahoo lors de son évaluation de leur proposition de concentration²⁸⁴. Pour les besoins de notre analyse, nous aurons donc égard aux estimations rendues publiques par certaines entreprises spécialisées, ainsi qu'aux différentes informations publiées par la Commission elle-même²⁸⁵.

§1. Marché de la recherche horizontale

Le marché de la recherche horizontale dans l'EEE se caractérise par un très fort degré de concentration. Selon les données les plus récentes, Google y détiendrait plus de 90 % des parts de marché²⁸⁶. Ces chiffres sont d'autant plus impressionnants lorsqu'il n'est tenu compte que des marchés allemand, espagnol français et britannique où les parts de marché de la firme de Mountain View culmineraient respectivement à 94 %, 96, 7 %, 93, 5 % et 92, 9 % en décembre 2014²⁸⁷.

Le positionnement relatif des concurrents contribue, par ailleurs, à exacerber cette situation. En effet, les parts de marché cumulées de Bing et de Yahoo, soit les deux plus sérieux rivaux de Google, demeurent inférieures à 10 %²⁸⁸.

Au-delà de ces chiffres exorbitants, l'on relèvera également que cette situation perdure depuis un certain nombre d'années et il semble peu probable que la tendance s'inverse à court-moyen terme. En effet, en 2010, la Commission relevait déjà que Google détenait plus de 90 % des parts de marché dans la plupart des marchés

²⁸¹ Communication sur la définition du marché en cause, *op. cit.*, point. 53.

²⁸² Commission européenne, décision du 8 juillet 1998 – *WorldCom/MCI*, aff. IV/M.1069, *J.O.C.E.*, L 116, 4 mai 1999, pp. 1-35.

²⁸³ Commission européenne, décision du 8 juillet 1998 – *WorldCom/MCI*, *op. cit.*, point. 95.

²⁸⁴ Voy. Commission européenne, du 18 février 2010, *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, points. 112-119.

²⁸⁵ Pour une discussion détaillée sur cette question, voy. néanmoins, M. HERZ, « Google Search and the Law on Dominance in the EU. An Assessment of the Compatibility of Current Methodology with Multi-Sided Platforms in Online Search », *op. cit.*, pp. 37-38.

²⁸⁶ Voy. Annexe V., n^{os} 1-2.

²⁸⁷ *Ibid.*, n^o 3.

²⁸⁸ *Ibid.*, n^{os} 1-3.

nationaux²⁸⁹. À cette époque, seule la République tchèque faisait figure d'exception dans la mesure où le marché y était dominé par le moteur de recherche local, *Seznam*. Or, l'on constate qu'entre-temps, Google est plus que parvenu à refaire son retard, puisqu'elle y détient aujourd'hui plus de 75 % de parts de marché²⁹⁰.

Le marché mondial de la recherche horizontale est lui aussi fortement concentré, Google y détenant plus de 88 % des parts²⁹¹. Cette situation contraste avec celle qui existait à l'époque de la décision *Microsoft/Yahoo* – époque à laquelle Google ne détenait qu'entre 70 et 80 % des parts – et renforce le caractère improbable d'une inversion de la tendance.

§2. Marché de la publicité liée aux recherches

Une situation similaire est, semble-t-il, observable sur le marché de la publicité liée aux recherches. Bien que nous n'ayons pas accès à des estimations récentes, la Commission avait souligné dans sa décision *Microsoft/Yahoo* que Google détenant entre 90 et 100 % des parts de ce marché dans l'EEE²⁹². En France, l'Autorité de la concurrence avait également évoqué dans son avis n° 10-A-29 des parts de marché se situant aux environs de 90 % en France²⁹³. À notre connaissance, rien n'indique que cette tendance se soit inversée entre-temps.

§3. Conclusion

Ainsi qu'on le constate, les parts de marchés détenues par Google sur les marchés de la recherche horizontale et de la publicité liée aux recherches sont extrêmement fortes et stables. Faut-il pour autant en déduire une présomption de domination ? Hormis l'affaire *Microsoft/Skype* précitée, les quelques illustrations fournies dans la précédente section, ainsi que les communications récentes de la Commission au sujet de l'affaire *Google*, semblent clairement nous aiguiller en ce sens. Néanmoins, force est de constater que la réalité contentieuse révèle que la Gardienne des traités ne limite pas son appréciation aux seules parts de marché. Si ces dernières constituent « un premier indice sérieux de l'existence d'une position dominante {...} »

²⁸⁹ Voy. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 112.

²⁹⁰ Voy. Annexe V., n° 4.

²⁹¹ *Ibid.*, n° 5.

²⁹² *Ibid.*, point. 116.

²⁹³ Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 231.

{lorsqu'elles sont} élevée{s} et détenue{s} longtemps »²⁹⁴, il est également nécessaire d'examiner les obstacles susceptibles d'entraver l'expansion de concurrents ou l'entrée de nouveaux entrants²⁹⁵. Ainsi, et pour ne prendre qu'un exemple, la Commission ne s'est pas arrêtée à la part de marché détenue par Intel – qui avoisinait pourtant 80 % – pour en inférer l'existence d'une position dominante²⁹⁶. Elle a, en outre, tenu compte (i) de l'existence de coûts irrécupérables importants liés au développement de microprocesseurs x86²⁹⁷, (ii) de l'importance des économies d'échelle dont bénéficiait Intel ainsi que des droits de propriété intellectuelle (ci-après « DPI ») dont elle était titulaire²⁹⁸, et (iii) de l'image particulièrement forte que l'entreprise en cause était parvenue à se forger auprès de ses clients²⁹⁹.

Selon D. Bosco et C. Prieto, « *{l}a situation est donc quelque peu paradoxale {dans la mesure où} la jurisprudence indique de manière très claire et constante que des parts de marché élevées sont un indice suffisant à lui seul à démontrer la domination* »³⁰⁰. Cependant, l'on rappellera, pour autant que besoin, qu'un « indice », aussi « pertinent »³⁰¹ soit-il, ne peut être assimilé à une « présomption ». De ce fait, il nous appert qu'en réalité, les juridictions de l'Union avalisent implicitement la méthode de la Commission, d'où notre prochaine sous-section.

Sous-section II. Effets de réseau, barrières à l'entrée et à l'expansion

Nous venons de le voir, les parts de marchés détenues par Google sont exorbitantes. Afin d'en minimiser l'impact, l'entreprise de Mountain View rétorque de façon quasi

²⁹⁴ Document d'orientation, *op. cit.*, point. 15.

²⁹⁵ *Ibid.*, point. 17. La Commission y liste un nombre important de barrières à l'expansion ou à l'entrée, ces dernières pouvant « revêtir diverses formes ». Voy. également T.P.I.C.E. (4^{ème} ch.), arrêt du 23 février 2006 – *Cementbouw Handel & Industrie c. Commission*, aff. T-282/02, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. II-00319, point. 219, où le tribunal adopte une conception très large des barrières à prendre en considération. Sur la controverse doctrinale portant sur la définition de ce qu'est une « barrière à l'entrée/expansion », voy. la synthèse effectuée par R. O'Donoghue et J. Padilla, in R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2^{ème} éd., Oxford et Portland, Hart Publishing, 2013, pp. 152-155.

²⁹⁶ Commission européenne, décision du 13 mai 2009 – *Intel*, *op. cit.* point. 852.

²⁹⁷ *Ibid.*, points. 855-858.

²⁹⁸ *Ibid.*, points. 859-865.

²⁹⁹ *Ibid.*, points. 874 et 881, où la Commission remarque que « *Intel's strong must-stock brand and the resulting product differentiation provide it with additional market power* » (c'est nous qui soulignons).

³⁰⁰ D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.*, p. 830.

³⁰¹ Trib. (6^{ème} ch.), arrêt du 1^{er} juillet 2010 – *AstraZeneca c. Commission*, *op. cit.*, point. 253, où le Tribunal souligne que « *la détention par AZ de parts de marché particulièrement élevées et, en tout état de cause, bien supérieures à celles de ses concurrents, était un indicateur tout à fait pertinent de son pouvoir de marché sans commune mesure* » (c'est nous qui soulignons).

proverbiale que « *la concurrence n'est jamais qu'à un clic gratuit* »³⁰², en ce sens que les internautes comme les annonceurs peuvent « multi-héberger » à tout moment vers un moteur de recherche concurrent, et ce, sans devoir supporter le moindre coût. À première vue séduisant, l'argument ne nous convainc pourtant pas. En effet, les marchés de la recherche en ligne (§ 1.) et de la publicité liée aux recherches (§ 2.) se caractérisent par l'existence de barrières à l'entrée et à l'expansion à ce point élevées qu'elles nous paraissent *de facto* infranchissables à court-moyen terme³⁰³.

§1. Sur le marché de la recherche horizontale

A) Coûts fixes, coûts irrécupérables et économies d'échelle

À n'en pas douter, l'activité de moteur de recherche horizontal est coûteuse en ce qu'elle implique des dépenses importantes, voire même pharaoniques, pour celui qui souhaiterait concurrencer Google. Bing, le moteur de recherche généraliste de Microsoft, en est le plus saisissant exemple dans la mesure où ses coûts d'entretien et de développement culminent à plus de cinq milliards de dollars par an³⁰⁴. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous dressons ci-dessous un inventaire sommaire des coûts qui contribuent à rendre peu vraisemblable l'entrée sur ce marché³⁰⁵.

Tout d'abord, de tels moteurs de recherche sont particulièrement intenses en recherche et développement³⁰⁶. À cela s'ajoutent les frais liés au développement d'une solution algorithmique³⁰⁷, à l'acquisition des différentes infrastructures requises pour indexer le Web et à leur maintenance, ainsi qu'aux mises à jour du moteur de

³⁰² M. HELFT, « Google Makes a Case That It Isn't So Big », *International New York Times*, 28 juin 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/MJbdnS> (dernière consultation le 17 mars 2015).

³⁰³ Cette affirmation est par ailleurs confirmée par la Commission elle-même puisqu'elle a reconnu que « *there are also significant barriers to entry and network effects in both markets* », voy. Commission européenne, communiqué de presse, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers », *op. cit.* (voy. note n° 275).

³⁰⁴ S. LOHR, « Can Microsoft Make You 'Bing' ? », *International New York Times*, 30 juillet 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iRXxnr> (dernière consultation le 17 mars 2015).

³⁰⁵ En ce sens, voy. *inter alia*, A. DALY, « Dominating Search : Google Before the Law », in *Society of the Query Reader : Reflections on Web Search* (sous la dir. de R. KÖNIG et M. RASCH), Amsterdam, Institute of Network Cultures, 2014, p. 88 ; *Contra*. S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, p. 27. L'auteur estime que les coûts fixes élevés et la contrainte liée au développement des algorithmes de recherche ne constituent pas des barrières à l'entrée.

³⁰⁶ À titre d'exemple, les dépenses de Google en R&D sont passées de plus de 225 millions d'euros pour l'année 2004 à près de 10 milliards d'euros pour l'année 2014 (voy. <http://goo.gl/CqwHgJ> dernière consultation le 17 mars 2015).

³⁰⁷ L'Autorité de la concurrence avait relevé que ces frais peuvent s'élever à plusieurs centaines de millions d'euros. Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 257.

recherche³⁰⁸. En outre, du capital devra être affecté à l'acquisition de DPI. L'ensemble de ces dépenses constitue donc des coûts essentiellement fixes, voir même irrécupérables pour ce qui est de la R&D et des machines dont la valeur de revente est limitée en raison de la rapidité à laquelle celles-ci deviennent obsolètes³⁰⁹.

Une autre dépense – souvent ignorée par la doctrine, mais non moins importante – est celle qui est affectée au capital humain. Dans sa décision *Microsoft/Yahoo* précitée, la Commission a d'ailleurs relevé que ce dernier poste pouvait atteindre la somme mirobolante d'un milliard d'euros³¹⁰. À cet égard, il n'est pas anodin de noter que ce secteur est le théâtre de pratiques agressives de débauchage mises en œuvre par les acteurs présents sur le marché. Ce faisant, une start-up riche en talents encourt le risque de se faire piller de ses meilleurs éléments³¹¹.

Relevons enfin que l'Autorité de la concurrence française a soulevé dans son avis n° 10-A-29 que « *la plupart des grands moteurs généralistes ayant développé des solutions de recherche spécialisée qui sont souvent intégrées aux résultats naturels, un nouvel entrant sur le marché est obligé de se développer simultanément sur plusieurs segments de recherche universelle* »³¹².

Le lecteur aura sans doute compris qu'à la magnitude des dépenses requises pour pénétrer le marché, correspondent des économies d'échelle considérables, dont profitent les opérateurs déjà en place, ce qui, en partie, explique la forte concentration du marché. Cette tendance est d'ailleurs renforcée par la structure de coûts des moteurs généralistes, laquelle est caractéristique des monopoles naturels. En effet, les coûts fixes élevés y sont couplés à des coûts marginaux proches de zéro³¹³.

³⁰⁸ Voy. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 111. Microsoft estimait à l'époque que ces coûts en hardware s'élevaient à un milliard d'euros.

³⁰⁹ R. POLLOCK, « Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search », *op. cit.*, pp. 26-27. En ce sens, voy. S. VAIDHYANATHAN, *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, *op. cit.*, p. 19. L'auteur y résume la situation de la manière suivante: « *Google is also a monumental collection of physical sites such as research labs, server farms, data networks, and sales offices* ».

³¹⁰ Voy. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 111.

³¹¹ Voy. not. D. STREITFELD, « Engineers Allege Hiring Collusion in Silicon Valley », *International New York Times*, 28 février 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/1WrFCi> (dernière consultation le 20 mars 2015).

³¹² Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 258.

³¹³ En ce sens, voy. R. POLLOCK, « Is Google the Next Microsoft? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search », *op. cit.*, p. 18 ; O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission : Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *Cornell. L. Rev.*, vol. 92, n° 6, 2008, pp. 1180-1181.

Pour mettre tout ceci en contexte, retenons que Google Search représente à lui seul plus de trente milliards de pages indexées, vingt milliards de sites « crawlés » (visités) par jour, plus de trois milliards de requêtes gérées par jour, dont quinze pourcents d'entre-elles sont inédites³¹⁴. Ces chiffres donnent le vertige, mais rendent bien compte du caractère irréaliste d'une entrée à court-moyen terme d'un nouvel acteur qui ne disposerait pas de bases suffisamment solides. Néanmoins, une piste qui n'a, à notre connaissance, pas été abordée par la doctrine est la concurrence potentielle que pourraient un jour exercer les moteurs « pair-à-pair » (P2P). Ce modèle, bien connu des « pirates informatiques », se base sur le partage entre pairs du travail de signalement et d'indexation des contenus. L'avantage de cette méthode découle de l'absence de dépendance d'un réseau centralisé de serveurs. Ainsi, la décentralisation des opérations en amont nécessaires à l'activité de recherche en ligne permet de réduire les coûts en les répartissant sur un ensemble de participants³¹⁵.

B) Effets d'apprentissage

Ne perdons jamais de vue que l'essence même du business modèle de Google repose sur la monétisation de l'attention des internautes. Son argent, elle le tire « *du ciblage des consommateurs, la ressource la plus précieuse de l'ère Internet, l'or numérique des temps modernes* »³¹⁶. Autrement dit, ce que monnaie la firme californienne ce sont les données qu'elle récolte sur les internautes à l'occasion des recherches que ces derniers effectuent sur son moteur généraliste. Car à chaque requête, Google Search gloutonne des informations sur ses utilisateurs. Certaines sont d'un niveau très basique : pensons aux données relatives à l'emplacement de l'utilisateur, à la langue utilisée pour la recherche, au nombre de clics effectués, aux historiques de recherche, aux informations partagées en cas d'inscription en ligne, ou encore au moment où la recherche a été réalisée³¹⁷. À un niveau plus avancé, c'est l'internaute lui-même qui offre, de son plein gré, pêle-mêle d'informations

³¹⁴ J. BORT, « Nearly 500 Million Searches A Day Are For Things Google Has Never Heard Of », *Business Insider*, 13 mai 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/qzSOMM> (dernière consultation le 24 mars 2015).

³¹⁵ T. HANDLEY, « P2P Search as an Alternative to Google: Recapturing network value through decentralized search », *Journal of peer production*, n° 3, 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hwNdtW> (dernière consultation le 26 mars 2015).

³¹⁶ P. PERRI, *Google, un ami qui ne vous pas que du bien*, op. cit. p. 17.

³¹⁷ N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », op. cit., p. 39. A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, op. cit., p. 209.

personnelles. Il suffit de consulter le Google « Dashboard »³¹⁸ pour se rendre compte de l'ampleur de cette collecte. Plus fort encore, Google a su parfaitement anticiper la révolution des smartphones et des tablettes, lesquels génèrent une part croissante du trafic Internet mondial³¹⁹. Le mobile, on le sait, a cet avantage d'être constamment à portée de mains. Voilà comment la société californienne accumule des données supplémentaires telles que des itinéraires, des requêtes vocales, des paiements et une multitude d'autres renseignements³²⁰.

En soi, où est le problème ? Concrètement, cette manne d'informations, couplée aux effets de réseau générés sur sa plateforme, permet à l'entreprise de Mountain View d'acquérir un autre avantage sur ses rivaux actuels et potentiels. En effet, à l'instar de tous les autres moteurs de recherche, Google Search n'est pas devin ; il ne fait qu'anticiper les réponses que les utilisateurs souhaitent recevoir³²¹. C'est la raison pour laquelle de multiples expérimentations sont effectuées dans le but d'améliorer la *pertinence* des algorithmes de recherche³²². Par ce processus d'essais et d'erreurs (« *trial and error* »), Google Search est donc en mesure d'apprendre et de s'adapter aux changements comportementaux de ses utilisateurs améliorant ainsi la *qualité subjective* de ses résultats et générant, par ce fait, une nouvelle forme d'effets de réseau³²³.

³¹⁸ <https://www.google.com/settings/dashboard> (dernière consultation le 17 mars 2015).

³¹⁹ S. BELOUEZZANE, « La révolution smartphone ou le réseau du plus fort », *Le Monde*, 1^{er} janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/pDZz2c> (dernière consultation le 17 mars 2015).

³²⁰ Google s'est essentiellement appuyée sur son OS propriétaire *Android* pour acquérir la mainmise sur les smartphones et les tablettes. Le lecteur notera que nous ne souhaitons attirer son attention que sur l'ampleur des informations que l'entreprise de Mountain View récolte et qu'elle pourra ensuite utiliser pour développer son moteur de recherche. Comme il l'a été mentionné *supra*, les pratiques de Google portant sur son OS *Android* font actuellement l'objet d'une enquête séparée de la part de la Commission qui dépasse le cadre du présent mémoire.

³²¹ Voy. Le témoignage de E. Schmidt, « *When a consumer enters search terms, those terms are processed by the search engine's mathematical algorithms, which determine the probability that any given webpage will be responsive to the search. The user then receives results that are rank-ordered based on the search engine's judgment of the likelihood that each result matches what the user was seeking in entering the search terms. This process necessarily depends on multiple variables and constant refinement.* », in E. SCHMIDT, « Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights », 21 septembre 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QKcZ0f> (dernière consultation le 17 mars 2015).

³²² *Ibid.* (voy. note n° 321).

³²³ L'on vise donc le processus de « *learning by doing* » mis en lumière dans un article fondateur de A. ALCHIAN., « Reliability of Progress Curves in Aiframe Production », *Econometrica*, vol. 31, n° 4, 1963, pp. 679-693. En ce sens, M. E. STUCKE, « Behavioral Antitrust and Monopolization », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 8, n° 3, 2012, pp. 545-574, spéc. pp. 555-558 ; C. ARGENTON et J. PRÜFER, « Search Engine Competition with Network Externalities », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 8, n° 1, 2012, pp. 79-80 ; M. R. PATTERSON, « Google and Search-Engine Market Power », *Harv. J. L. & Tech.*, Occasional Papers Series, 2013, pp. 1-24, spéc. pp. 6-7, disponible à l'adresse suivante : <http://jolt.law.harvard.edu/antitrust/articles/Patterson.pdf> (dernière consultation le 17 mars 2015). Voy.

Indispensables, ces expérimentations sont une pratique commune dans le monde des moteurs de recherche. Néanmoins, l'on vient de voir que celles-ci dépendent d'une ressource essentielle, à savoir les données des utilisateurs³²⁴. Or, pour récolter ces informations, un moteur de recherche doit nécessairement générer un volume minimal de requêtes (« *scale* », en anglais). En pratique, ceci signifie que seuls les opérateurs installés pourront véritablement se développer et ainsi « embarquer » de nouveaux internautes. Les effets d'apprentissage constituent donc une formidable barrière à l'entrée sur le marché dans la mesure où un entrant potentiel n'aura, par hypothèse, pas pu bénéficier des fruits de ce processus d'essais et d'erreurs. Devant anticiper le fait que son produit sera probablement perçu par les utilisateurs comme étant inférieur, ce dernier restera toujours en position de faiblesse vis-à-vis d'un opérateur installé, tel que Google³²⁵. Au fond, *l'information* n'érigerait-elle pas elle-même une barrière à l'entrée sur le marché de la recherche en ligne³²⁶?

L'on vient de relever que l'obsession première de Google est de collecter le plus de données possible sur ses utilisateurs. Cependant, au-delà de ce formidable trésor, la firme de Mountain View dispose d'une avance presque irrattrapable dans l'indexation des contenus, lesquels sont, pour certains, protégés par des exclusivités. Pensons aux

également Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 192 (« *However, it can be expected that the mere fact that adCenter and Bing will have to deal with much more traffic, and thus will have much more data available for experimentation, will tend to increase the quality of their product* ». *Contra*. R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 8, n° 4, 2012, pp. 687-692 ; R. BITETTI, *Fringe Law and Economics*, Thèse de doctorat, Luiss Guido Carli, Rome, 2013, pp. 28-32.

³²⁴ La nécessité de disposer d'une quantité importante d'informations est largement reconnue dans la littérature scientifique. Voy. *inter alia*, A. SPINK, D. WOLFRAM, M. B. J. JANSEN et T. SARACEVIC, « Searching the web : The public and their queries », *J. Am. Soc. Inf. Sci. & Tech.*, vol. 52, n° 3, 2001, pp. 226-234, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Builuh> (dernière consultation le 17 mars 2015).

³²⁵ En ce sens, voy. la contribution de N. NEWMAN, « Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data », *Yale J. on Regulation.*, vol. 30, n° 3, 2014, pp. 1-73, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/OKqJtl> (dernière consultation le 24 mars 2015); M. E. STUCKE, « Behavioral Antitrust and Monopolization », *op. cit.*, pp. 557-558 ; N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, pp. 39-40 ; D. F. SPULBER, « The Map of Commerce : Internet Search, Competition, and the Circular Flow of Information », *op. cit.*, p. 674, où l'auteur note qu'un « *dominant player in search, such as Google, is able to exercise market power not only in dealing with advertisers but also in obtaining information from customers* » (c'est nous qui soulignons) ; A. DALY, « Dominating Search : Google Before the Law », *op. cit.*, p. 88.

³²⁶ En ce sens, voy. N. ZINGALES, « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *op. cit.*, pp. 38-40, qui souligne que « *there is a substantial likelihood that data will become the most important asset in this market. Short of quality of the algorithm, comprehensiveness of the database, creativeness and user-friendliness of the user interface, the most important attribute for a search engine {...} to thrive will be the ability to capture and account for personal user data* » (c'est l'auteur qui souligne).

projets « Google Livres » et « Google Scholar » au travers desquels elle entend atteindre son ambition déclarée « *d'organiser toute l'information du monde* »³²⁷. Grâce aux partenariats conclus avec de grandes bibliothèques, ce ne sont pas moins de quinze millions de titres qui ont été numérisés et indexés pour la recherche en ligne³²⁸.

Avec plus de soixante-sept milliards de pages indexées en 2014, l'on peut raisonnablement poser que l'exhaustivité dans l'indexation de contenus renforce les barrières à l'entrée existantes et rend d'autant plus improbable l'arrivée à court-moyen terme d'un rival crédible³²⁹.

C) Effets de réseau

L'on a vu précédemment que Google opère une plateforme à versants multiples caractérisée par la présence d'effets de réseau croisés. Pour les annonceurs, la valeur qu'ils en retirent augmente au fur et à mesure que le nombre d'internautes augmente. De même – et contrairement à ce que soutiennent certains auteurs³³⁰ –, les internautes dérivent également une valeur ajoutée de la présence d'annonceurs supplémentaires. En effet, plus Google attire d'annonceurs, plus elle accroît ses revenus publicitaires. Or, plus ses revenus augmentent et plus elle peut investir dans le développement d'autres services gratuits susceptibles d'intéresser de nouveaux internautes ; et plus elle capture de nouveaux internautes, plus les annonceurs viendront s'attourner autour d'elle. C'est ainsi que naît un véritable cercle vertueux, ou, dans les mots de B. Gates, « *une boucle de rétroaction positive* »^{331 332}.

Sous l'angle du droit de la concurrence, si les effets de réseau peuvent contribuer au

³²⁷ Propos de Larry Brin relayés par A. BEUVE-MEUVE (*et al.*), « Google : 'Notre ambition est d'organiser toute l'information du monde, pas juste une partie' », *Le Monde*, 21 mai 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hFnEu2> (dernière consultation le 23 mars 2015)

³²⁸ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 29.

³²⁹ En ce sens, voy. Autorité de la concurrence française, décision du 30 juin 2010 – *Navx v. Google*, aff. 10-MC-01, point. 135, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/xFCSYj> (dernière consultation le 20 avril 2015). Pour une indication du nombre de pages indexées par Google depuis 2008, voy. <http://goo.gl/RiOOjz> (dernière consultation le 24 mars 2015). *Contra.*, voy. G. A. MANNE. et J. D. WRIGHT, « Google and the Limits of Antitrust : The Case Against the Case Against Google », *op. cit.*, p. 212

³³⁰ G. A. MANNE. et J. D. WRIGHT, « Google and the Limits of Antitrust : The Case Against the Case Against Google », *op. cit.*, pp. 206-213 et 223-228 ; C. ARGENTON et J. PRÜFER, « Search Engine Competition with Network Externalities », *op. cit.*, p. 83.

³³¹ Expression employée par B. Gates dans le cadre de l'affaire *Microsoft I*, in Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, *op. cit.*, point. 882.

³³² Voy. toutefois, C. VELJANOVSKI, « E.C. Antitrust in the New Economy : Is the European Commission's View of the Network Economy Right ? », *E.C.L.R.*, vol. 22, n° 4, 2001, pp. 116-117. L'auteur y renie l'effet « boule de neige » ainsi exposé.

bien-être général, ils sont également susceptibles de renforcer les barrières à l'entrée existantes et faciliter un effet d'« enfermement » (« lock-in effect ») des consommateurs dans un produit ou une technologie donnée³³³. L'on comprend où le bât blesse : afin de pénétrer un tel marché, développer un produit supérieur, ou fournir un produit substituable à un prix inférieur, ne suffit pas ; encore faut-il parvenir à convaincre les consommateurs « captifs » de permuter³³⁴.

Mais qu'en est-il de Google ? Après tout, à défaut de tirer une satisfaction pleine et entière du service qu'elle leur offre, les internautes sont toujours libres de changer de moteur de recherche. Bing ou Yahoo, pour ne citer qu'eux, ne sont-ils jamais qu'à un simple clic gratuit ?

Selon la Commission, en présence de Google, « *we are facing network effects conducive to extremely large market shares* »³³⁵ {that can} « *make markets become highly concentrated and can impose significant barriers to entry* »³³⁶. Si le message a le mérite d'être clair, il est en revanche plus difficile d'en inférer des enseignements quant au raisonnement suivi. Or, l'on est en droit de s'interroger sur les raisons qui expliquent la survenance de ces externalités. Au fond, qu'est-ce qui incite les utilisateurs à choisir la plateforme de l'entreprise californienne plutôt que celle d'un concurrent et qui permet donc de générer ces fameux effets de réseau ?

À notre avis, la réponse réside dans la perception qu'ont les internautes de la *qualité* des résultats qui leur sont fournis. Dans sa décision *Microsoft/Yahoo*, la Commission avait d'ailleurs souligné l'importance du concept de *qualité* en relevant que sur le versant des utilisateurs, « *{c}ompetition for the users mainly takes place on the basis of the quality of the search results* »³³⁷. Cependant, il serait plus exact de parler de

³³³ D. J. GIFFORD. et R. T. KUDRLE, « Antitrust Approaches to Dynamically Competitive Industries in the United States and the European Union », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 7, n° 3, 2011, pp. 695-731, spéc. p. 706. Pour un exposé général de la problématique des effets de réseau sous l'angle du droit de la concurrence, voy. T. PENARD, « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Rev. int. dr. éco.*, t. XVI, n° 2/3, 2002, pp. 293-312 ; R. DIBADI, « Saving Antitrust », *U. Colo. L. Rev.*, vol. 75, n° 3, 2004, p. 779.

³³⁴ En ce sens, M. MOTTA, *Competition Policy : Theory and Practice*, *op. cit.*, p. 83.

³³⁵ J. ALMUNIA, « Recent developments and future priorities in EU competition policy », International Competition Law Forum, St. Gallen, 8 avril 2011, SPEECH/11/243, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Gzeck8> (dernière consultation le 17 mars 2015).

³³⁶ J. ALMUNIA, « Abuse of dominance : a view from the EU », *op. cit.* (voy. note n° 277).

³³⁷ Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, points. 101 et 119 (c'est nous qui soulignons). En ce sens, voy. J. GRIMMELMANN, « Some Skepticism About Search Neutrality », in *The Next Digital Decade : Essays on the Future of the Internet* (sous la dir. de B. SZOKA et A. MARCUS), Washington D.C., TechFreedom, 2010, p. 450, où l'auteur soutient que « *{s}earch engines compete to give users relevant results ; they exist at all only because they do* » ; D. GERADIN et M. KUSCHEWSKY, « Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a

qualité *subjective* ou *éprouvée* par les utilisateurs tant celle-ci repose sur la confiance qu'ont les internautes « *sur le fait que les résultats ne sont pas filtrés et correspondent à des préférences de navigation engendrées par la communauté des utilisateurs* »³³⁸. Or, nous verrons que le nœud du problème de certaines des pratiques de Google réside dans le fait que les internautes ne sont probablement pas en mesure de détecter une altération de la pertinence des résultats offerts par son moteur de recherche. En effet, à défaut de posséder des connaissances de base sur l'objet de sa recherche, un internaute ne sera généralement pas en mesure de déterminer parmi les différents moteurs de recherche lequel lui offre la réponse la plus pertinente³³⁹. Ceci sera tout particulièrement le cas pour des recherches préalables à des actes de consommation, dont les résultats affichés par le moteur de recherche pourront généralement être classés parmi les biens de croyance³⁴⁰.

Pour faciliter la compréhension du propos, interrogeons Google Search sur les « meilleurs restaurants pas chers à Bruxelles »³⁴¹. À cette requête, le moteur de recherche nous fournit une liste de liens dont la qualité nous est impossible à mesurer, puisque, par hypothèse, nous ne sommes pas en mesure de savoir si les sites Web référencés proposent effectivement les meilleurs restaurants à Bruxelles à un prix abordable. Autrement dit, il est tout à fait possible qu'une recherche analogue sur Bing ou Yahoo ! produisent des résultats différents, dont la qualité pourrait être supérieure à celle de Google Search, mais que nous ne serions pas en mesure de détecter.

Complex Issue », Working paper, 2013, pp. 2-5, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2216088> (dernière consultation le 5 avril 2015).

³³⁸ IPPOLITA, *Le côté obscur de Google*, Paris, Payot & Rivages, 2011, cité par P. PERRI, *Google, un ami qui ne vous pas que du bien*, *op. cit.* p. 49. En ce sens, A. ÖZKAN et A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *Rekabet Dergisi*, vol. 14, n° 1, 2013, p. 164, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/P1GF8u> (dernière consultation le 22 février 2015).

³³⁹ En ce sens, F. PASQUALE, *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, p. 83 ; J. GRIMMELMANN, « Some Skepticism About Search Neutrality », *op. cit.*, p. 440 ; C. ARGENTON et J. PRÜFER, « Search Engine Competition with Network Externalities », *op. cit.*, p. 83 ; M. R. PATTERSON, « Google and Search-Engine Market Power », *op. cit.*, pp. 11-15 ; A. ÖZKAN et A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *op. cit.*, pp. 164-165.

³⁴⁰ Sans remonter jusqu'au travaux de Stigler, rappelons que les économistes distinguent les produits selon leurs attributs de recherche, d'expérience et de croyance. Les biens de recherche sont ceux dont la qualité peut être mesurée par le consommateur avant l'achat, par simple inspection du produit. Les biens d'expérience, quant à eux, désignent ceux dont la qualité ne peut être évaluée par le consommateur qu'après l'achat. Enfin, les biens de croyance sont ceux dont la qualité ne peut être évaluée par le consommateur, même après l'achat.

³⁴¹ Voy. Annexe VI.

D) Effets d'« enfermement »

Nous venons de le voir, dans l'esprit de ses utilisateurs, Google Search est perpétuellement en train de s'améliorer. S'adaptant à leurs humeurs changeantes, celui que beaucoup considèrent comme leur « ami »³⁴² est parvenu à asseoir sa suprématie en internalisant les différentes externalités de réseau générées sur sa plateforme. Cependant, « *Welfare network effects create entry barriers to new competitors and invite more consumers to the dominant network, another phenomenon, i.e. consumer lock-in, affects the ability of consumers to look for substitutes* »³⁴³. Or, comme nous le mentionnions précédemment, il est difficile de contester que la grande majorité des internautes européens sont désormais *de facto* captifs de ce moteur de recherche en apparence si digne de confiance. Certes, la concurrence n'est qu'à un clic gratuit, mais encore faudrait-il que les internautes sautent le pas, chose qu'ils ne semblent pas particulièrement enclins à faire.

D'une manière intéressante, l'inertie des utilisateurs contredit la théorie économique néoclassique suivant laquelle des individus rationnels placés dans cette situation parviendraient à mettre à mal l'exercice du pouvoir de marché de l'opérateur dominant en lui préférant des substituts offerts par ses rivaux³⁴⁴. Elle apparaît néanmoins logique lorsque l'on a égard aux coûts, a priori nuls, qu'un tel changement engendrerait. En effet, l'argument du *click away*, aussi accrocheur soit-il, ignore le fait que l'internaute n'a ni le temps ni l'incitation de multi-héberger tant Google Search fait partie intégrante de son quotidien³⁴⁵. Synonyme de la recherche en ligne dans la psyché collective, il est tout simplement devenu un réflexe.

Pour parvenir à un tel degré de captivité, Google a notamment profité du succès de sa stratégie d'intégration verticale savamment orchestrée. La pléthore de services qui

³⁴² En effet, qui ne s'est pas vu rétorquer, en réponse à une question dont la réponse n'était peut être pas si évidente que cela, que « Google est ton ami » ?

³⁴³ G. MONTI, « Article 82 EC and New Economy Markets », *op. cit.*, p. 21. Voy. également, D. F. SPULBER, « Unlocking Technology : Antitrust and Innovation », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 4, n° 4, 2008, pp. 915-966, spéc. p. 917 où l'auteur souligne que « *technology lock-in is an inevitable consequence of network externalities {...} {and} thus rises or falls depending on whether or not network externalities exist* ».

³⁴⁴ M. E. STUCKE, « Behavioral Antitrust and Monopolization », *op. cit.*, pp. 545-574, spéc. p. 560.

³⁴⁵ Voy. S. LOHR, « Can Microsoft Make You 'Bing' ? », *op. cit.* (voy. la note n° 304), lequel cite un cadre de Microsoft qui admet que « *the greatest hurdle for Bing is the habitual behavior that works to Google's advantage* ». L'auteur cite également un employé de Google qui concède que « *user habits are a powerful force that help his company* ». En ce sens, voy. également, M. E. STUCKE, « Behavioral Antitrust and Monopolization », *op. cit.*, pp. 545-574, spéc. p. 556 ; M. THOMPSON, « In Search of Alterity : On Google, Neutrality and Otherness », in *Google and the Law : Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* (sous la dir. de A. LOPEZ-TARUELLA), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 378-386, qui décrit le « *click-Away Delusion* ».

viennent compléter son offre de base contribue à la création d'un véritable écosystème dont il est difficile de s'échapper. Paradoxalement, bien que l'utilisateur ne paiera toujours rien si davantage il devait se déporter vers un autre service de messagerie en ligne, navigateur Internet, service de vidéo en ligne, etc., ce changement lui fera bel et bien supporter des coûts, non pas d'ordre pécuniaire, mais d'ordre psychologique et procédural³⁴⁶. De fait, « *{s}witching costs are the norm, not the exception, in the information economy* »³⁴⁷, et ceux-ci seront exacerbés si l'internaute a fait usage des outils de personnalisation que lui offre Google³⁴⁸. Comme le souligne K. Devine, « *{t}echnologically savvy users may have little difficulty migrating their information from Google to an alternate service, but many users would likely find such migration daunting and, at least in the case of email, feel constrained by other services' {...} limitations {...}* »³⁴⁹. Autrement dit, rompre avec Google n'est pas une option dans la mesure où cela porterait irrémédiablement atteinte à la capacité de naviguer sur le Web³⁵⁰.

En outre, il convient de souligner le fait que le moteur généraliste de la société californienne reste l'option installée par défaut sur la plupart des grands navigateurs

³⁴⁶ Parmi les le coûts psychologiques, l'on retrouve les coûts liés à l'incertitude et aux émotions. S'agissant des coûts procéduraux, l'on identifie notamment les coûts liés à l'apprentissage et à la mise en place du nouveau produit. Pour plus de détails, voy. C. SHAPIRO et H. R. VARIAN, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, op. cit., pp. 103-134 ; T. A. BURNHAM, J. K. FRELS et V. MAHAJAN, « Consumer Switching Costs : A typology, Antecedents, and Consequences », *J.A.M.S.*, vol. 31, n° 2, 2003, pp. 109-126 ; H.-W. KIM et N. PERERA, « Software Continuance from Switching Costs Perspective : a Case of Web Browser », *P.A.C.I.S. 2008 Proceedings*, 2008, pp. 1-12, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/NnF1rO> (dernière consultation le 20 mars 2015).

³⁴⁷ C. SHAPIRO et H. R. VARIAN, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, op. cit., p. 110.

³⁴⁸ En ce sens, R. POLLOCK, « Is Google the Next Microsoft ? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search », op. cit., p. 28. Voy. l'outil de personnalisation de Google à l'adresse suivante : <https://www.google.fr/cse/> (dernière consultation le 20 mars 2015).

³⁴⁹ K. DEVINE, « Preserving Competition in Multi-Sided Innovative Markets : How Do You Solve a Problem Like Google ? », op. cit., p. 87. L'auteur y souligne les contraintes liées aux limitations d'autres services comparables en termes de stockage. Cet argument n'est toutefois plus soutenable aujourd'hui puisque G-Mail n'offre que 15 GB d'espace là où Yahoo Mail en offre 1 TB. Toutefois, les utilisateurs pourraient se sentir gênés par (i) le plus grand nombre de publicités, (ii) la quantité plus faible d'outils d'organisation ou encore (iii) les interfaces différentes que l'on retrouve sur des services de messagerie concurrents. En ce sens, voy. A. VANBERG, « From Archie to Google – Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law », op. cit., p. 7, qui note que, d'une part, les utilisateurs sont plus enclins à utiliser l'ensemble des services offert par une seule plateforme, et ce, pour des raisons pratiques telles que l'habitude ou la familiarité, et d'autre part, que ces derniers ne changeront pas, et ce, par craintes de perdre d'importantes données stockées sur la plateforme ; F. THEPOT, « Market Power in Online Search and Social Networking : A Matter of Two-Sided Markets », op. cit., p. 220, qui préfère recourir au concept de « paresse » plutôt qu'à celui d'« enfermement ».

³⁵⁰ S. VAIDHYANATHAN, *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, op. cit., p. 20.

Internet en Europe³⁵¹. En effet, « *Google understands the fact that default settings can work just as well as coercive technologies* »³⁵². Or, l'on sait que la Commission ne voit pas nécessairement d'un œil bienveillant les pratiques qui aboutissent à la pré-installation d'un produit³⁵³.

En définitive, il semblerait que quand bien même certains utilisateurs décideraient de désertir Google, son omniprésence suffirait à en faire revenir la grande majorité, ce qui tend à confirmer sa dominance sur ce marché³⁵⁴.

§2. Sur le marché de la publicité liée aux recherches

Vu l'interdépendance des deux versants de Google Search, les barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché de la recherche en ligne constituent nécessairement des obstacles à la réussite sur le marché de la publicité liée aux recherches. Par conséquent, nous n'attirerons l'attention du lecteur que sur certaines contraintes spécifiques.

A) Effets de réseau et « enfermement »

Nul besoin de rappeler que sur Google Search les effets de réseau se propagent d'un versant vers l'autre, ce qui explique pourquoi la valeur de la plateforme, telle que ressentie par les annonceurs, augmente au fur et à mesure que le bassin de prospects s'élargit. En outre, il a déjà été établi que le moteur de recherche exploité par Google est, de loin, le plus populaire en Europe. Tous les ingrédients sont donc réunis pour permettre à la société californienne d'étendre ses tentacules sur le marché de la

³⁵¹ À l'heure d'écrire ces lignes, Google est le moteur de recherche généraliste par défaut sur Google Chrome, Safari et Firefox, soit trois des quatre navigateurs Internet les plus populaires en Europe. (voy. le plus récent baromètre des navigateurs, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/EAJD4f> (dernière consultation le 20 mars 2015).

³⁵² S. VAIDHYANATHAN, *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, op. cit., p. 15.

³⁵³ À cet égard, voy. *infra*. Chap IV., pp. 89 et s., consacré aux pratiques de Google.

³⁵⁴ L'impact du récent remplacement de Google Search par Yahoo comme moteur de recherche par défaut sur le navigateur Firefox aux Etats-Unis, semble confirmer cette affirmation. En effet, après avoir vu ses parts du marché américain chuter quelque peu, Google a rapidement pu constater que ses internautes lui sont fidèles, ces derniers ayant réinstallé Google Search comme leur moteur de recherche par défaut. Voy. à ce sujet, G. VINDU, « Firefox Makes Yahoo Its New Default Search, Replacing Google », *International New York Times*, 19 novembre 2014, disponible à l'adresse suivante <http://goo.gl/R2810S> (dernière consultation le 27 février 2015). L'on notera qu'une rumeur circulant depuis plusieurs mois voudrait qu'Apple soit en passe de remplacer Google comme moteur de recherche par défaut sur son navigateur, Safari. Toutefois, certains analystes estiment que Google ne souffrirait pas non plus de cette séparation. Voy. à ce sujet, C. DOUGHERTY, « What Happens if Apple Drops Google From Its Browser ? », *International New York Times*, 28 janvier 2015, disponible à l'adresse suivante, <http://goo.gl/Jy9pkN> (dernière consultation le 27 février 2015) et A. MOUTOT, « Apple : bientôt la fin de Google comme moteur de recherche par défaut ? », *Les Echos*, 3 mars 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/ozRFo2> (dernière consultation le 2 mars 2015).

publicité liée aux recherches, là où elle puise son oxygène. Ce qu'il nous faut donc bien comprendre c'est que la conquête du marché publicitaire est tributaire de la domination du marché de la recherche horizontale. En effet, en monopolisant l'attention des internautes, « *Google s'est réservé{e} la meilleure part du processus, la plus essentielle en fait : l'accès direct et exclusif au consommateur final* »³⁵⁵. Or, c'est cela qui intéresse les annonceurs dont la plupart n'ont donc plus d'autre choix que de recourir à ses services. Ainsi, s'il est vrai que les entreprises ont parfois recours à d'autres plateformes publicitaires, elles ne peuvent se détourner du « *must-have* » de l'intermédiation en ligne³⁵⁶. Ce faisant, l'on constate qu'à l'instar des internautes, les annonceurs sont également *de facto* « enfermés » dans la plateforme de la firme de Mountain View, puisque les effets de réseau, couplés aux effets de retour positifs, détruisent toute incitation à la désertion.

Par ailleurs, quand bien même un annonceur arriverait en tête des résultats naturels, il est peu probable que celui-ci renonce au service *AdWords*³⁵⁷. En effet, un tel classement pourrait n'être que momentané dans la mesure où Google adapte constamment ses algorithmes de recherche, afin de lutter contre les firmes spécialisées dans l'optimisation des résultats (SEO) qui tentent de déjouer son système.

Enfin, rappelons que l'une des pratiques sous examen concerne les restrictions qu'imposerait Google aux annonceurs, d'exporter leurs campagnes publicitaires vers des plateformes rivales. Cette limitation de la portabilité des données est évidemment susceptible de renforcer la captivité des petites et moyennes entreprises qui n'ont, par hypothèse, pas les moyens financiers nécessaires pour répliquer des campagnes publicitaires souvent coûteuses³⁵⁸.

B) Insuffisance du trafic

³⁵⁵ P. PERRI, *Google, un ami qui ne vous veut pas que du bien*, *op. cit.*, p. 18.

³⁵⁶ Voy. Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, *op. cit.*, point. 198, où la Commission souligne que le moteur généraliste de Google est presque unanimement considéré comme un « *must have* » par les annonceurs. En ce sens, voy. Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, points. 251-252, où l'Autorité de la concurrence relève que « *tant que le moteur de recherche de Google est utilisé pour l'écrasante majorité des requêtes, l'annonceur ne peut se priver de 90 % des requêtes dans sa communication liée aux recherches* ».

³⁵⁷ J. BATTELLE, *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, *op. cit.*, pp. 157-158 ; K. DEVINE, « Preserving Competition in Multi-Sided Innovative Markets : How Do You Solve a Problem Like Google ? », *op. cit.*, p. 85.

³⁵⁸ Voy. *infra*. Chap IV., pp. 157 et s.

L'on a vu que sur le versant des internautes, chaque requête était l'occasion pour un moteur de recherche – Google Search tout particulièrement – de siphonner des données personnelles sur ses utilisateurs, données qui sont ensuite monnayées par l'exploitant avec les annonceurs d'une part, et « réinvesties » dans des expérimentations censées améliorer la *qualité* des résultats pour, *in fine*, attirer de nouveaux prospects, d'autre part. En apprenant de ses erreurs, un moteur de recherche est donc susceptible de renforcer son attrait auprès des internautes et ainsi attirer davantage d'annonceurs. Paradoxalement, l'on observe un phénomène similaire dans le marché de la publicité en ligne. En effet, lorsqu'ils enchérissent sur la plateforme du moteur de recherche pour obtenir le placement de leurs messages publicitaires, les annonceurs se voient également délester de certaines informations précieuses : leurs choix de mots-clés ainsi que leurs positions d'une part, et leur consentement à déboursier une certaine somme d'argent pour placer leurs annonces, d'autre part. C'est ce que l'économiste D. Spulber appelle le « *flux circulaire de l'information* »³⁵⁹. En accumulant ces données, le moteur de recherche améliore ainsi sa capacité à afficher les liens commerciaux les plus susceptibles d'être cliqués par les internautes, ce qui accroît son attractivité auprès des annonceurs tout en générant des revenus supplémentaires. Toutefois, l'on aura compris que ce processus vertueux dépend d'une ressource essentielle, à savoir le trafic sur le versant des internautes. Or, puisque Google monopolise la recherche horizontale, il est fort probable qu'un annonceur de taille modeste n'assurera pas sa présence sur Bing ou Yahoo !, et encore moins sur la plateforme d'un concurrent plus modeste ou d'un nouvel entrant³⁶⁰. En effet, les frais à encourir pour optimiser simultanément plusieurs campagnes seront souvent disproportionnés par rapport au nombre de clics espérés. Au demeurant, il est même possible que les clients *AdWords* soient eux-mêmes favorables à la domination du marché par un seul opérateur alors même que celui-ci leur soutire des rentes. La raison est simple : « *by sharing rents with advertisers while providing them with the benefits of the information received from consumers, the interests of advertisers may be aligned with those of the dominant search firm* »³⁶¹.

³⁵⁹ D. F. SPULBER, « The Map of Commerce : Internet Search, Competition, and the Circular Flow of Information », *op. cit.*, pp. 633-682, spéc. pp. 633-635 et 647-664.

³⁶⁰ Voy. les statistiques annuelles et quotidienne des recherches effectuées sur Google à l'adresse suivante: <http://www.statisticbrain.com/google-searches/> (dernière consultation le 24 mars 2015). À titre d'exemple, Google a géré plus de cinq milliards de recherches par jour en 2014.

³⁶¹ D. F. SPULBER, « The Map of Commerce : Internet Search, Competition, and the Circular Flow of Information », *op. cit.*, p. 674.

§3. Conclusion

Ainsi que le lecteur l'aura constaté, les marchés de la recherche horizontale en ligne et de la publicité liée aux recherches se caractérisent par l'existence d'importantes barrières à l'entrée et à l'expansion. Pour en terminer sur cette question, il nous paraît opportun de dresser quelques parallèles avec l'affaire *Google*, ce qui permettra de mesurer l'ampleur de l'emprise que détient l'entreprise californienne sur ces deux marchés.

Une première analogie peut être dressée avec l'affaire *Intel* précitée. Rappelons qu'outre les coûts irrécupérables et les économies d'échelle qui caractérisaient le marché des microprocesseurs x86, la Commission avait également considéré qu'Intel était un « partenaire obligatoire » pour les fabricants d'ordinateurs dans la mesure où il n'était pas réaliste d'envisager que ces derniers décident de se fournir exclusivement – ou même en grande partie – chez le concurrent, AMD³⁶².

Dans la même veine, la Gardienne des traités avait également identifié d'importants coûts irrécupérables pour la fourniture de services Internet à haut débit de gros d'accès régional via la boucle locale de l'opérateur historique espagnole, Telefónica³⁶³. En effet, d'après les estimations, Telefónica avait investi plus d'un milliard et demi d'euros entre 1999 et 2006 pour développer son réseau d'accès régional³⁶⁴. Ce sont d'ailleurs ces investissements qui lui ont permis de générer d'importants rendements d'échelle³⁶⁵. En outre, la Commission avait également relevé la présence d'effets de réseau, rendant l'entrée d'opérateurs alternatifs sur le marché de gros d'accès Internet régional à larges bandes d'autant plus improbable³⁶⁶.

Enfin, l'on ne saurait clôturer ce point sans dresser le parallèle inévitable avec Microsoft. En premier lieu, l'on a vu précédemment que dans *Microsoft I*, la Commission avait mis en exergue l'importance des parts de marché que détenait l'entreprise de Redmond³⁶⁷. Néanmoins, force est de constater que l'autorité

³⁶² Commission européenne, décision du 13 mai 2009 – *Intel*, *op. cit.*, point 870.

³⁶³ Commission européenne, décision du 4 juillet 2007 – *Wanadoo España c. Telefónica*, aff. COMP/38.784, point. 225, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Xfnebo> (dernière consultation le 23 avril 2015).

³⁶⁴ *Ibid.*, point. 164.

³⁶⁵ *Ibid.*, point. 226.

³⁶⁶ *Ibid.*, point. 228, où la Commission relève que « *the need to secure a sufficient number of broadband customers creates a further market entry barrier for operators that invest in local loop unbundling and could thereby exert a potential competitive threat to Telefónica in the regional wholesale market* ».

³⁶⁷ Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, *op. cit.*, points. 435, 499 et 514. Pour rappel, la Commission estimait que Microsoft détenait plus de 90% des parts du marché des

européenne de la concurrence s'est également – et surtout – basée sur l'existence de puissants effets de réseau sur les marchés des systèmes d'exploitation pour PC clients et des lecteurs multimédias, ainsi que, dans une moindre mesure, sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupe de travail³⁶⁸, pour développer son argumentaire³⁶⁹. Par ailleurs, la Commission avait également remarqué que l'évolution des caractéristiques du domaine Windows avait contribué à « *enfermer les clients dans une solution homogène Windows pour leurs réseaux de groupe de travail* »³⁷⁰. De plus, « *même si le téléchargement est en soi un mode de distribution des lecteurs multimédias techniquement peu coûteux, les éditeurs doivent mobiliser des ressources considérables pour surmonter l'inertie des utilisateurs finals et les persuader d'ignorer la présence du lecteur WMP pré-installé* »³⁷¹.

En second lieu, dans l'affaire *Microsoft II* précitée, la Gardienne des traités avait, sur base de données empiriques, relevé que la pré-installation du navigateur Web de Microsoft (Internet Explorer) avait contribué à l'inertie des consommateurs et, *in fine*, à leur captivité de l'environnement Windows³⁷².

Sous-section III. Conclusion sur la position de Google

À notre sens, Google jouit incontestablement d'une position dominante sur les marchés interconnectés de la recherche horizontale en ligne et de la publicité liée aux recherches. Au-delà des parts de marchés exorbitantes qu'elle y détient depuis de nombreuses années, la société de Mountain View profite de l'existence de barrières à

systèmes d'exploitation pour PC clients et entre 60 et 75% des parts du marché des systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupe de travail.

³⁶⁸ *Ibid.*, point. 448-457, spéc. points. 448-450 (pour le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients) ; points. 420-424 et 879-882 (pour le marché des lecteurs multimédias) ; points. 517-518 (pour le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs pour groupe de travail. Voy. également, Commission européenne, décision du 16 décembre 2012 – *Microsoft II*, *op. cit.*, point. 25, pour une confirmation de l'existence d'effets de réseau sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients.

³⁶⁹ Voy. toutefois, J. APPELDOORN, « He Who Spareth his Rod, Hateth his Son ? Microsoft, Super-dominance and Article 82 EC », *E.C.L.R.*, vol. 26, n° 12, pp. 653-658, qui semble considérer que la Commission s'est focalisée sur les parts de marchés de Microsoft pour en déduire l'existence d'une position « super-dominante » sur le marché des systèmes d'exploitation pour PC clients. L'auteur fait notamment référence aux formules utilisées par l'autorité européenne de la concurrence aux points 429, 435 et 779 de sa décision.

³⁷⁰ *Ibid.*, point. 613.

³⁷¹ *Ibid.*, point. 870.

³⁷² Commission européenne, décision du 16 décembre 2012 – *Microsoft II*, *op. cit.*, point. 48. Comme nous l'avons vu précédemment, Google s'est assurée une présence par défaut sur quelques uns des principaux navigateurs Internet utilisés par les internautes européens. De la même manière que Microsoft, Google renforce donc l'inertie de ses utilisateurs pour les maintenir « enfermés » dans son écosystème.

l'entrée et à l'expansion quasiment insurmontables pour ses rivaux, et ce, sur les deux marchés. Cette dominance se traduit d'ailleurs par sa capacité à maintenir des prix CPC durablement supérieurs à ceux de la concurrence, ce qui rend d'autant plus difficile l'entrée d'un nouveau rival³⁷³. Au-delà des investissements à fonds perdus requis qui en dissuaderont plus d'un, c'est surtout la perspective de ne jamais (à tout le moins, pas à court-moyen terme) pouvoir rattraper l'avance dont dispose Google en termes de données personnelles et de trafic qui rendent ces marchés peu – voire pas du tout – contestables. En réalité, seule une poignée d'entreprises peuvent se vanter de posséder des actifs Web et un trafic suffisamment intéressant que pour défier la firme californienne. Parmi elles, l'on citera, notamment, Facebook, Amazon, LinkedIn, eBay, Alibaba, Tencent et Apple³⁷⁴. Pour peu qu'elles en aient l'incitation, il n'est pas irréaliste de penser que l'une de ces firmes rassemble la technologie et le capital nécessaire pour se lancer dans des activités de recherche horizontale. Ce faisant, nous pourrions les assimiler à des concurrents potentiels. Cette intuition peut, par ailleurs, être soutenue par le fait que ces firmes disposent déjà d'un nombre conséquent d'informations personnelles qui ont trait aux habitudes et aux préférences de leurs utilisateurs et, de ce fait, à leurs « besoins » publicitaires. À cet égard, le cas de Facebook mérite d'être épinglé. Le numéro un des réseaux sociaux est également le site Internet le plus visité au monde ce qui fait de lui le plus grand moissonneur de données personnelles sévissant sur la Toile. En effet, ce ne sont pas moins de mille milliards de statuts, de messages postés, de photos et de contenus qui sont archivés dans ses bases de données. Ces deux dernières années, Facebook affichait des résultats générés par Bing, en vertu d'un partenariat conclu avec Microsoft. Toutefois, le 13 décembre 2014, la presse relayait que le réseau social avait retiré Bing à la faveur d'un nouvel outil censé compléter son propre moteur de recherche, *Graph Search*³⁷⁵. Certes, le service n'est actuellement déployé qu'aux États-Unis et les parts de marché détenues par Facebook sur le marché de la recherche en ligne restent marginales, mais l'on est en droit de se demander si, à long terme, le *Graph Search* ne

³⁷³ À cet égard, l'Autorité de la concurrence française a relevé que « *{d}e nombreux acteurs ont {...} souligné que, en raison de l'opacité du fonctionnement des enchères, Google disposait d'une certaine marge de manœuvre lui permettant de manipuler les enchères* », in Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 240.

³⁷⁴ Voy. not. <http://goo.gl/OLWzku> (dernière consultation le 24 mars 2015).

³⁷⁵ Pour de plus amples précisions, voy. M. SWADKOWSKI, M. UNTERSINGER et O. CLAIROUIN, « Facebook : comment Graph Search va affecter votre profil », *Le Monde*, 17 juillet 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/06kRWj> (dernière consultation le 24 mars 2015).

serait pas capable briser de l'emprise exercée par Google sur les utilisateurs³⁷⁶. Ainsi, si pour l'heure, le scénario relève de la pure spéculation, il n'est pas inconcevable que les parts de marchés de Google commencent à s'éroder d'ici cinq ou six ans³⁷⁷.

En conclusion, s'il est vrai que l'on ne peut exclure la possibilité qu'un autre grand acteur du Web se décide à faire une incise dans le fief de l'entreprise de Mountain View, la contrainte concurrentielle exercée par la concurrence potentielle demeure à ce jour trop marginale que pour remettre en cause notre conclusion initiale. Plus encore, à supposer que l'entrée soit *de facto* possible, l'on a déjà vu que les chances de déloger le leader du marché sont minces sinon nulles, comme le prouvent les résultats décevants de Bing et Yahoo ! en Europe³⁷⁸. Ce faisant, « *Google, ton monopole est cerné !* »³⁷⁹.

Chapitre IV. Les pratiques de Google à la loupe

Ainsi qu'il a été démontré, Google détient une position de quasi-monopole sur les marchés de la recherche en ligne et de la publicité liée aux recherches. Ses parts de marché élevées couplées à l'existence d'importantes barrières à l'entrée et à l'expansion font d'elle un « *partenaire obligatoire* » sur lequel pèse la désormais traditionnelle « *responsabilité particulière de ne pas porter atteinte {...} à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun* »³⁸⁰. Osons le dire, Google est « *comparable à un éléphant dans un magasin de porcelaine, occasionnant des dégâts au moindre de ses mouvements, même de faibles amplitudes, en raison tout*

³⁷⁶ Le fondateur de Facebook, Marc Zuckerberg, a d'ailleurs sous-entendu que Facebook entendait directement concurrencer Google avec son moteur de recherche. Voy. J. EDWARDS, « Mark Zuckerberg Says Facebook Will Compete Directly Against Google As A Search Engine », *Business Insider*, 30 janvier 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/a22wEI> (dernière consultation le 24 mars 2015).

³⁷⁷ En effet, le Graph Search se développe à pas de tortue, si bien que le fondateur de Facebook a récemment concédé que le projet était conçu sur cinq ans. Voy. M. MGEE, « Zuckerberg : Facebook Graph Search Is 'A Five-Year Thing' », *SearchEngineLand.com*, 16 avril 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/gzBnPw> (dernière consultation le 24 mars 2014).

³⁷⁸ En ce sens, E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google » (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », *op. cit.*, p. 13.

³⁷⁹ Nous empruntons le titre de l'article éponyme rédigé par R. Karayan, in R. KARAYAN, « Google, ton monopole est cerné ! », *L'Expansion / L'Express*, 13 juillet 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Jj82y2> (dernière consultation le 27 mars 2015).

³⁸⁰ C.J.C.E., arrêt du 9 novembre 1983 – *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, *op. cit.*, point. 57.

simplement de sa grande taille »³⁸¹.

Toutefois, il convient de ne jamais perdre de vue la lettre du Traité qui présume la licéité de la position dominante. En effet, cette dernière n'est pas répréhensible en soi, seule l'est son exploitation abusive³⁸². Ce rappel, que d'aucuns jugeront redondant et futile, mérite d'être réaffirmé avec vigueur à l'heure où certains parlent de démanteler la géante de Mountain View³⁸³.

Selon l'ancien commissaire Almunia, « *dynamic industries are not immune to careful antitrust scrutiny, nor should the basic antitrust principles be modified* »³⁸⁴. Néanmoins, le lecteur aura pu se rendre compte que le sujet de l'enquête de la Commission n'est pas sans poser certaines difficultés. Ainsi, à l'instar de la définition du marché pertinent et de l'évaluation du pouvoir de marché de Google, l'appréciation du caractère abusif de ses pratiques doit également être réalisée dans un contexte fondamentalement nouveau³⁸⁵. Si le caractère non exhaustif de l'énumération de l'article 102 TFUE et l'extension de son champ d'application aux abus d'exclusion ont permis d'accorder davantage de flexibilité à la Gardienne des Traités dans son activité de police des marchés, force est de constater que certains comportements mis en cause dans l'affaire *Google* semblent tester les limites du cadre juridique actuellement en vigueur. En effet, le caractère biface de la recherche en ligne, couplé à l'innovation incessante qui s'y développe, rend d'autant plus difficile l'évaluation de la licéité des stratégies mises en œuvre par l'entreprise californienne³⁸⁶.

C'est dans ce contexte que la suite de ce chapitre sera consacrée à l'examen de la conduite de Google. Le parti pris de ce mémoire sera d'adopter une approche peu conventionnelle dans l'évaluation du caractère abusif de chacune des pratiques

³⁸¹ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 263.

³⁸² C.J.C.E., arrêt du 14 février 1978 – *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, *op. cit.*, point. 113 ; C.J.C.E., arrêt du 13 février 1979 – *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, *op. cit.*, point. 70 ; C.J.C.E., arrêt du 9 novembre 1983 – *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, *op. cit.*, point. 57 ; Document d'orientation, *op. cit.*, point. 1.

³⁸³ J. KANTER, « E.U. Parliament Passes Measure to Break Up Google in Symbolic Vote », *International New York Times*, 27 novembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/yvWD5d> (dernière consultation le 19 février 2015).

³⁸⁴ J. ALMUNIA, « Abuse of dominance : a view from the EU », *op. cit.* (voy. note n° 277).

³⁸⁵ En ce sens, D. WOOD, « EU Competition Law and the Internet : Present and Past Cases », *Comp. L. Int'*, vol. 7, n° 1, 2011, p. 45.

³⁸⁶ E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », *op. cit.*, p. 5.

litigieuses. En effet, à défaut de test unitaire solidement ancré dans la jurisprudence, applicable aux comportements stratégiques non tarifaires, nous proposerons une analyse articulée autour des objectifs poursuivis par l'article 102 TFUE et des leçons que nous pouvons tirer de décisions et arrêts pertinents du passé³⁸⁷. En outre, bien que chacune des pratiques mises en cause sera passée au crible (Section I. à Section III.), un développement plus conséquent sera accordé aux allégations de traitement préférentiel, ces dernières étant les plus préoccupantes aux yeux de la Commission (Section I.).

Section I. Traitement préférentiel accordé par Google à ses propres services spécialisés

Les allégations portant sur le traitement préférentiel que Google accorderait à ses propres services thématiques suscitent l'émoi dans la doctrine. Entre innovation et abus, le comportement de l'entreprise californienne est en effet particulièrement difficile à évaluer au regard de l'article 102 TFUE. De ce fait, il nous faudra d'abord mesurer la portée de ces allégations (Sous-section I.) avant de pouvoir en analyser les mérites (Sous-section II et III.)

Sous-section I. Prolégomènes

Fort de l'immense trafic que génère son moteur de recherche généraliste, Google serait devenue « malveillante »³⁸⁸ et aurait commencé à exploiter son statut de goulet d'étranglement du Web afin d'étendre la position de marché de ses autres services

³⁸⁷ Voy. R. Nazzini qui note que « *{t}he assessment of non pricing abuses under Article 102 TFEU remains uncertain and controversial. {...} the case law of the Union courts does not always articulate clear tests {which} generates confusion as it is not clear which test would apply to novel infringements* » in R. NAZZINI, « Abuse of dominance : exclusionary non-pricing abuses », in *Handbook on European Competition Law : Substantive Aspects* (sous la dir. de I. LIANOS et D. GERADIN), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, p. 473. Pour une analyse critique des nombreux « tests » d'abus, voy. tout spéc., R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and Principles of Article 102*, New York, Oxford University Press, 2011, pp. 51-106, 187-326 et 389-403 ; E. ØSTERUD, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law. The Spectrum of Tests*, vol. 45, International Competition Law Series, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010, pp. 1-329 ; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2010, pp. 327-352. Voy. également D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, op. cit., pp. 877-885, qui remarquent que le test retenu par la Commission au sujet des stratégies tarifaires d'éviction – celui du « concurrent aussi efficace » – « *ne fédère utilement que les tests mis en œuvre en mis en œuvre en matière tarifaire {...} Appliquée à des pratiques non tarifaires, le test perd de son intérêt* ». Plus encore, ces auteurs estiment que « *{l}a recherche d'un test unique procède d'une abstraction vaine et parfois trompeuse* ».

³⁸⁸ Nous faisons ici écho à la devise de Google, « *Don't be Evil* ». Voy. <https://goo.gl/KK1k5R> (dernière consultation le 18 février 2015).

propriétaires³⁸⁹. Remontant ainsi la chaîne de valeur verticale, elle accaparerait les revenus de l'aval tout en accroissant sa dominance dans le secteur de la recherche en ligne et de la publicité liée aux recherches³⁹⁰. Au fond, ce qui est au cœur de ces allégations, c'est la *neutralité* des classements de recherches naturels. Pour mieux nous en rendre compte, un bref rappel des faits à l'origine de la plainte déposée par Foundem nous paraît opportun³⁹¹.

Foundem est une petite société anglaise fondée en 2005 par Shivaun et Adam Raff qui opère un comparateur d'offres³⁹². Fort de sa technologie brevetée, WebSentient, l'entreprise s'est rapidement imposée sur ce segment particulier de la recherche en ligne allant même jusqu'à être élue meilleur site de comparaison de prix du Royaume-Uni par « the Gadget Show »³⁹³. Pionnier de la croisade contre Google, Foundem prétend – preuves à l'appui – que Google s'adonnerait à deux types de pratiques discriminatoires non tarifaires : *primo*, Google exploiterait de façon abusive la fonction « Recherche Universelle » de son moteur généraliste pour favoriser ses propres services verticaux, notamment son comparateur de prix « Google Shopping », au détriment de la concurrence. *Secundo*, Google infligerait des sanctions. Ainsi, dès juin 2006, Foundem disparut soudainement des résultats naturels de Google. La raison ? Selon le porte-parole de la firme de Mountain View, le service fourni par le comparateur de prix anglais aurait tout simplement été d'une qualité trop pauvre³⁹⁴.

³⁸⁹ Pensons par exemple à la promotion de « Google Maps » ou de « Google Actualités » dans les résultats naturels de Google Search.

³⁹⁰ On parlerait alors de levier défensif (« defensive levering »). Voy. I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 9, n° 2, 2013, p. 433. En ce sens, P. PERRI et F. SING, « L'exemple de Google : entre 4000 et 12000 emplois en danger », *PNC*, 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/v5FLWM> (dernière consultation le 18 février 2015).

³⁹¹ Ce qui suit ne sera donc qu'un condensé des faits relatés par Foundem et la presse. Pour un exposé détaillé de l'affaire voy. *inter alia*, X., « Foundem's Google Story », *SearchNeutrality.org*, 18 août 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/yQTR3n> (dernière consultation le 19 février 2015) ; A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 174.

³⁹² Le service proposé par Foundem est au demeurant fort large puisque l'entreprise offre, *inter alia*, des comparaisons de vols, d'hôtels, d'emplois, de vêtements ou encore de propriétés immobilières. Pour la liste complète de ses services de comparaison, voy. <http://www.foundem.co.uk/>.

³⁹³ Voy. X., « Foundem's Google Story », *op. cit.* (voy. note n° 391).

³⁹⁴ Voy. les propos rapportés par John Lettice in J. LETTICE, « When algorithms attack, does Google hear you scream? Inside Google's search penalties gulag », *The Register*, 19 novembre 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/u8KfsG> (dernière consultation le 19 février 2015). Notons

Quelques semaines après avoir commencé à subir cette « pénalité dans la recherche », Foundem fut également victime d'une « pénalité *AdWords* ». Plus concrètement, Google avait substantiellement dégradé le *PageRank* et le *Quality Score* de Foundem, ce qui eut pour effet (i) la rétrogradation de son comparateur de prix dans les résultats sponsorisés et (ii) la majoration par cent de l'enchère qu'il devait soumettre pour le placement d'un lien publicitaire sur la plateforme *AdWords*.

Après plusieurs années de combat, Foundem obtint finalement le « *whitelisting* » (replacement dans la liste blanche) manuel par Google de sa pénalité *AdWords* et la restauration de son *PageRank*. Selon ses fondateurs, la conséquence fut presque immédiate : du jour au lendemain, Foundem observa une augmentation de son trafic issu de Google avoisinant les 10.000 %. Comble de l'ironie selon Foundem, durant toute la période où l'entreprise s'attirait les foudres de Google, son comparateur avait continué à figurer dans les premières positions des résultats de Bing et Yahoo pour des recherches analogues.

Le grief du biais dans les résultats naturels – popularisé sous le concept de « *search engine bias* » ou « *search bias* »³⁹⁵ – est désormais exprimé par l'ensemble de l'écosystème en ligne³⁹⁶. Toutefois, si Foundem est devenue le porte-drapeau d'un hypothétique principe de neutralité dans la recherche, le déclassement dont elle fut la victime n'est en réalité qu'un échantillon d'un phénomène plus vaste impliquant la

que la raison avancée par le porte-parole de Google est peu convaincante quand on sait que Foundem était largement reconnue comme l'exploitante d'un des meilleurs comparateurs de prix au Royaume-Uni. Pour des arguments soutenant le point de vue de Google, voy. C. LAKE, « Foundem vs. Google : A Case Study in SEO Fail, *Econsultancy*, 18 août 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iUtNnd> (dernière consultation le 20 février 2015). En substance, l'auteur y argue que les raisons du déclassement de Foundem tiennent essentiellement au fait que son moteur vertical ne serait qu'un simple agrégateur de données n'offrant que très peu de contenus originaux.

³⁹⁵ En réalité, le vocable « *search bias* » dérive d'un autre concept popularisé à la suite des investigations menées à l'encontre de Google, à savoir celui du « *search neutrality* » ou « neutralité de la recherche » (à ne pas confondre avec le principe de « neutralité de l'Internet » (« *net neutrality* »). Pour une contribution retraçant les origines étymologiques du vocable, voy. N. ANDERSON, « Search Neutrality ? How Google Became a 'Neutrality' Target, *ARS TECHNICA – Law & Disorder*, 30 avril 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/RtXL0T> (dernière consultation le 19 février 2015). Pour de plus amples détails, voy. nos développements consacrés à cette pratique, *infra.*, Pour les difficultés que posent la transition du « *search engine bias* » vers le « *search neutrality* », voy. not. E. GOLDMAN, « Revisiting Search Engine Bias », *Wm. Mitchell. L. Rev.*, vol. 38, n° 1, 2011, pp. 96-110, spéc. p. 107.

³⁹⁶ Voy. ICOMP, « La politique antitrust de Google observée au microscope », White paper, 11 octobre 2011, pp. 6-22, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/UKqM8C> (dernière consultation le 27 février 2015).

manipulation d'algorithmes de recherche – phénomène qui, en soi, ne s'avère pas forcément problématique. Protéiforme, le biais dans les résultats du classement peut ainsi se manifester sous des couleurs qui ne méritent pas l'aversion des autorités concurrentielles³⁹⁷. Ainsi en est-il lorsque Google modifie son algorithme « *Penguin* » pour pénaliser les fraudeurs qui tenteraient de déjouer le système de classement en ayant recours à des SEO peu scrupuleux³⁹⁸. À la manipulation *exogène* de son moteur de recherche, Google réagit par la manipulation *endogène* de ses algorithmes et l'on ne saurait s'y opposer dans ce cas de figure précis³⁹⁹. En effet, à la différence de l'affaire *Foundem*, le biais dont il est question dans cet exemple favorise incontestablement la pertinence des résultats et, *in fine*, le bien-être des consommateurs. Partant, bien que les récits exposés par certains plaignants paraissent édifiants, l'on ne saurait qu'inciter à la prudence contre toute conclusion hâtive. En effet, si la preuve d'un biais dans les résultats organiques de Google Search peut sembler, *prima facie*, facile à apporter⁴⁰⁰, encore faut-il pouvoir mesurer la portée du concept de « biais » ainsi que son caractère potentiellement anticoncurrentiel⁴⁰¹.

Dans ce contexte, le concept de biais dans les résultats doit selon nous recouvrir les pratiques par lesquelles un moteur de recherche manipule ses algorithmes de classement dans le but de favoriser ses propres contenus au détriment de la concurrence, soit en leur accordant artificiellement un affichage favorable, soit en pénalisant directement les services spécialisés concurrents par la voie du déclassement⁴⁰².

³⁹⁷ Voy. en ce sens, O. Bracha et F. Pasquale qui listent de manière non-exhaustive les différents types de biais, O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission ? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *op. cit.*, pp. 1167-1170.

³⁹⁸ Pour une explication détaillée et accessible sur le fonctionnement de l'algorithme « *Penguin* », voy. O. ANDRIEU, Réussir son référencement web – Stratégies et techniques SEO, *op. cit.*, pp. 560-617.

³⁹⁹ En ce sens, J. GRIMMELMANN, « Some Skepticism About Search Neutrality », *op. cit.*, p. 450.

⁴⁰⁰ Prenons l'exemple d'une recherche avec les mots-clés « photos de chiens ». Si Google place constamment des liens pointant vers des images générées par « Google *Images* », l'on pourrait en déduire qu'il favorise son propre service vertical.

⁴⁰¹ En ce sens, voy. A. VANBERG, « From Archie to Google – Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law », *op. cit.*, p. 9 ; J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ? », *op. cit.*, p. 534, qui relèvent à juste titre, selon nous, que « *if search bias simply represents the practice of ranking one's own website higher in the presentation of search results, then the concept {...} would not distinguish cases when such bias was procompetitive {...} from cases when that 'bias' might be anticompetitive* ».

⁴⁰² En ce sens, voy. M. JIANG, « Search Concentration, Bias, and Parochialism : A Comparative Study of Google, Baidu, and Jike's Search Results From China », *J. of Communication.*, vol. 64, n° 6, 2014, p. 1092. Pour une discussion intéressante sur le *search bias* et sur la prolifération de définitions de ce concept en doctrine, voy. G. A. MANNE, et J. D. WRIGHT, « If Search Neutrality is the Answer, What's the Question ? », *I.C.L.E.*, Antitrust & Consumer Protection Program White Paper Series, 2011, pp. 4-14,

Sous-section II. Le biais de Google : abus ou concurrence par les mérites ?

Axe principal des procédures engagées contre Google des deux côtés de l'Atlantique, les allégations de manipulations algorithmiques se multiplient⁴⁰³ conduisant certains auteurs à postuler que « *l'intérêt public exige que la clé d'accès au 'classement suprême' (entendez par là, les algorithmes) soit mise à la disposition d'une autorité publique qui puisse la valider et en surveiller les effets* »⁴⁰⁴. L'imposition d'un principe de *neutralité dans la recherche* (« *search neutrality* ») serait donc la solution « miracle » au problème... si problème il y a. En effet, une question fondamentale a, semble-t-il, éludé une grande partie de la doctrine : le *biais* dans les résultats de la recherche, à le supposer avéré dans les faits⁴⁰⁵, peut-il être qualifié d'abusif et, dans l'affirmative, pourquoi⁴⁰⁶? A priori, deux réponses

disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1807951> (dernière consultation le 27 février 2015).

⁴⁰³ Voy. *inter alia*, l'affaire *Buzzea*, qui fit grand bruit dans le Landerneau du Web français. Certains auteurs se sont demandés si Google n'avait pas commis un abus en désindexant *Buzzea.com* – site web qui proposait d'accroître la visibilité de blogs et autres webzines – pour avoir créé un réseau de liens en violation de ses conditions d'utilisation. Voy. A. DIEHL, « l'affaire *Buzzea* : abus de position dominante de la part de Google ? », *Abondance.com – Lettre 'Recherche & Référencement*, n° 156, 2014, pp. 42-45, disponible à l'adresse suivante : <http://abonnes.abondance.com/archives/2014-02/> (dernière consultation le 28 février 2015).

⁴⁰⁴ A. STROWEL, *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, *op. cit.*, p. 171. Comme le souligne l'auteur, l'idée a fait des vagues aux Etats-Unis puisque certains verraient d'un bon œil la création d'un organe fédéral spécialisé – une « Federal Search Commission » – qui serait chargée d'assurer la neutralité des résultats organiques des moteurs de recherche. Voy. tout spéc., O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission ? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *op. cit.*, pp. 1152-1210.

⁴⁰⁵ À cet égard, le doute ne semble plus pouvoir être permis. En effet, dans son édition du 19 mars 2015, le *Wall Street Journal* publiait un rapport interne de la FTC qui atteste de ce que Google aurait volontairement manipulé ses algorithmes dans le but d'exclure ses rivaux. Voy. B. MULLINS, R. WINKLER et B. KENDAL, « Inside the U.S. Antitrust Probe of Google », *Wall Street Journal*, 19 mars 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/YkJaTK> (dernière consultation le 27 mars 2015). Dans la mesure où il n'est pas certain que la Commission européenne en tienne compte dans le cadre de son enquête, nous n'intégrerons pas cette donnée dans notre raisonnement. L'on renverra toutefois le lecteur à la contribution de B. Edelman et de B. Lockwood qui semble démontrer que Google favorise ses propres services. Voy. B. EDELMAN et B. LOCKWOOD, « Measuring Bias in « Organic » Web Search », *Bendelman.org*, 11 janvier 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://www.benedelman.org/searchbias/> (dernière consultation le 27 mars 2015). En ce sens, voy. *inter alia*, P. MAILLE et B. TUFFIN, *Telecommunication Network Economics: From Theory to Applications*, New York, Cambridge University Press, 2014, pp. 262-268.

⁴⁰⁶ Voy. not. G. A. MANNE et J. D. WRIGHT, « If Search Neutrality is the Answer, What's the Question ? », *op. cit.*, pp. 1-92, où les auteurs relèvent que « *{t}he debate has focused upon these and other proposed remedies to the 'problem' presented by a range of Google's business decisions. Unfortunately, this debate has largely missed the predicate question of whether search engine bias is the product of market failure or otherwise generates significant economic or social harms meriting regulatory intervention in the first place. Search 'neutrality' by its very terminology presupposes that the solution – mandatory neutrality or some imposition of restrictions on search engine bias – is desirable, but it is an open question whether advocates of search neutrality have demonstrated that there is a problem necessitating any of the various prescribed remedies* ».

antinomiques peuvent être formulées avec plus ou moins de conviction. La première verrait dans ce type de comportement la simple manifestation d'une concurrence « *par les mérites* »⁴⁰⁷. En effet, de quel droit pourrait-on sanctionner une entreprise verticalement intégrée pour avoir exploité ses produits innovants comme bon lui semblait ? La seconde mettrait en exergue le risque d'exaction d'une position dominante sur un marché primaire pour faire levier sur un marché apparenté.

Dans les lignes qui suivent, nous confrontons ces deux propositions pour tenter de démêler le vrai du faux.

§1. La théorie de la Commission européenne

Au cours de ces quatre dernières années, la Commission s'est montrée très peu prolixe en détails, particulièrement lorsqu'il s'agissait d'aborder les potentielles théories d'atteinte à la concurrence du biais litigieux. Ce manque de transparence, couplé à de nombreux atermoiements dans la procédure, fait dire à certains que tout n'est qu'un grand « bluff » orchestré par une autorité dont la main ne serait en réalité pas si forte que cela⁴⁰⁸. Tout au plus a-t-elle laissé filtrer qu'à travers ce comportement, Google réduirait la visibilité de moteurs verticaux concurrents, en divertissant le trafic vers ses propres « services maison », alors même que ces derniers offriraient des réponses d'une qualité inférieure⁴⁰⁹. Interrogé sur les développements de l'affaire, J. Almunia a, en outre, fait savoir que « *{b}y displaying its own services more prominently, Google could leverage its dominant position in search to weaken competitors in vertical search markets in a way that would harm consumers* »⁴¹⁰.

Pour soutenir l'argumentaire, la Commission a également précisé qu'elle considérait que le moteur de recherche généraliste de Google est « *an important source of traffic for competing specialised search services* » et que, dans la mesure où il paraît

⁴⁰⁷ Voy. les termes employés par la Cour dans son arrêt France Télécom, *C.J.U.E.* (1^{ère} ch.), arrêt du 2 avril 2009 – *France Télécom SA c. Commission*, *op. cit.*, point. 106.

⁴⁰⁸ En ce sens, voy. N. Petit qui estime que « *it could have been a bluff, like a poker game* », in P. GEITNER, « Google Moves Toward Settlement of European Antitrust Investigation », *International New York Times*, 24 juillet 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/X9dRZH> (dernière consultation le 2 mars 2015) ; G. KEIZER, « Who blinks first ? EU's threat to charge Google over antitrust issues is mostly bluff », *Computerworld*, 26 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2vNbVH> (dernière consultation le 2 mars 2015) ; S. LANGE, « Gabriels großer Google-Bluff », *Wall Street Journal*, 16 mai 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/WzR51s> (dernière consultation le 2 mars 2015).

⁴⁰⁹ J. ALMUNIA, « Public policies in digital markets : reflections from competition enforcement », Chatham House Competition Policy Conference, *op. cit.*, (voy. note n° 98).

⁴¹⁰ J. ALMUNIA, « EU competition policy and sectoral challenges », 41st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham, New York, 12 septembre 2014, SPEECH/14/592, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QaLSuR> (dernière consultation le 26 février 2015).

improbable qu'un autre moteur de recherche horizontal parvienne à lui contester son hégémonie, la dépendance des services spécialisés vient à être renforcée⁴¹¹.

Enfin, l'autorité européenne de la concurrence craint que cette pratique ne porte atteinte au bien-être des consommateurs, et ce, de deux manières : *primo*, elle « *reduces the ability of consumers to find a potentially more relevant choice of specialised search services* »⁴¹². Ensuite, à plus long terme, le biais dans les résultats diminuerait l'incitation qu'auraient les concurrents à innover ce qui, *in fine*, serait préjudiciable aux consommateurs⁴¹³.

§2. La défense de Google

Acculée en Europe, la société californienne se défend en plaidant le caractère fondamentalement innovant de son comportement. Récemment, elle a reçu un soutien de poids de la part de l'un des bras de la régulation antitrust aux États-Unis, la FTC. En effet, au terme d'une enquête de vingt mois portant sur des allégations similaires, cette dernière a finalement considéré que :

*« The evidence presented at this time does not support the allegation that Google's display of its own vertical content at or near the top of its search results page was a product design change undertaken without a legitimate business justification. Rather, we conclude that Google's display of its own content could plausibly be viewed as an improvement in the overall quality of Google's search product. Similarly, we have not found sufficient evidence that Google manipulates its search algorithms to unfairly disadvantage vertical websites that compete with Google-owned vertical properties. Although at points in time various vertical websites have experienced demotions, we find that this was a consequence of algorithm changes that also could plausibly be viewed as an improvement in the overall quality of Google's search results »*⁴¹⁴.

⁴¹¹ Commission européenne, communiqué de presse, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competitions concerns – questions and answers », *op. cit.* (voy. note n° 275).

⁴¹² *Ibid.* (voy. note n° 275).

⁴¹³ *Ibid.* (voy. note n° 275).

⁴¹⁴ Déclaration de la FTC, « Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices *In the Matter of Google Inc.* », Dossier FTC n° 111-0163, 3 janvier 2013, pp. 3-4, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/a0YFgt> (dernière consultation le 27 février 2015) (c'est nous qui soulignons).

Malgré d'importantes concessions, la presse fut unanime pour brandir Google en vainqueur de son duel avec le droit de la concurrence nord-américain⁴¹⁵. On ne peut que lui donner raison tant la décision épouse les arguments mobilisés par les défenseurs de la société californienne⁴¹⁶. En substance, ces derniers estiment que sanctionner le biais dans les résultats reviendrait à punir le moteur de recherche le plus efficace du marché ce qui, *in fine*, porterait atteinte aux consommateurs⁴¹⁷. À les lire, les pratiques de Google constitueraient une « *amélioration de produit* » qui non seulement faciliterait l'expérience de recherche des utilisateurs, mais refléteraient leurs préférences⁴¹⁸. L'intégration de ses services « maison » dans son moteur généraliste, ainsi que l'affichage favorable qui leur est accordé devraient donc être perçus comme un procédé innovant d'organisation des résultats naturels ayant des vertus essentiellement pro-concurrentielles⁴¹⁹. Un exemple valant mieux que mille mots, supposons qu'un internaute veuille effectuer une recherche pour le dernier smartphone à la mode. Google Search sera d'avis qu'il est plus pertinent de lui fournir un accès immédiat vers des images du produit ainsi que des résultats de son comparateur de prix. Au fond, l'innovation selon Google, c'est la capacité qu'a son moteur généraliste à anticiper et à prévoir les intentions sous-jacentes d'une recherche de manière à renvoyer à l'internaute les résultats qu'il jugera les plus utiles⁴²⁰. Le

⁴¹⁵ E. WYATT, « A Victory for Google as F.T.C. Takes No Formal Steps », *op. cit.* (voy. note n° 7). Certains critiques de Google, notamment Microsoft, ont sévèrement condamné la décision, la qualifiant de « *weak and frankly – unusual* », (voy. D. HEINER, « The FTC and Google : A Missed Opportunity », blog officiel de Microsoft, 3 janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/cZQCB5> (dernière consultation le 27 février 2015).

⁴¹⁶ Pour un commentaire de cette décision, voy. *inter alia*, D. CRANE, « After Search Neutrality : Drawing a Line Between Promotion and Demotion », *J. L. & Pol'y. for Info. Soc.*, Vol. 9, n° 3, 2014, pp. 397-406. Pour une critique de cette décision, voy. F. PASQUALE, « Paradoxes of Digital Antitrust : Why the FTC Failed to Explain Its Inaction on Search Bias », *Harv. J. L. & Tech., Occasional Paper Series*, 2013, pp. 1-20, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/II7O0y> (dernière consultation le 2 mars 2015).

⁴¹⁷ R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, pp. 673-700 ; J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ? », *op. cit.*, pp. 517-541.

⁴¹⁸ R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, pp. 673-675.

⁴¹⁹ Ainsi, si la FTC reconnaît que l'affichage favorable accordé par Google à ses propres services verticaux a pour effet de divertir le trafic des autres sites, elle estime que le « *primary goal in introducing this content was to quickly answer, and better satisfy, its users' search queries by providing directly relevant information* », in Déclaration de la FTC, « Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices *In the Matter of Google Inc.* », *op. cit.*, p. 2.

En ce sens, R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, pp. 672-673.

⁴²⁰ Voy. en ce sens, D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *op. cit.*, pp. 459-468, spéc. p. 462 où l'auteur cite le passage d'une interview accordée par P. Raghavan, directeur de Yahoo Labs et de la division « recherche » de Yahoo au magazine en ligne 'PCWorld', dans lequel celui-ci

caractère pro-concurrentiel de cette pratique serait par ailleurs confirmé par le mimétisme comportemental que l'on retrouve chez les concurrents, parmi lesquels Bing et Yahoo⁴²¹.

La défense de Google s'appuie également sur d'autres éléments plus techniques. Tout d'abord, certains auteurs déduisent du caractère multiface du marché de la recherche en ligne, d'une part, et du business modèle de l'entreprise californienne, d'autre part, que Google n'aurait aucun incitant à déclasser ses concurrents dans le but de les exclure du marché. En effet, tirant l'essentiel de ses revenus des recettes publicitaires qu'elle engrange, elle aurait tout intérêt à maximiser le nombre d'annonceurs présents sur sa plateforme. Or, ces derniers n'étant intéressés que par les « yeux » des utilisateurs, Google doit nécessairement attirer le plus grand nombre possible d'internautes vers son moteur de recherche généraliste. Cet effet de vase communicant entre les deux versants du marché aurait pour conséquence qu'il serait insensé pour la société de Mountain View d'abaisser la qualité des résultats de la recherche et de courir le risque de voir ses utilisateurs la désert⁴²².

Ensuite, Google soutient que, puisque le traitement préférentiel qu'elle accorde à ses services « maison » doit être perçu comme une innovation et non un abus, aucune théorie d'atteinte fondée sur la discrimination ne saurait être raisonnablement plaidée. En effet, comment pourrait-il y avoir discrimination « *in a world where search and services have merged, where the search engine is not merely linking to external information but serving up information interfaces and data?* »⁴²³. Plus encore, à supposer qu'il y ait discrimination, une entreprise verticalement intégrée – fût-ce-elle dominante – n'a-t-elle pas le droit de *favoriser* son propre réseau⁴²⁴?

affirme que « *{p}eople don't really want to search {...} Their objective is to quickly uncover the information they are looking for, not to scroll through a list of links to Web pages* » (J. NICCOLAI, « Yahoo Vows Death to the '10 Blue Links' », *PCWorld*, 19 mai 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jtU9Od> (dernière consultation le 2 mars 2015) ; O. ETZIONI, « Search Needs a Shake-Up », *Nature*, vol. 476, n° 7358, pp. 25-26, 2011.

⁴²¹ Il est vrai que les moteurs généralistes concurrents de Google intègrent également leurs services verticaux dans les résultats de leur service horizontal respectif. En ce sens, G. A. MANNE. et J. D. WRIGHT, « If Search Neutrality is the Answer, What's the Question ? », *op. cit.*, p. 24 ; D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *op. cit.*, spéc., pp. 462-463.

⁴²² R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, pp. 667-669.

⁴²³ D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *op. cit.*, p. 466.

⁴²⁴ G. A. MANNE. et J. D. WRIGHT, « If Search Neutrality is the Answer, What's the Question ? », *op. cit.*, pp. 1-92, spéc. pp. 21-29.

En outre, c'est le caractère nébuleux de la théorie d'atteinte esquissée par la Commission qui est pointé du doigt. En effet, les informations communiquées au public semblent indiquer que le comportement litigieux ne peut être rattaché à l'une ou l'autre catégorie d'abus. Au fond, la Commission aurait déjà condamné Google et ne chercherait qu'à développer de nouvelles théories d'atteinte, nuisant de ce fait à la sécurité juridique.

Enfin, Google affirme qu'en toutes hypothèses, le biais dans les résultats n'engendrerait aucune éviction des concurrents dans la mesure où Google Search n'est pas le portier de l'Internet. Pour preuve, de nombreux comparateurs de prix (Nextag, PriceGrabber, etc.), services de cartographie (MapQuest, Yahoo ! Maps, etc.), et autres sites de commerce en ligne (Amazon) prospèrent actuellement sur la Toile. Chacun de ces différents sites est donc en mesure de générer un trafic substantiel sans l'entremise du moteur généraliste dominant⁴²⁵.

§3. Prise de position : vers un changement de paradigme dans la mise en œuvre de l'article 102 TFUE ?

Au premier abord, l'abus semble difficile à concevoir tant les arguments avancés par la doctrine majoritaire paraissent convaincants. En effet, il est indiscutable que les algorithmes de classement de Google, ainsi que la manière dont s'affichent les résultats de son moteur généraliste, sont le fruit d'une innovation de tous les instants. Pourtant, l'illicéité de la pratique pourrait être plaidée lorsque confrontée aux objectifs de l'article 102 TFUE. En réalité, l'affaire *Google* nous apparaît comme une sorte d'affaire « test » au travers de laquelle la Commission semble vouloir amorcer un changement de paradigme, en se distanciant de son Document d'orientation qui donne priorité aux pratiques d'éviction, pour accorder une place plus importante au « choix des consommateurs » et à l'innovation. En effet, ainsi que nous tenterons de le démontrer, il semblerait que le véritable fil d'Ariane du raisonnement de la Gardienne des traités soit la protection d'une liberté de choix *effective* de l'ensemble

⁴²⁵ En ce sens, voy. D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *op. cit.*, spéc., pp. 463-465 ; R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, spéc., pp. 669-672 ; G. A. MANNE. et W. RINEHART, « The Market Realities that Undermined the FTC's Antitrust Case Against Google », *Harvard J. L. & Tech., Occasional Paper Series*, 2013, pp. 1-18, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/haifBX> (dernière consultation le 2 mars 2015).

des acteurs du Web, et ce, dans le contexte de l'accomplissement d'un véritable Marché Unique Numérique (« Digital Single Market »).

Après avoir rappelé quelques considérations de base (A), nous identifierons les effets anticoncurrentiels qui, à notre sens, sont susceptibles de découler de la pratique litigieuse (B). Cet exercice permettra de mettre en exergue les germes d'une nouvelle approche, dont la viabilité devra ensuite être confrontée aux objectifs poursuivis par l'article 102 TFUE et au test décisif de la jurisprudence (C).

A) La notion d'« abus » et les priorités de mise en œuvre de l'article 102 TFUE

Pour reprendre les mots d'A.-L. Sibony, « *{l}a jurisprudence de la Cour se construit par formules* »⁴²⁶. En ce qui concerne l'article 102 TFUE, les juges de Luxembourg se sont illustrés de par leur créativité en articulant plusieurs formules générales censées donner de la consistance au concept « abus ». À cet égard, l'une des plus célèbres d'entre elles est sans conteste celle qui figure dans l'arrêt *Hoffmann-La Roche* où l'abus y est défini comme englobant tous « *les comportements qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence* »⁴²⁷. De cette définition, au demeurant fort vague, l'on en déduit traditionnellement qu'une entreprise en position dominante « *peut recourir aux moyens qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services au sens d'une 'concurrence par les mérites' {mais qu'} un comportement commercial qui diverge du comportement normal sur le marché et est de nature à affaiblir davantage la concurrence existante est cependant abusif* »⁴²⁸.

Synthétisant certains enseignements de sa jurisprudence, la Cour a, semble-t-il, voulu préciser dans son arrêt *Post Danmark*, que l'article 102 TFUE « *vise, en particulier, les comportements d'une entreprise occupant une position dominante qui ont pour effet, au préjudice des consommateurs, de faire obstacle, par le recours à*

⁴²⁶ F. MARTY, A.-L. SIBONY et A. WACHSMANN, « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 1, 2011, p. 95.

⁴²⁷ C.J.C.E., arrêt du 13 février 1979 – *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, *op. cit.*, point. 91.

⁴²⁸ Conclusions présentées le 23 février 2006 par l'Avocat Général Kokott, aff. C-95/04 P, *British Airways plc c. Commission*, *Rec. C.J.U.E.*, 2007, p. I-02336, point. 24.

des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence »⁴²⁹.

Au-delà des difficultés conceptuelles que posent ces définitions, force est de constater que seuls les abus d'éviction semblent s'y retrouver⁴³⁰. Or, si l'extension du champ d'application du Traité à ce type de pratiques ne souffre d'aucune contestation, l'on ne perdra pas de vue que la liste de l'article 102 TFUE n'est qu'illustrative et ne préjuge en rien la condamnation d'autres formes de comportement⁴³¹.

Pourtant, il est un fait que la Commission ne s'intéresse que marginalement aux pratiques n'emportant pas l'éviction de concurrents de l'opérateur dominant⁴³². Ce constat interpelle quelque peu dans la mesure où l'on verra dans le point suivant que les effets du biais de Google ne semblent pas correspondre à ceux d'une « éviction anticoncurrentielle », concept-clé qui recouvre toute « *situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante* »⁴³³. Ce malaise latent est d'autant plus renforcé qu'à suivre l'exécutif de l'UE, celui-ci n'interviendra, en principe, qu'en présence d'une « *base de preuves solides et convaincantes* » de ce que le comportement en cause risque de produire un tel effet⁴³⁴.

B) Les effets anticoncurrentiels potentiels du biais de Google

En 2000, L. Introna et H. Nissenbaum écrivaient que « *{t}o exist is to be indexed by a search engine* »⁴³⁵. Quinze années plus tard, ce *dictum* abondamment cité par la doctrine nous semble dépassé. Aujourd'hui, pour exister, il est toujours impératif

⁴²⁹ C.J.U.E (Gr. Ch.), arrêt du 27 mars 2012 – *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, aff. C-209/10, *Rec. numérique*, 2012, point. 24, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/necwc5> (dernière consultation le 27 avril 2015).

⁴³⁰ En ce sens, J. FAULL et A. NIKPAY, *The EU Law of Competition*, *op. cit.*, p. 388. Sur les difficultés soulevées par les formules de la Cour en lien avec la notion d'« abus », voy. not. E. ØSTERUD, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law. The Spectrum of Tests*, *op. cit.*, pp. 39-47 ; E. ROUSSEVA, *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, *op. cit.*, pp. 67-79 ; R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, pp. 220-224.

⁴³¹ C.J.C.E. (3^{ème} ch.), arrêt du 15 mars 2007 – *British Airways plc c. Commission*, aff. C-95/04 P, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-02373, point. 57.

⁴³² Voy. Document d'orientation, *op. cit.*, points. 6 et 7, où la Commission précise toutefois que les abus d'exploitation ne resteront pas nécessairement impunis.

⁴³³ *Ibid.*, point. 19.

⁴³⁴ *Ibid.*, point. 20.

⁴³⁵ L. INTRONA et H. NISSENBAUM, « Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters », *The Information Society*, vol. 16, n° 3, 2000, p. 171.

d'être indexé par un moteur de recherche, mais pas par n'importe lequel : Google Search. Plus encore, il faut apparaître dans les premières places de sa page de résultats. En effet, l'enfermement des internautes est tel que le moteur de recherche californien en est devenu le point de passage obligé pour de nombreuses entreprises. Il nous faut donc bien comprendre que Google Search n'est plus seulement *le* cartographe bienveillant de la Toile, mais il en est également le prescripteur en chef, comme en témoigne sa capacité à orienter les consommateurs dans leurs *choix*⁴³⁶.

Est-ce à dire que l'entreprise californienne mérite l'opprobre de l'autorité européenne de la concurrence ? Pour répondre à cette question, nous identifions dans les lignes qui suivent les effets susceptibles de découler du traitement préférentiel qu'elle accorde à ses propres services verticaux.

1. Impact sur la structure de la concurrence

En premier lieu, le biais dans les résultats est susceptible d'affecter les exploitants de services spécialisés, et ce de deux manières. *Primo*, étant sevrés de trafic par la firme de Mountain View, ceux-ci pourraient se retrouver plongés dans les abîmes du Web. N'en déplaise à certains, cette dépendance est une réalité indiscutable et l'affaire *Foundem* n'en est que l'exemple le plus médiatisé⁴³⁷. À cet égard, des études oculométriques démontrent que, d'une part, le regard des utilisateurs suit un schéma bien précis se focalisant sur les trois premiers résultats du classement⁴³⁸ et que, d'autre part, les internautes préféreront modifier leur requête initiale plutôt que de quitter la première page de résultats⁴³⁹. En ajoutant à cela le fait que la place laissée

⁴³⁶ En ce sens, O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *op. cit.*, p. 1185.

⁴³⁷ Voy. *inter alia*, J. HAZAN, « Stop Being Evil : A Proposal For Unbiased Google Search », *op. cit.*, p. 796. L'auteur y cite les cas de MapQuest, dont le trafic s'assécha presque instantanément suite au déploiement de « Google Maps », ainsi que de Yahoo ! *Finance* qui connut une expérience similaire lorsque Google lança « Google Finance » ; F. JUTAND, J. HERZOG, Y. BONNET (*et al.*), *Neutralité des plateformes : Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, Conseil national du numérique, 2014, p. 105, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/4TLoQB> (dernière consultation le 31 mars 2015) qui recense de nombreux exemples de dégradations brutales dans le référencement naturel d'entreprises françaises, parmi lesquelles LeGuide.com, et Twenga ; I. LESNIAK, « L'affaire Google », *Les Echos*, 1^{er} mars 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/L04Iz6> (dernière consultation le 30 mars 2015).

⁴³⁸ On parle du « triangle d'or » de Google. Pour des références, voy. O. ANDRIEU, *Réussir son référencement web : Stratégies et Techniques SEO*, *op. cit.*, pp. 13-19. Il est à noter que ces références ne sont pas contestées pas les défenseurs de la société de Mountain View. Voy. par ex., M. A. JAMISON, « Should Google Search Be Regulated as a Public Utility ? », *University of Florida Working Papers Series*, 2012, p. 16, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/ngINP9> (dernière consultation le 25 février 2015).

⁴³⁹ O. ANDRIEU, *Réussir son référencement web : Stratégies et Techniques SEO*, *op. cit.*, p. 12.

aux concurrents sur la page de résultats est fortement réduite⁴⁴⁰, l'on pourrait avancer qu'un risque d'éviction – ne fût-ce que potentiel – est concevable pour un nombre croissant d'entreprises, puisqu'à défaut d'atteindre le Graal, les chances de capter l'attention des internautes s'amenuisent sensiblement. Certes, de nombreux sites Web continuent bien malgré tout à prospérer sur la Toile, mais il est tout aussi indiscutable que ces opérateurs ne représentent que la face visible d'une Toile qui s'agrandit de jour en jour.

Néanmoins, l'on concédera que l'hypothèse avancée ci-dessus suppose que la dépendance – au demeurant incontestable – de certains moteurs verticaux envers la firme de Mountain View est à ce point forte, qu'à défaut de bénéficier du trafic que son moteur généraliste leur procure, ceux-ci pourraient être évincés du marché. La question du risque d'éviction est donc une question strictement empirique à laquelle nous ne pouvons répondre au vu des informations dont nous disposons à l'heure actuelle. Au demeurant, l'on a vu précédemment que la Commission n'y a fait référence qu'avec parcimonie ces cinq dernières années, preuve qu'il ne s'agit probablement pas d'une préoccupation centrale à l'affaire⁴⁴¹. De ce fait, nous supposerons pour les besoins de notre analyse que si le biais litigieux est de nature à augmenter les coûts d'entreprises rivalisant avec Google sur des marchés auxiliaires, celui-ci ne risque pas de déboucher sur leur « éviction anticoncurrentielle ».

Secundo, la pratique litigieuse est surtout susceptible de limiter les *choix* commerciaux des concurrents en aval. En effet, la réduction de l'espace qui leur est alloué dans les résultats naturels (*Screen Real Estate*), couplée à l'accroissement de la position de marché des services auxiliaires de Google, contraint de plus en plus d'e-commerçants à s'en remettre à son service *AdWords* pour générer du trafic. Ceci a pour conséquence d'accentuer, d'une part, « *les phénomènes existants de goulets d'étranglement* »⁴⁴², et d'autre part, la position dominante détenue par la société californienne sur le marché de la publicité liée aux recherches (effet levier

⁴⁴⁰ Voy. Annexe VII.

⁴⁴¹ Voy. *supra*. §1, pp. 96 et s. Pour une rare communication où apparaît la crainte d'une éviction anticoncurrentielle, voy. J. ALMUNIA, « EU competition policy and sectoral challenges », *op. cit.*, (voy. note n° 410) (« *the case is about making sure that Google does not abuse its dominance to exclude innovative rivals – large and small* » (c'est nous qui soulignons)).

⁴⁴² F. JUTAND, J. HERZOG, Y. BONNET (*et al.*), *Neutralité des plateformes : Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, *op. cit.*, p. 105.

défensif)⁴⁴³. De ce fait, il est possible d'émettre l'hypothèse que la pratique pourrait, *in fine*, engendrer un effet paralysant (« *chilling effect* ») sur l'innovation des moteurs verticaux. En effet, de nombreux exploitants de services de recherche spécialisés indiquent qu'ils ne leur seraient jamais venus à l'esprit de se lancer dans cette filière d'activité si la discrimination à laquelle s'adonne Google aujourd'hui avait été aussi prononcée dans le passé⁴⁴⁴.

2. Impact sur les internautes

En sus de ses potentiels effets anticoncurrentiels à l'égard des concurrents, le biais dans les résultats est principalement susceptible d'impacter négativement les internautes. Dans le chapitre précédent, nous avons vu que pour bon nombre de ses requêtes, le consommateur n'est probablement pas en mesure de déterminer la qualité des résultats fournis par son moteur de recherche. Comme le remarque S. Vaidhyathan « *{w}e trust and believe that Google acts in our best interest* »⁴⁴⁵. Contrairement à ce que ses défenseurs voudraient nous faire croire, l'on constate ainsi que Google peut parfaitement « devenir malveillante » dans la mesure où elle n'a pas à craindre l'exode de ses utilisateurs⁴⁴⁶.

Étant le portier de l'Internet, Google Search détermine parmi les sites Web indexés lesquels atteindront l'écran des utilisateurs et par là même, il diminue leur autonomie

⁴⁴³ En ce sens, I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 433 ; B. EDELMAN, « Leveraging Market Power Through Tying and Bundling : Does Google Behave Anti-Competitively ? », *Harv. Bus. School.*, NOM Unit Working Paper, n° 14-112, 2014, pp. 24-25, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2436940> (dernière consultation le 30 mars 2015). L'auteur remarque, à juste titre selon nous, que « *{o}ther sites obtain traffic by buying advertising, but they can only do so if Google elects to sell it, in whatever quantities Google elects to provide. Even then, the listings are labeled as advertisements and are thus less attractive to those users who view ads unfavorably (whereas Google's listings suffer from no unfavorable labeling)* » ; F. JUTAND, J. HERZOG, Y. BONNET (*et al.*), *Neutralité des plateformes : Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, *op. cit.*, p. 106 ; J. HAZAN, « Stop Being Evil : A Proposal For Unbiased Google Search », *op. cit.*, p. 806. *Contra.*, voy. toutes les références mentionnées *supra* au point B) ainsi que J. D. RATLIFF et D. L. RUBINFELD, « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ? », *op. cit.*, pp. 538-541.

⁴⁴⁴ Parmi ceux qui ont témoigné en ce sens, l'on retrouve les CEO de Yelp et de Nextag. Voy. B. EDELMAN, « Leveraging Market Power Through Tying and Bundling : Does Google Behave Anti-Competitively ? », *op. cit.*, p. 24.

⁴⁴⁵ S. VAIDHYANATHAN, *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, *op. cit.*, p. xi.

⁴⁴⁶ En ce sens, voy. H. HOVENKAMP, *The Antitrust Enterprise : Principle and Execution*, Cambridge et Londres, Harvard University Press, 2005, p. 281, où l'auteur souligne que « *the considerable advantages that accrue to an established market-dominating network create the possibility to {...} restrain innovation without causing excessive defections. The costs of being excluded from the network are simply too high* ».

décisionnelle⁴⁴⁷. Or, l'existence effective du *choix* repose non seulement sur la présence de services concurrents, mais également sur la capacité du consommateur à pouvoir déterminer, en toute connaissance de cause, l'offre qui correspond le plus à ses besoins⁴⁴⁸. Dans le cas d'espèce, ces deux éléments consubstantiels du choix nous semblent être réduits du fait de la pratique discriminatoire mise en œuvre par Google. En effet, par la favorisation de ses propres services verticaux, l'entreprise californienne est effectivement en train de détourner des concurrents, potentiellement, aussi – voir même plus – efficaces qu'elle du regard des internautes ce qui, *in fine*, limite leur capacité à effectuer un choix éclairé⁴⁴⁹. D'une certaine manière, « *preferences are actually constructed – not merely revealed* »⁴⁵⁰. Plus encore, à supposer que la pratique débouche sur une paralysie de l'innovation des moteurs verticaux concurrents, c'est le « panier d'options » lui-même qui en vient à être diminué.

Certains auteurs n'y voient aucun mal dans la mesure où il y aurait « *a well-understood economic analysis of the competitive effects of a vertically integrated firm's 'discrimination' in favor of its own products or services, including widespread recognition that such arrangements generally produce significant benefits for consumers* »⁴⁵¹. Une telle affirmation nous paraît dénuée de fondement, plus particulièrement dans le contexte de Google. Certes, « *la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation* »⁴⁵². Néanmoins, l'on ne saurait accepter qu'une entreprise dominante sur un premier marché inflige un

⁴⁴⁷ En ce sens, O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *op. cit.*, pp. 1176-1177 ; T. WOAN, « Searching for an Answer : Can Google Legally Manipulate Search Engine Results », *op. cit.*, p. 304 ; S. VAIDHYANATHAN, *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, *op. cit.*, p. xi.

⁴⁴⁸ En ce sens, voy. T. B. LEARY, « Freedom as the Core Value of Antitrust in the New Millenium », *op. cit.*, p. 545, où l'auteur souligne que les consommateurs « *should generally be free to make their own choices about the goods and services that they want to buy* ».

⁴⁴⁹ L'on pourrait également soutenir que le biais de Google est susceptible d'impacter les croyances des utilisateurs. En ce sens, voy. T. WOAN, « Searching for an Answer : Can Google Legally Manipulate Search Engine Results », p. 304.

⁴⁵⁰ E. SHAFIR, I. SIMONSON et A. TVERSKY, « Reason-based choice », *op. cit.*, p. 34.

⁴⁵¹ J. D. WRIGHT, « Defining and Measuring Search Bias : Some Preliminary Evidence, *I.C.L.E.*, 2011, p. 5, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2004649> (dernière consultation le 31 mars 2015).

⁴⁵² C.J.U.E (Gr. Ch.), arrêt du 27 mars 2012 – *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, *op. cit.*, point. 22.

handicap qu'elle est la seule à pouvoir efficacement mettre en œuvre, à des entreprises rivalisant sur des marchés auxiliaires dans le seul but de pouvoir y imposer ses propres produits⁴⁵³.

À la réduction du choix des internautes se greffe une exploitation par les prix, laquelle est exacerbée dans le secteur des comparateurs. De deux choses l'une : *primo*, comme l'on vient de le voir, à la dégradation de leur référencement naturel, de nombreux concurrents tentent de compenser l'assèchement du trafic qui s'en suit en ayant recours au référencement payant *AdWords*. Toutefois, cet accroissement de la demande sur le versant *annonceurs* de la plateforme est susceptible d'entraîner une inflation corrélative des prix pour l'achat de mots-clés. Or, il est fort à parier que ce coût supplémentaire pour les annonceurs sera, *in fine*, répercuté sur les internautes, dernier maillon de la chaîne de valeur⁴⁵⁴. Le fait qu'*AdWords* opère sur base d'un mécanisme d'enchères n'y change rien, puisque la conséquence du biais de Google est justement de, *de facto*, contraindre certains exploitants de services spécialisés à recourir au référencement payant : à défaut d'alternatives pour obtenir une source importante de trafic, ces derniers sont, par la force des choses, davantage disposés à surpayer dès lors que leur visibilité sur la Toile en dépend⁴⁵⁵. *Secundo*, des études démontrent que les produits proposés par le comparateur de prix de Google (« Google Shopping ») sont généralement plus onéreux que ceux que l'on retrouve chez des concurrents. En effet, « à travers Google Shopping, Google a orchestré une illusion d'exhaustivité et de comparatif de prix alors qu'en réalité il offre un placement

⁴⁵³ C'est ainsi que nous comprenons le point. 6 du Document d'orientation, lequel indique que « la Commission cherchera surtout à préserver le jeu de la concurrence dans le marché intérieur et à faire en sorte que les entreprises détenant une position dominante n'excluent pas leurs concurrents par d'autres moyens qu'une concurrence par la qualité des produits ou des services qu'elles fournissent » (nous soulignons). Voy. en ce sens, *inter alia*, J. HAZAN, « Stop Being Evil : A Proposal For Unbiased Google Search », *op. cit.*, p. 805, qui souligne que « *this type of conduct, where Google owes the success of its search verticals not to 'superior product, business acumen, or historic accident' but to the mere fact that they are subsidiaries of the 'biggest kingmaker on this Earth' is anticompetitive* ». *Contra.*, voy. not. A. LOHSE, « Comment on Google's proposed commitments to the European Commission », Ruhr Universität Bochum, 2013, pp. 1-4, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Vdf4mB> (dernière consultation le 31 mars 2015).

⁴⁵⁴ F. JUTAND, J. HERZOG, Y. BONNET (*et al.*), *Neutralité des plateformes : Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, *op. cit.*, p. 105 ; B. EDELMAN, « Leveraging Market Power Through Tying and Bundling : Does Google Behave Anti-Competitively ? », *op. cit.*, p. 26.

⁴⁵⁵ En ce sens, B. EDELMAN, « Leveraging Market Power Through Tying and Bundling : Does Google Behave Anti-Competitively ? », *op. cit.*, p. 26-27. Notons que l'auteur estime également que « *it is not clear that, as a matter of law, Google truly runs an auction : Google's Terms & Conditions nowhere promise to use an auction* ».

exclusif au{x} marchand{s} »⁴⁵⁶ lesquels répercutent les coûts liés au placement de leurs produits sur le consommateur final⁴⁵⁷. De ce fait, à supposer, comme l'affirment certains⁴⁵⁸, que Google perdrait des revenus publicitaires en faisant levier du marché de la recherche horizontale vers le marché de la recherche verticale, l'on constate que cette stratégie est bien malgré tout susceptible de compenser cette éventuelle perte de revenus.

3. Impact sur le Marché Unique Numérique

En dernier lieu, nous souhaiterions attirer l'attention du lecteur sur un élément ignoré par la doctrine, mais qui pèsera probablement lourd dans le débat portant sur le caractère abusif ou non du biais de Google, à savoir celui de l'impact de cette pratique sur la construction du Marché Unique Numérique (ci-après, « MUN »⁴⁵⁹)⁴⁶⁰.

À n'en pas douter, l'objectif de créer un marché intérieur dans lequel circuleraient librement marchandises, services, personnes et capitaux, reste au cœur de l'édifice qu'est l'Union européenne⁴⁶¹. Cependant, la révolution provoquée par l'Internet a mis en lumière le caractère fondamentalement inachevé de ce projet. Alors que la

⁴⁵⁶ P. PERRI et F. SING, « L'exemple de Google : entre 4000 et 12000 emplois en danger », *op. cit.* (voy. note n° 390), p. 18. En ce sens, voy. N. NEWMAN, « The Costs of Lost Privacy : Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google », *Wm. Mitchell. L. Rev.*, vol. 40, n° 2, 2014, p. 852 ; R. WATERS, « Google criticised as product listing adverts push up prices », *Financial Times*, 24 novembre 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/DCjo2h> (dernière consultation le 31 mars 2015).

⁴⁵⁷ Une enquête de marché préparée par l'entreprise Civic Consulting a révélé qu'un répondant sur huit se sentait induit en erreur par le comparateur de prix utilisé, tandis qu'un répondant sur cinq n'a pas su y répondre. Plus intéressant pour notre analyse est la conclusion portant sur ces résultats qui indiquent que « *{t}his reflects that, perhaps not surprisingly, many consumers do not have the information to know whether they have been misled by P{rice} C{omparator} W{ebsites} or not* » (c'est nous qui soulignons), in F. ALLEWELDT, K. SENDA, J. RAUPERT, (et al.), « Consumer market study on the functioning of e-commerce and Internet marketing and selling techniques in the retail of goods », préparé par Civic Consulting, 2011, p. 67, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/gtrOXw> (dernière consultation le 31 mars 2015). Voy. également un tableau comparant les prix de produits de grande consommation sur plusieurs comparateurs de prix, dont « Google Shopping », repris à l'Annexe. VIII.

⁴⁵⁸ R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, p. 676 ; E. MALAVOLTI et F. MARTY, « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », *op. cit.*, pp. 17-18.

⁴⁵⁹ Par « Marché Unique Numérique », il faut comprendre un marché regroupant l'ensemble des biens physiques, des services et des contenus électroniques via des canaux électroniques.

⁴⁶⁰ À notre connaissance, seul un auteur a abordé la question. Voy. A. THEMELIS, « Information and Intermediation, Abuse of Dominance and Internet 'Neutrality' : 'Updating' Competition Policy under the Digital Single Market and the Google Investigations (?) », *E. J. L. & Tech.*, vol. 4, n° 3, 2013, pp. 1-23.

⁴⁶¹ Voy. art. 3 T.U.E., *juncto* art. 2, 3, 4 et 26 T.F.U.E.

naissance d'un monde sans frontières physiques aurait dû susciter une embellie de la croissance en Europe – notamment par l'intermédiaire du e-commerce –, l'érection concomitante de frontières digitales a – paradoxalement – plutôt contribué à entraver l'accès au marché de nombreuses entreprises d'une part, et à miner la confiance des consommateurs européens, d'autre part⁴⁶². C'est la raison pour laquelle la Commission européenne, enjointe par le Conseil européen, s'est fixée pour objectif de parachever la réalisation d'un véritable MUN⁴⁶³. À cet égard, le plan d'action mis en œuvre par la Gardienne des traités pour y parvenir est riche d'enseignements qui permettent d'appréhender les pratiques de Google sous un nouveau jour. En effet, parmi les cinq priorités qui y sont mentionnées, figure celle de promouvoir une concurrence accrue entre les biens et services, notamment, en assurant « *que les entreprises n'abusent pas de leur position dominante dans l'environnement numérique* », et en permettant à l'utilisateur final « *d'accéder à l'information et {à} la diffuser, ainsi qu'utiliser des applications et des services de son choix* »⁴⁶⁴. La politique de la concurrence s'inscrit donc en filigrane de ce projet pour la simple et bonne raison qu'« *il est inconcevable qu'elle puisse être appliquée sans tenir compte des priorités définies par la Communauté* »⁴⁶⁵.

Quel est donc l'impact concret du biais de Google sur le MUN ? Selon nous, celui-

⁴⁶² Communication sur le Marché Unique Numérique, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁶³ Voy. not. Conseil européen de Bruxelles, 17 juin 2010, conclusions de la présidence, EUCO 13/10, point I., §7, p. 4, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2ms9BH> (dernière consultation le 31 mars 2015) ; Communication sur le Marché Unique Numérique, *op. cit.*, p. 2 ; A. ANSIP, « Why the EU needs a Digital Single Market : Speech by Vice-President Ansip in the European Parliament plenary session », Strasbourg, 26 novembre 2014, SPEECH/14/2182, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/kFZ5Z2> (dernière consultation le 31 mars 2015) ; J. FLEMING, « Ansip : 'Digital Single Market strategy will be ready in May », *Euractiv*, 16 janvier 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/11TXJi> (dernière consultation le 31 mars 2015). Le lecteur notera que ce mémoire n'entend pas rentrer dans le détail de cette initiative, mais se limitera simplement à constater l'utilisation du droit de la concurrence pour en assurer la réalisation effective. Pour des détails sur l'avènement d'une « eEurope », voy. *inter alia*, T. KERIMKÄE et P. DUTT, « Introduction : E-Regulation in the European Union – Normative Realities and Trends », in *Regulating eTechnologies in the European Union : Normative Realities and Trends* (sous la dir. de K. KERIMKÄE), Cham, Springer, 2014, pp. 7-32.

⁴⁶⁴ Communication sur le Marché Unique Numérique, *op. cit.*, p. 6.

⁴⁶⁵ Commission européenne, *XXIII^{ème} Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, p. 1, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/eEvo6z> (dernière consultation le 31 mars 2015). Voy. en ce sens, M. VESTAGER, « Competition policy for the Digital Single Market : Focus on e-commerce », Berlin, 26 mars 2015, SPEECH/15/4704, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/H4ot78> (dernière consultation le 31 mars 2015), où la commissaire pour la concurrence explique que « *{...} the digital economy is among my priorities. {...} Open and fair digital markets can bring benefits to both consumers and businesses. To consumers, they give a wider choice and they give better prices. {...} Our task as competition enforcers is making sure that the Digital Single Market is a place where all players – large and small – can compete on the merits of their products* ».

ci peut se mesurer lorsqu'un internaute, désireux de réaliser des achats en ligne, recourt à un moteur de recherche généraliste en vue d'obtenir des informations préliminaires⁴⁶⁶. Comme précédemment mentionné, Google limite le choix des internautes en favorisant ses propres services de recherche verticaux. Toutefois, cette atteinte au bien-être des consommateurs est exacerbée par un « esprit de clocher » latent. En effet, bien qu'il soit perçu comme « *inherently international, unimpeded by national borders, removed from state jurisdiction, and propelled by universal desire to discover* »⁴⁶⁷, Google a tendance à orienter ses utilisateurs vers des offres nationales⁴⁶⁸. Ce phénomène, en partie causé par ses outils de géolocalisation, engendre donc une double discrimination qui d'une part, réduit d'autant plus le *choix* des internautes, ainsi que leur capacité à *choisir en connaissance de cause*, et qui, d'autre part, empêche le MUN d'atteindre son plein potentiel⁴⁶⁹.

4. Conclusion

Dans les lignes qui ont précédé, l'on a tenté d'identifier les différents effets anticoncurrentiels susceptibles d'être générés par le comportement litigieux. L'exercice aura permis de confirmer qu'à l'heure actuelle, le risque d'éviction anticoncurrentielle semble insignifiant et ne peut raisonnablement être plaidé. À l'inverse, l'atteinte au « choix » des différentes parties prenantes de la Toile nous semble bien réelle. Cette conclusion, en phase avec les informations communiquées par la Commission, pourrait donc signaler une « mise à jour » du Document d'orientation si davantage la Gardienne des traités venait à condamner Google. Dans une telle hypothèse, les pratiques engendrant un préjudice direct au bien-être du

⁴⁶⁶ H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, E. MACIERZYNSKA-FRANASZCZYK (*et al.*), « Discrimination of Consumers in the Digital Single Market : Study », Policy Department A, 2013, p. 23, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/yMnIX8> (dernière consultation le 31 mars 2015). Voy. également la référence faite à l'étude de marché citée à la note n° 457 du présent mémoire qui révèle que 30% des consommateurs utilisent un moteur de recherche pour réaliser leurs achats en ligne.

⁴⁶⁷ M. JIANG, « Search Concentration, Bias, and Parochialism : A Comparative Study of Google, Baidu, and Jike's Search Results From China », *op. cit.*, p. 5.

⁴⁶⁸ En ce sens, M. JIANG, « Search Concentration, Bias, and Parochialism : A Comparative Study of Google, Baidu, and Jike's Search Results From China », *op. cit.*, p. 5 et les références que l'auteur y cite ; H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, E. MACIERZYNSKA-FRANASZCZYK (*et al.*), « Discrimination of Consumers in the Digital Single Market : Study », *op. cit.*, p. 23, qui concluent que « *the influence of search machines on consumers is thus limited to national offers* ».

⁴⁶⁹ En ce sens, H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, E. MACIERZYNSKA-FRANASZCZYK (*et al.*), « Discrimination of Consumers in the Digital Single Market : Study », *op. cit.*, p. 23 ; A. ANSIP, « Why the EU needs a Digital Single Market : Speech by Vice-President Ansip in the European Parliament plenary session », *op. cit.*, p. 2.

consommateur⁴⁷⁰ et celles entraînant des effets d'éviction anticoncurrentielle seraient alors susceptibles d'être traitées sur un pied d'égalité.

Toutefois, à supposer que le concept du « choix » soit appelé à endosser un rôle central dans la mise en œuvre de l'article 102 TFUE, est-ce à dire que le raisonnement recevra, le cas échéant, l'approbation des juges de Luxembourg ? Nous abordons cette question dans les lignes qui suivent.

C) La notion de « choix » : un concept unitaire émergent ?

1. Le bien-être des « consommateurs » et le concept du « choix »

Quoique le débat relatif aux objectifs du droit de la concurrence de l'UE demeure ouvert à discussion⁴⁷¹, l'on ne peut renier la place centrale qu'occupe le *bien-être du consommateur* aux yeux des institutions de l'UE chargées de sa mise en œuvre⁴⁷². Dans le cadre de l'article 102 TFUE, ce standard constitue à n'en pas douter le fil rouge de l'intervention de la Commission – à tout le moins pour ce qui relève des pratiques d'éviction⁴⁷³ –, certains auteurs allant même jusqu'à soutenir qu'il s'agirait de l'objectif ultime du droit de la concurrence⁴⁷⁴.

Sans rentrer dans le débat, relevons tout de même la portée imprécise du concept de « bien-être du consommateur ». En effet, dans son Document d'orientation, la Commission a, semble-t-il, voulu embrasser une conception large de la notion, en ce sens que toute pratique restreignant la concurrence par les prix, limitant la qualité ou réduisant le *choix* des consommateurs est censée y porter atteinte. Son approche demeure toutefois évasive à défaut de poser les bases d'une définition unique. Ainsi

⁴⁷⁰ Aux termes du Document d'orientation, « *un effet défavorable sur le bien-être des consommateurs* » peut résulter de « *la limitation de la qualité ou la réduction du choix pour les consommateurs* » (voy. Document d'orientation, *op. cit.*, point. 19).

⁴⁷¹ N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 55. Pour une analyse critique de la place qu'occupe l'objectif du bien-être du consommateur, voy. L. L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, New York, Cambridge University Press, 2010, pp. 59-112.

⁴⁷² En ce sens, P. LOWE, « Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy », 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, Munich, 27 mars 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/zS7Bj4> (dernière consultation le 5 mars 2015) ; N. KROES, « European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices », European Consumer and Competition Day, Londres, 15 septembre 2005, SPEECH/05/512, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/3JHa1A> (dernière consultation le 2 mars 2015) ; Document de réflexion, *op. cit.*, point 87.

⁴⁷³ Document d'orientation, *op. cit.*, point. 5 (« *En appliquant l'article 82 aux pratiques d'éviction des entreprises en position dominante, la Commission visera en particulier celles qui sont les plus préjudiciables aux consommateurs* »).

⁴⁷⁴ Voy. *inter alia*, J. B. KIRKWOOD et R. H. LANDE, « The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency », *N. Dame. L. Rev.*, vol. 84, n° 1, 2008, pp. 191-245.

retrouve-t-on les termes de « *bien-être du consommateur* »⁴⁷⁵, de « *détriment des consommateurs* »⁴⁷⁶, ou encore de « *préjudice {...} pour les consommateurs* »⁴⁷⁷. En outre, dans l'intérêt de notre analyse, il est intéressant de relever que la jurisprudence des institutions de l'UE révèle que les juges de Luxembourg ont tendance à utiliser indistinctement les notions de « consommateur », de « client », « d'utilisateur » ou encore « d'acheteur »⁴⁷⁸.

Pluridimensionnel, le concept de « bien-être du consommateur » englobe selon nous le concept de « choix », défini comme « *the state of affairs where the consumer has the power to define his or her own wants and the ability to satisfy these wants at competitive prices* »⁴⁷⁹. Incontestablement, les décisions du consommateur sont influencées par le degré de *choix* dont il dispose et par leur capacité à effectuer un choix *éclairé*. De ce postulat, l'on peut donc inférer qu'une diminution, par un opérateur dominant, du nombre d'options dans un panier donné ou de la capacité effective de choisir, est susceptible d'affecter défavorablement les préférences du consommateur et, *in fine*, son bien-être⁴⁸⁰. En effet, comme le souligne L. L. Gormsen, « *{c}hoice must be available so that customers can move from one supplier to another, even though they would not necessarily use that choice, but at least it would be available to them* »⁴⁸¹.

La question qui se pose ensuite est celle de savoir si les juges de Luxembourg se montrent sensibles aux arguments tirés de la réduction du choix à des fins de caractérisation du comportement d'un opérateur dominant. À cet égard, la réponse nous semble tendre vers l'affirmative et les lignes qui suivent tenteront d'étayer notre propos.

⁴⁷⁵ Document d'orientation, *op. cit.*, points. 19, 30 et 86.

⁴⁷⁶ Document d'orientation, *op. cit.*, points. 11 et 19.

⁴⁷⁷ Document d'orientation, *op. cit.*, points. 19, 22, 27, 31, 63, 67 et 71.

⁴⁷⁸ Voy. P. NIHOUL, « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *Concurrences*, n° 3, 2012, p. 64. En ce sens, N. W. AVERITT et R. H. LANDE et P. NIHOUL, « 'Consumer Choice' is where we are all going – so let's go together », *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 1-3.

⁴⁷⁹ R. LANDE, « Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust », *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 62, n° 3, 2001, p. 503. Pour une présentation succincte des autres dimensions du concept de « bien-être du consommateur », voy. I. LIANOS, « Some reflections on the question of goals of EU competition law », in *Handbook on European Competition Law : Substantive Aspects* (sous la dir. de I. LIANOS et D. GERADIN), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 1-85, spéc., pp. 20-23.

⁴⁸⁰ Voy. E. SHAFIR, I. SIMONSON et A. TVERSKY, « Reason-based choice », *Cognition*, vol. 49, n° 2, 1993, pp. 11-36, spéc. p. 21.

⁴⁸¹ L. L. GORMSEN, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, *op. cit.*, p. 119.

2. Leçons du passé

Force est de constater que les institutions de l'UE responsables de l'application du droit de la concurrence ont, de longue date, tenu compte des mérites d'une approche fondée sur le concept élastique du « choix »⁴⁸².

Passé à la postérité pour sa définition de la notion de position dominante, ainsi que pour son « test » des prix non équitables, l'arrêt *United Brands* précité n'en demeure pas moins l'un des premiers à faire apparaître un souci de protéger la liberté de choix effective des consommateurs. Dans cette affaire qui concernait essentiellement des pratiques de prix excessifs et de restrictions contractuelles à la revente de bananes, la Commission s'était également émue du refus de fourniture qu'avait opposé la firme United Brands à l'un de ses distributeurs, lequel s'était mis à commercialiser des produits concurrents⁴⁸³. De fait, elle avait considéré que ce dernier comportement était abusif en ce qu'il « *restreint la liberté de l'acheteur de déterminer ses propres intérêts commerciaux, de choisir les produits qu'il vend, même s'ils sont concurrents, en un mot, de décider de sa politique de vente* »⁴⁸⁴. Statuant sur recours, la Cour a, sur ce point, en partie suivi le raisonnement de la Gardienne des traités en considérant que le procédé litigieux portait gravement atteinte à « *l'indépendance* »⁴⁸⁵ des partenaires commerciaux de l'opérateur dominant, « *indépendance qui implique le droit de donner la préférence aux produits des concurrents* »⁴⁸⁶. Comprenez par là que les entreprises en relations commerciales avec une entreprise dominante doivent pouvoir disposer de la liberté de *choisir* les orientations de leur politique commerciale.

Plus récemment, l'on constate l'émergence d'une tendance dans la pratique décisionnelle des juges, à ancrer les considérations liées au choix dans le cœur de leur raisonnement. Ainsi, dans l'affaire *France Télécom* précitée⁴⁸⁷ – qui avait trait à la

⁴⁸² Pour un examen détaillé sur la question voy. la contribution de P. NIHOUL, « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *op. cit.*, pp. 55-70, dont ce passage est largement inspiré.

⁴⁸³ Commission européenne, décision du 17 décembre 1975 – *Chiquita*, aff. IV/26.699, *J.O.C.E.*, L 95, pp. 1-20, Section II, A), 3), d), alinéas. 1-5.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, alinéa. 4 (c'est nous qui soulignons).

⁴⁸⁵ C.J.C.E., arrêt du 14 février 1978 – *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, *op. cit.*, point. 193. (c'est nous qui soulignons).

⁴⁸⁶ *Ibid.*, point. 193.

⁴⁸⁷ Chronologiquement: Commission européenne, décision du 16 juillet 2003 – *Wanadoo Interactive*, *op. cit.* T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 30 janvier 2007 – *France Télécom SA c. Commission*, *op. cit.* ; C.J.U.E. (1^{ère} ch.), arrêt du 2 avril 2009 – *France Télécom SA c. Commission*, *op. cit.*

stratégie de prix prédateurs mise en œuvre par la société Wanadoo Interactive, filiale du groupe France Télécom, en matière de services d'accès à Internet haut débit –, la Cour balaya les objections soulevées par la requérante en considérant, notamment, que « *l'absence de toute possibilité de récupération des pertes ne saurait suffire à exclure que l'entreprise en question parvienne à renforcer sa position dominante à la suite, notamment, de la sortie du marché d'un ou de plusieurs de ses concurrents, de sorte que le degré de concurrence existant sur le marché, déjà affaibli en raison précisément de la présence de l'entreprise en question, soit réduit davantage et que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix* »⁴⁸⁸.

Le concept du « choix » fut également central aux décisions rendues dans les affaires *Microsoft I et II* précitées, et sur lesquelles nous reviendrons encore dans la suite de ce mémoire.

Dans le premier cas qui concernait des pratiques de refus de fourniture et de ventes liées, la Commission estima, notamment, que Microsoft avait abusé de sa position dominante, d'une part, en « *étouff{ant} l'innovation sur le marché en cause et {en} limit{ant} le choix proposé aux consommateurs* »⁴⁸⁹, et d'autre part, en « *enlev{ant} au client la possibilité de choisir librement ses sources d'approvisionnement et de barrer l'accès du marché aux autres producteurs* »⁴⁹⁰. Par ailleurs, il n'est pas anodin de souligner que le Président du Tribunal avait refusé la demande de mesures provisoires introduite par Microsoft, estimant que « *{s}eule l'exécution immédiate de la mesure corrective pourrait préserver le choix des consommateurs et leur permettrait de tirer avantage de l'innovation dans les services multimédias numériques* »⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ C.J.U.E. (1^{ère} ch.), arrêt du 2 avril 2009 – *France Télécom SA c. Commission*, *op. cit.*, point. 112 (c'est nous qui soulignons). Voy. pour plus de détails, P. NIHOUL, « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *op. cit.*, pp. 55-57.

⁴⁸⁹ Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, *op. cit.*, point. 782 (c'est nous qui soulignons).

⁴⁹⁰ *Ibid.*, point. 835.

⁴⁹¹ T.P.I.C.E., (Prés.), ordonnance du 22 décembre 2004 – *Microsoft Corp. c. Commission*, aff. T-201/04 R, *Rec. C.J.C.E.*, 2004, p. II-04463, point. 388 (c'est nous qui soulignons). Sur cette ordonnance, voy. P. NEBBIA, « The Notion of “Urgency” in Interim Proceedings Concerning Competition Law: Some Thoughts After the Microsoft Order », *E.C.L.R.*, vol. 28, n° 4, 2007, pp. 271-277, qui ne mentionne pas l'importance que la protection effective du « choix » a joué dans l'esprit du Tribunal, mais qui relève toutefois que « *the Court has followed a line of reasoning which is slightly different from the one adopted in previous cases {...} that {...} may rather confirm the change in*

Dans le second cas, l'entreprise de Redmond fut incriminée pour avoir lié la vente de son navigateur Internet (Internet Explorer) à son système d'exploitation dominant pour PC clients (Windows). La Gardienne des traités fut d'avis que la pratique avait notamment pour effet de renforcer l'inertie des consommateurs et de limiter leur capacité de choisir un navigateur concurrent⁴⁹².

Enfin, l'on complètera ce bref panorama de décisions, en mentionnant deux affaires qui confirment que le souci des institutions de l'UE de protéger le « choix » se manifeste indéniablement, et ce, peu importe le type de pratiques mis en cause.

En premier lieu, il convient d'évoquer l'affaire *Deutsche Telekom*⁴⁹³. Dans son arrêt, la Cour confirma le caractère abusif du ciseau tarifaire pratiqué par l'opérateur de télécommunications historique en Allemagne, lequel procédait d'un écart inapproprié entre les prix de gros pour les services d'accès à la boucle locale offerts à ses concurrents et les prix de détail pour les services d'accès aux abonnés. Plus encore, elle estima que le comportement litigieux était susceptible d'évincer des concurrents aussi efficaces⁴⁹⁴, préjudiciant par là même les consommateurs « *du fait de la limitation de leurs possibilités de choix et, partant, de la perspective d'une réduction, à plus long terme, des prix de détail en raison de la concurrence exercée par des concurrents au moins aussi efficaces sur ledit marché* »⁴⁹⁵.

En second lieu, l'on relèvera l'affaire *Intel* précitée⁴⁹⁶, laquelle « *gave rise to a decision containing the fullest analysis, thus far, on the relevance of choice in the*

approach towards protection of IP rights that underpins the substantive issues addressed in the same case. »

⁴⁹² Commission européenne, décision du 16 décembre 2012 – *Microsoft II*, *op. cit.*, points. 33 et 48-49.

⁴⁹³ Chronologiquement: Commission européenne, décision du 21 mai 2003 – *Deutsche Telekom AG*, affs. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *J.O.U.E.*, L 263, 14 octobre 2003, pp. 9-41; T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 10 avril 2008 – *Deutsche Telekom AG c. Commission*, aff. T-271/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. II-00477; C.J.U.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 14 octobre 2010 – *Deutsche Telekom AG c. Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, p. I-09555.

⁴⁹⁴ *Ibid.*, points. 175-179. La Cour y rappelle également que pour caractériser un abus de position dominante, « *il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances et d'examiner si cette pratique tend à enlever à l'acheteur, ou à restreindre pour celui-ci, les possibilités de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée* » (point. 175) (c'est nous qui soulignons). Sur cet arrêt, voy. *inter alia*, F. MARTY, A.-L. SIBONY et A. WACHSMANN, « Chroniques – Pratiques unilatérales », *op. cit.*, pp. 91-95, spéc. p. 94.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, point. 182. Voy. néanmoins P. NIHOUL, « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *op. cit.*, p. 66, qui souligne que cet arrêt « *signalled, however, that low prices are an integral objective to be pursued under competition policy – leaving readers uncertain as to how these considerations would be articulated* ».

⁴⁹⁶ Chronologiquement: Commission européenne, décision du 13 mai 2009 – *Intel*, *op. cit.* ; Trib. (7^{ème} ch.), arrêt du 12 juin 2014 – *Intel c. Commission*, *op. cit.*

reasoning developed by the European institutions in the interpretation of article 102 TFEU »⁴⁹⁷. *In casu*, la société Intel, leader mondial sur le marché des microprocesseurs x86, avait voulu évincer du marché son concurrent direct, AMD, notamment, au moyen (i) de remises de fidélité intégralement ou partiellement occultes accordées à certains fabricants d'ordinateurs à la condition que ces derniers se fournissent (quasi) exclusivement chez elle, et (ii) de restrictions non déguisées (« *naked restrictions* »), qui procédaient de paiements directs en faveur de plusieurs d'entre eux afin qu'ils reportent ou annulent le lancement de PC équipés de puces AMD. Dans sa décision, la Commission considéra que les rabais fidélisant litigieux pratiqués par Intel étaient abusifs en ce qu'ils emportaient un effet de forclusion des concurrents, tout en limitant le choix des clients et, *in fine*, celui des consommateurs finals, lesquels ne pouvaient plus choisir librement d'autres produits par les mérites⁴⁹⁸. S'agissant des restrictions non déguisées, elle fut d'avis qu'en entravant l'accès au marché des produits AMD, celles-ci restreignaient inexorablement le panier d'options du consommateur final et devaient donc pareillement être qualifiées d'abus de position dominante⁴⁹⁹.

Statuant sur recours, le Tribunal est venu confirmer le raisonnement suivi par la Gardienne des traités, en considérant que les pratiques mises en œuvre par Intel étaient abusives, notamment en ce qu'elles restreignaient le choix de ses partenaires commerciaux, et *in fine*, celui des consommateurs finals⁵⁰⁰.

3. Conclusion

Ainsi qu'on le constate, il est incontestable que les considérations liées au choix apparaissent en filigrane de la pratique décisionnelle des institutions de l'UE chargées d'appliquer le droit de la concurrence. Le professeur P. Nihoul estime même que « *even where the word does not appear, choice is present, as a mechanism, in all*

⁴⁹⁷ P. NIHOUL, « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *op. cit.*, p. 58.

⁴⁹⁸ Commission européenne, décision du 13 mai 2009 – *Intel*, *op. cit.*, points. 1598-1603, spéc. points 1599 et 1603.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, points. 1677-1682, spéc. point. 1679. Pour des précisions plus affinées, voy. P. NIHOUL, « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *op. cit.*, pp. 58-59, 65-66 ; F. MARTY et J. PILOT, « Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective », *Rev. Econ. et Soc.*, n° 2009-4, 2009, pp. 65-74.

⁵⁰⁰ Voy. Trib. (7^{ème} ch.), arrêt du 12 juin 2014 – *Intel c. Commission*, *op. cit.* spéc. points. 169, 600, 1031, 1220 et 1521.

article de 102 TFEU cases »⁵⁰¹. Selon lui, le choix dont il est question se comprend à travers la perspective de « *‘switching’ – the possibility, for customers, to turn to one or several other suppliers, or partners, when it is not satisfied with the performance displayed by the dominant firm* »⁵⁰². Or, nous venons de voir qu’en biaisant les résultats du classement de son moteur généraliste, Google est susceptible de sensiblement réduire cette faculté.

En définitive, comme il l’a été mentionné, le véritable nœud de cette affaire tourne autour de la question de savoir s’il est possible de caractériser un abus de position dominante en se fondant uniquement – ou en grande partie – sur des considérations liées au choix, et ce, même en l’absence de « *preuves solides et convaincantes {qui permettraient de conclure que} le comportement abusif présumé risque de produire une éviction anticoncurrentielle* »⁵⁰³. Sans anticiper sur l’hypothèse que nous émettrons en conclusion de cette prise de position, notre intime conviction est que le concept du « choix » sera effectivement amené à jouer un rôle central dans cette affaire, mais également dans des litiges futurs mettant la Gardienne des traités aux prises avec certains acteurs des marchés numériques. En effet, dans les industries dynamiques où la concurrence entre les opérateurs économiques n’est pas tarifaire, mais s’effectue plutôt sur base de la qualité ou du caractère innovant des produits, ne pourrait-on pas supposer que le caractère abusif d’un comportement ne peut réellement se mesurer qu’à travers le prisme du « choix »⁵⁰⁴? Après tout, « *a key-goal of antitrust enforcement is ensuring that anti-competitive conduct does not deprive consumers of a meaningful set of options from which to select goods and services that*

⁵⁰¹ P. NIHOUL, « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *op. cit.*, p. 63.

⁵⁰² *Ibid.*, p. 63.

⁵⁰³ Voy. le Document d’orientation, *op. cit.*, point. 20, qui précise qu’en principe, la Commission n’interviendra pas à défaut de telles de preuves.

⁵⁰⁴ Voy. en ce sens, N. W. AVERITT et R. H. LANDE, « Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law », *Antitrust L. J.*, vol. 74, n° 1, 2007, pp. 175-264, spéc. pp. 196-216, où les auteurs soutiennent que « *{t}here is no good way for a price or efficiency model to analyze antitrust issues in markets that do not have price competition to start with. {...}{T}he consumer choice paradigm will produce superior results when assessing markets where creativity or innovation – not price – are the most important tools of competition* » ; S. D. HOUCK, « Injury to Competition/Consumers in High Tech Cases », *St. John’s L. Rev.*, vol. 75, n° 4, 2001, pp. 593-614, spéc. p. 598, où l’auteur souligne que « *{a}ny assessment of a restraint’s anticompetitive impact, however, will be incomplete if limited to price and output effects. The restraint’s impact on consumer choice and innovation must also be considered* ». T. B. LEARY, « Freedom as the Core Value of Antitrust in the New Millenium », *Antitrust L. J.*, vol. 68, n° 2, 2000, pp. 545-559, spéc. pp. 554-555, où l’auteur note que « *traditional consumer welfare economics, with its emphasis on producers’ price and output decisions, things that can be quantified and manipulated in equations, has not had much to say about the infinite varieties of consumer taste* ».

best meet their needs »⁵⁰⁵.

D) Conclusion

Nous concluons cette prise de position en suggérant au lecteur d'appréhender le biais de Google « à la lumière des objectifs du traité visant à la protection du consommateur par une concurrence non faussée ainsi qu'à l'intégration des marchés nationaux »⁵⁰⁶. Analysée sous cet angle, la pratique révèle son caractère abusif en ce qu'elle empêche les acteurs du marché de concourir par les mérites d'une part, tout en limitant le choix des internautes, ainsi que leur capacité effective de choisir des options potentiellement plus pertinentes, d'autre part. D'une certaine manière, le parallèle avec l'affaire *Microsoft I* est inévitable. Rappelons qu'à cette occasion, la Commission et le Tribunal avaient ancré leur décision respective dans une logique mêlant les objectifs de pluralisme de la concurrence et de liberté de choix des consommateurs⁵⁰⁷. Néanmoins, la configuration que nous propose l'entreprise de Mountain View dépasse, en termes de magnitude, celle de son illustre aîné. À supposer que la Commission agisse, il est, selon nous, possible que cette affaire amorce un changement de paradigme dans la mise en œuvre de l'article 102 TFUE – à tout le moins dans les industries caractérisées par un rythme soutenu d'innovation. Un glissement conceptuel pourrait alors s'opérer à la faveur de la notion de choix qui se verrait accorder un rôle central dans le raisonnement. D'autant plus que certains auteurs s'accordent pour considérer que, « *{a} greater focus on consumer sovereignty may thus, in some cases, lead to more intensive competition law intervention to establish the parameters of independent consumer choice and specific presumptions against commercial practices that deny the sovereignty of consumer choice. Open and contestable markets are a prerequisite for the empowerment of consumers* »⁵⁰⁸.

Est-ce à dire que le traitement préférentiel litigieux ne sera appréhendé qu'à travers le prisme du choix et de l'innovation ? Nous ne le pensons pas. En effet, s'il est vrai

⁵⁰⁵ M. MESSINA, « Article 82 and the New Economy : Need for Modernisation ? », *op. cit.*, p. 84. Voy. néanmoins, *contra*. R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and Principles of Article 102*, *op. cit.*, pp. 30-32. Ce dernier estime que « *consumer choice per se is wholly inappropriate as an objective of competition law. {...} When consumer choice is seen as an objective in its own right, it may become a disguised form of competitor protection {...}* ».

⁵⁰⁶ C.J.U.E. (Gr. Ch.), arrêt du 16 septembre 2008 – *Sot. Lélos kai Sia EE et autres c. GlaxoSmithKline*, aff. Jointes C-468/06 à C-478/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-07139, point. 68.

⁵⁰⁷ Voy. Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, *op. cit.* ; T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, *op. cit.*, points. 650-652.

⁵⁰⁸ I. LIANOS, « Some reflections on the question of goals of EU competition law », *op. cit.*, pp. 22-23.

qu'une approche exclusivement basée sur le choix du consommateur a ses mérites⁵⁰⁹, notre intime conviction repose sur l'idée que l'enjeu de l'affaire *Google* n'est pas que le simple « rééquilibrage » du marché, mais également la démonstration du « rôle fédérateur »⁵¹⁰ que la politique de la concurrence est amenée à jouer dans le développement de l'UE⁵¹¹.

Sous-section II. Catégorisation

Nous venons de le voir, le traitement préférentiel qu'accorde Google à ses propres services verticaux ne relève, à notre sens, pas de la concurrence par les mérites. Néanmoins, il est un fait qu'à l'absence d'exhaustivité dans la lettre de l'article 102 TFUE, les juges de Luxembourg ont répondu par l'élaboration progressive de différentes « catégories » de pratiques unilatérales abusives auxquelles correspondent différents régimes juridiques⁵¹². Si celles-ci permettent de mieux cerner les contours de la responsabilité particulière des opérateurs dominants, force sera de constater au terme de l'analyse qui suit que le comportement discriminatoire de Google ne trouvera pas nécessairement « chaussure à son pied ».

⁵⁰⁹ Voy. not. N. W. AVERITT et R. H. LANDE, « Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law », *op. cit.*, pp. 175-264 ; R. H. LANDE et J. L. RUBIN, « How the FTC Could Beat Google », *Comp. Pol. Int'.*, vol. 10, n° 1, 2012, pp. 1-3 ; N. W. AVERITT et R. H. LANDE, « Consumer Sovereignty : A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law », *Antitrust L. J.*, vol. 65, n° 3, 1997, pp. 713-757.

⁵¹⁰ Commission européenne, *XXVII^{ème} Rapport sur la politique de concurrence (1997)* / Avant-propos de K. VAN MIERT, p. 8, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/X5ovgW> (dernière consultation le 31 mars 2015).

⁵¹¹ Voy. J. ALMUNIA, « Competition enforcement in the EU : Beyond the integration of markets : 20th anniversary of the Academy of European Law (ERA) », Trèves, 18 octobre 2012, SPEECH/12/742, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/cepXIP> (dernière consultation le 2 avril 2015) qui indiqua que la politique de la concurrence « *has a role that goes beyond the preservation of a level playing field in the internal market, because competition policy – as reflected in our Treaties – is also a major tool for the political and institutional development of Europe* » (c'est nous qui soulignons) ; Parlement européen, Exposé des motifs de la Résolution du 10 mars 2015 sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne in Rapport sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne (2014/2158 (INI)), 4 février 2015, p. 26, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/B11HQz> (dernière consultation le 2 avril 2015), qui souligne que « *{l}a politique de concurrence de l'Union a produit de nombreux avantages en termes de bien-être des consommateurs et a représenté un outil essentiel pour supprimer les obstacles à la libre circulation des marchandises, des services, des personnes et des capitaux* » ; V. BRISIMI, *The Interface between Competition and the Internal Market : Market Separation under Article 102 TFEU*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2014, pp. 14 et 15, où l'auteur relève que « *{a}n alternative justification for protecting competition under Article 102 TFEU is the protection of individual choice on libertarian grounds. Competition in the market is considered to be an expression of individual freedom. Individuals are free to make choices as to what to produce and what to consume {...} ensuring that individuals (and ; in particular, consumer) choices determine the market outcomes* ».

⁵¹² Sur les imperfections de l'approche actuelle consistant à classifier les différentes pratiques, voy. I. LIANOS., « Categorical Thinking in Competition Law and the 'Effects-based' approach in Article 82 EC », in *Article 82 EC – Reflections on its recent evolutions* (sous la dir. de A. EZRACHI), Oxford, Hart Publishing 2009, pp. 19-49, spéc. pp. 37-44.

§1. Vente liée ?

Une première option procéderait de la caractérisation du comportement analysé comme une forme de vente liée abusive⁵¹³. Séduisante sur le papier, l'idée bénéficie de surcroît du poids de précédents jurisprudentiels importants : les affaires *Microsoft I et II*⁵¹⁴. En effet, à l'instar de Microsoft qui fut condamnée pour le jumelage de son système d'exploitation dominant « Windows », à l'acquisition de son « Windows Media Player » et de son navigateur Internet « Internet Explorer », l'on pourrait arguer que Google lie de manière abusive ses services de recherches verticaux à son service de recherche horizontal par la fonction « Recherche Universelle »^{515 516}.

À suivre le Document d'orientation sur l'application de l'article 102 TFUE, les pratiques de ventes liées ne déclencheront l'intervention de la Commission que si les trois conditions suivantes sont réunies⁵¹⁷ :

- *Primo*, l'entreprise concernée doit détenir une position dominante sur le marché du produit liant ;
- *Secundo*, les produits liant et lié doivent être des produits distincts ;
- *Tertio*, la vente liée litigieuse doit être susceptible de produire une éviction anticoncurrentielle.

Comme nous serons amenés à le constater, les standards requis en matière de ventes liées sont plus souples que ceux du régime relatif au refus de contracter, ce qui renforce l'attrait de cette stratégie juridique pour les plaignants dans l'affaire *Google*.

S'agissant de la première condition, celle-ci nous semble la moins problématique dans la mesure où la dominance de Google sur le marché de la recherche horizontale

⁵¹³ Pour un examen approfondi de cette catégorie d'abus, voy. *inter alia*, R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, pp. 596-644.

⁵¹⁴ Voy. à ce sujet, N. PETIT et N. NEYRINCK, « Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 117-121 ; Y. QIANG, « Technically tying applications to a dominant platform in the software market and competition law », *E.C.L.R.*, vol. 36, n° 4, 2015, pp. 160-173 ; J.-F. BELLIS et T. KASTEN, « The Microsoft Windows Media Player tying case », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 127-166.

⁵¹⁵ En ce sens, I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 438 ; A. ÖZKAN et A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *op. cit.* pp. 59-60.

⁵¹⁶ Voy. pour une longue liste d'exemples, B. EDELMAN, « Leveraging Market Power Through Tying and Bundling : Does Google Behave Anti-Competitively ? », *op. cit.*, pp. 15-16 et les références que l'auteur cite aux notes infrapaginales n°s 40-51.

⁵¹⁷ Document d'orientation, *op. cit.*, point. 50.

n'est plus à démontrer⁵¹⁸.

Pareillement, la deuxième condition nous semble également acquise en l'espèce. Certes, certains auteurs argueront qu'il n'existerait qu'un seul et unique marché de la recherche en ligne⁵¹⁹. D'autres encore feront appel à la jurisprudence étasunienne pour revendiquer l'abandon de la condition du produit distinct en matière de vente liée technique⁵²⁰. Néanmoins, ces arguments n'emportent pas notre conviction. Premièrement, nous estimons avoir d'ores et déjà établi que recherches horizontale et verticale constituent bien deux marchés de produits distincts. Ensuite, il convient d'avoir égard au Document d'orientation qui prescrit lui-même l'adoption d'un test reposant sur la demande du consommateur⁵²¹. En effet, si par principe deux produits non substituables sont considérés comme distincts, il en sera de même lorsque, en l'absence de jumelage, « *de nombreux clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur, permettant de la sorte une production indépendante du produit liant comme du produit lié* »⁵²². La Commission a, par ailleurs, précisé que doivent être notamment retenus comme indices du caractère distinct de deux produits, le fait que « *les clients, s'ils ont le choix, achètent le produit liant et le produit lié séparément auprès de différentes sources d'approvisionnement, ou {...} la présence sur le marché d'entreprises spécialisées dans la production ou la vente du produit lié sans le produit liant* »⁵²³. Or, l'on ne peut nier qu'il existe des moteurs de recherche spécialisés qui ne fournissent aucun service de recherche horizontal (par ex. Foundem, TripAdvisor, etc.)⁵²⁴. De surcroît, dans sa décision *Microsoft I*, la Commission avait considéré que les lecteurs multimédias étaient des produits distincts des systèmes

⁵¹⁸ Voy. *supra*. Chap III., pp. 60 et s.

⁵¹⁹ En ce sens, voy. par exemple, R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.* p. 675.

⁵²⁰ Voy. en ce sens, I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 439, citant la décision *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), point. 89, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/KIU6no>.

⁵²¹ En ce sens, voy. A. JONES et B. SUFFRIN, *EU Competition Law: text, cases and materials*, 4^{ème} éd., New York, Oxford University Press, 2011, p. 477.

⁵²² Document d'orientation, *op. cit.*, point. 51, citant l'arrêt *Microsoft* du Tribunal, T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, *op. cit.*, points. 917, 921 et 922). Pour une critique de ce test, voy. not. N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 373, qui relève que ce test emporte un risque d'erreur de type II (ou « faux négatif »).

⁵²³ *Ibid.*, point. 51, citant l'arrêt *Hilti* du Tribunal, T.P.I.C.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 12 décembre 1991 – *Hilti AG. c. Commission*, point 67. Pour une critique de ce test, voy. M. RATO et N. PETIT, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *op. cit.*, pp. 1-65, spéc. pp. 45-46.

⁵²⁴ En ce sens I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 439.

d'exploitation alors même qu'il n'existait pas de demande significative pour des systèmes d'exploitation dépourvus de technologies multimédias⁵²⁵. Sur pied de ces considérations, il appert que la condition des produits distincts serait satisfaite *in casu*⁵²⁶.

Néanmoins, la preuve d'une éviction anticoncurrentielle – ne fût-ce que potentielle – est, comme nous l'avons vu, une question empirique à laquelle nous ne pouvons apporter une réponse définitive. À cet égard, le parallèle avec les affaires *Microsoft I et II* nous paraît, une nouvelle fois, inévitable tant ces dernières sont porteuses d'enseignements transposables à l'affaire *Google*. En effet, dans *Microsoft I*, le Tribunal avait jugé que les « constatations effectuées par la Commission dans le cadre de la première étape de son raisonnement {sur les potentiels effets d'éviction}⁵²⁷ suffis{aien}t à elles seules à établir {...} qu'il existait un risque significatif que la vente liée de Windows et de Windows Media Player conduise à un affaiblissement de la concurrence tel que le maintien d'une structure de concurrence effective ne soit plus assuré dans un proche avenir »⁵²⁸. De surcroît, la vente liée litigieuse n'avait pas entraîné l'éviction de tous les concurrents sur le marché lié des lecteurs multimédias. L'on constate ainsi que c'est avec une certaine souplesse que cette dernière condition semble être appréciée par les institutions de l'UE, ce qui pourrait faciliter son application éventuelle au cas d'espèce⁵²⁹.

À n'en pas douter, les défenseurs de la société californienne puiseront dans cette incise de la jurisprudence *Microsoft* un dernier argument⁵³⁰. De fait, il est vrai qu'à suivre le Tribunal, la caractérisation d'un jumelage abusif requiert, outre les trois

⁵²⁵ Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, *op. cit.*, points. 800-813, spéc. point. 809. Confirmée sur recours par le Tribunal in T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, *op. cit.*, points. 919-224, spéc. points. 921-922.

⁵²⁶ I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 439.

⁵²⁷ À savoir que la vente liée conférerait au lecteur WMP une omniprésence sur les PC clients à l'échelle mondiale.

⁵²⁸ T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, *op. cit.*, points. 1058-1089 (c'est nous qui soulignons).

⁵²⁹ En ce sens, voy. not. I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 439. Pour une approche plus pessimiste, voy. *inter alia*, A. ÖZKAN et A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *op. cit.*, p. 171 ; A. DALY, « Dominating Search : Google Before the Law », *op. cit.*, pp. 95-96.

⁵³⁰ A. ÖZKAN et A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *op. cit.*, p. 171 ; A. DALY, « Dominating Search : Google Before the Law », *op. cit.*, pp. 95-96.

conditions précitées⁵³¹, qu'il soit établi que « l'entreprise dominante ne donne pas aux consommateurs le choix d'obtenir le produit liant sans le produit lié »⁵³² (condition de coercition⁵³³). Toutefois, l'écueil nous semble surmontable. D'une part, certains auteurs ont déjà relevé les complications inhérentes à l'application de la condition de coercition, en témoigne l'affaire *Microsoft I*⁵³⁴. D'autre part, si le Document d'orientation sur l'application de l'article 102 n'y fait pas mention, c'est tout simplement parce qu'il l'englobe dans l'analyse de l'effet d'éviction⁵³⁵.

En définitive, caractériser le traitement préférentiel accordé par Google à ses services propriétaires de vente liée abusive n'est viable que si l'on suppose que la pratique est de nature à entraîner l'éviction de moteurs verticaux concurrents, ce qui, nous l'avons vu, est fort discutable *in casu*. Néanmoins, si le sort de Microsoft peut servir d'indicateur, il nous semble qu'une intervention de la Commission sur ce fondement n'est pas à exclure, tant les similitudes avec l'affaire *Google* sont, à certains égards, frappantes. En effet, à l'instar de Google, Microsoft offrait gratuitement les produits liés (*Windows Media Player* et *Internet Explorer*) aux consommateurs avec son système d'exploitation Windows. De plus, *prima facie*, l'on ne pouvait inférer une quelconque forme de coercition ou même un risque d'éviction⁵³⁶. *Last but not least*, les consommateurs restaient libres de se tourner vers des logiciels concurrents.

§2. Refus de commercer ?

Une seconde proposition consisterait à appliquer au biais de Google le régime juridique des refus de commercer (« refusal to deal »), parmi lesquels la très

⁵³¹ Voy. ces conditions reprises dans l'arrêt *Microsoft* du Tribunal, in T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, *op. cit.*, points. 842-843, 852 et 858-861.

⁵³² *Ibid.*, point. 864.

⁵³³ *Ibid.*, point. 965 ; A. JONES et B. SUFFRIN, *EU Competition Law: text, cases and materials*, *op. cit.*, p. 478 ; N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 373.

⁵³⁴ A. JONES et B. SUFFRIN, *EU Competition Law: text, cases and materials*, *op. cit.*, p. 478. Pour une critique voy. M. RATO et N. PETIT, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *op. cit.*, pp. 46-49.

⁵³⁵ En ce sens, N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 373 ; A. JONES et B. SUFFRIN, *EU Competition Law: text, cases and materials*, *op. cit.*, p. 478. Voy. également, R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, p. 628 qui notent que « *{s}trictly speaking, however, coercion is not a formal requirement* » {...} *Thus, for example, in Rio Tinto Alcan coercion did not feature in the Commission's analysis.* »

⁵³⁶ J.-Y. ART et G. S. MCCURDY, « The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure », *E.C.L.R.*, vol. 25, n° 11, 2004, pp. 698-700 et 706. En ce sens, voy. N. PETIT et N. NEYRINCK, « Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic », *op. cit.*, pp. 117-121.

controversée théorie des « facilités essentielles »⁵³⁷. Plus sophistiquée que le jumelage et plus tortueuse dans son application, cette construction prétorienne a ceci d’attrayant pour les concurrents de la firme californienne qu’elle pourrait leur permettre de mettre en échec son « *droit de choisir ses partenaires contractuels et de disposer librement de sa propriété {qui} sont des principes universellement consacrés dans les systèmes juridiques des États membres, en revêtant parfois un caractère constitutionnel* »⁵³⁸. Source d’un débat doctrinal acharné de l’autre côté de l’Atlantique⁵³⁹, cette voie risque assurément de faire jaser les auteurs du Vieux Continent si davantage la Commission devait s’y engouffrer.

Le dilemme inhérent au recours à cette doctrine réside dans son potentiel d’exploitation stratégique⁵⁴⁰. De fait, quoiqu’il serait excessif de la bannir des prétoires⁵⁴¹, il n’en demeure pas moins que ses contours doivent être clairement circonscrits. Or, force est de constater que la jurisprudence révèle que ses modalités d’application ont traditionnellement bénéficié d’une interprétation large, « *si bien que certains représentants de la doctrine ont pu parler de théorie des infrastructures utiles (ou pratiques)* »⁵⁴². Dans ce contexte, il convient de ne pas perdre de vue que le droit de la concurrence a pour vocation la protection de la structure de la concurrence

⁵³⁷ Comme le souligne la Commission, « *la notion de refus de fourniture couvre un large éventail de pratiques, telles que le refus de fournir des produits à des clients existants ou nouveaux (49), le refus d’accorder une licence de droits de propriété intellectuelle (50), notamment lorsque la licence est nécessaire aux fins de la communication d’informations d’interface (51), ou de donner accès à des installations ou à un réseau essentiels* », in Document d’orientation, *op. cit.*, point. 78. Pour un examen approfondie de cette catégorie d’abus, voy. *inter alia*, R. O’DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, pp. 507-595.

⁵³⁸ Conclusions présentées le 28 mai 1998 par l’Avocat Général Jacobs, aff. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitings und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG et autres*, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-07811, point. 56.

⁵³⁹ Pour des auteurs favorables à son application, voy. not. O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission? Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *op. cit.*, pp. 1149-1209 ; P. S. MORRIS, « Solving Google’s Antitrust Dilemma : Cognitive Habits and Linking Rivals When There is Large Market Share in the Relevant Online Search Market », *Wake Forest J. of Bus. & Int. Prop. Law.*, vol. 13, n° 3, 2013, pp. 305-330, également disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/QG32cg> (dernière consultation le 25 février 2015).

Pour des auteurs contre l’application de cette doctrine, voy. not. R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, pp. 678-687 ; M. A. JAMISON, « Should Google Search Be Regulated as a Public Utility ? », *op. cit.*, pp. 3 et 12-17.

⁵⁴⁰ Sur cette question, voy. not. I. LIANOS, « Categorical Thinking in Competition Law and the ‘Effects-based’ approach in Article 82 EC », *op. cit.*, pp. 41-44.

⁵⁴¹ Voy. not. P. Areeda et H. Hovenkamp qui soutiennent que la doctrine des facilités essentielles est « *both harmful and unnecessary and should be abandoned* », P. AREEDA et H. HOVENKAMP, *Antitrust Law*, vol. 3A, 2^{ème} éd., New York, Aspen Publishers, 2002, n° 771c, p. 173.

⁵⁴² N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 351. Pour des auteurs dénonçant une théorie des « *convenient facilities* », voy. not. D. RIDYARD, « Compulsory Access Under EC Competition Law – a New Doctrine of ‘Convenient Facilities’ and the Case for Price Regulation », *E.C.L.R.*, vol. 25, n° 11, 2004, pp. 669-673.

et non celle des concurrents pris individuellement⁵⁴³. Autrement dit, l'action des institutions de l'UE ne doit pas permettre aux rivaux d'une entreprise dominante de profiter, à la manière de passagers clandestins, de ses innovations (« *théorie du passager clandestin* » ou du « *free rider* »). C'est donc avec une certaine réserve que nous examinons dans les lignes qui suivent, l'applicabilité potentielle de ce régime aux pratiques de biais de la géante de la recherche en ligne.

De prime abord se pose la tâche d'identifier l'actif auquel l'accès devrait être accordé⁵⁴⁴. Aux États-Unis, la controverse s'est essentiellement cristallisée autour de l'idée suivant laquelle la recherche en ligne elle-même serait devenue « essentielle »⁵⁴⁵. Concrètement, « *the basic essential facilities case against Google is that it controls a bottleneck for the Internet—it is the access point for most consumers, and search results on Google determine which websites are successful and which end up in oblivion. {...} More particularly, it is argued that Google has used its control over this bottleneck to deny access by competitors to Google's users* »⁵⁴⁶. Transposée au contexte du droit de l'UE, l'hypothèse consisterait à envisager Google Search comme une sorte d'« *outil de distribution indispensable* » au commerce en ligne⁵⁴⁷.

Ce premier pas franchi, encore faut-il que les différentes conditions d'application du

⁵⁴³ En ce sens, voy. not. Conclusions présentées le 28 mai 1998 par l'Avocat Général Jacobs, aff. C-7/97, *op. cit.* point. 58.

⁵⁴⁴ Comme le fait très justement remarquer M. Lao, « *it is not even clear which is the alleged essential facility* », in M. LAO, « Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal », *Northwestern J. of Tech. & Int. Prop.*, vol. 11, n° 5, 2013, p. 301.

⁵⁴⁵ Voy. *inter alia*, O. Bracha et F. Pasquale qui font l'analogie entre les moteurs de recherche dominants et les exploitants publics du trafic ferroviaire du XIX^{ème} siècle, in O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission: Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *op. cit.*, p. 1149-1209, spéc. 1207-1209 (« *Much like search engines in the information society, these firms controlled essential bottlenecks of an emerging economic order* »). Pour une affirmation plus nuancée, voy. P. S. MORRIS qui considère que « *because internet search users have developed the cognitive habit of relying on Google for providing the information results that they are looking for on the internet, Google has cognitively become an essential facility* », in P. S. MORRIS, Solving Google's Antitrust Dilemma: Cognitive Habits and Linking Rivals When There is Large Market Share in the Relevant Online Search Market », *op. cit.*, p. 316. En ce sens, A. CANDEUB, « Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust », *J. L. & Pol'y. for Info. Soc.*, vol. 9, n° 3, 2014, p. 423.

⁵⁴⁶ G. A. MANNE, « The Problem of Search Engines as Essential Facilities: An Economic & Legal Assessment », *op. cit.*, p. 423.

⁵⁴⁷ I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 436. En ce sens, voy. A. THEMELIS, « Information and Intermediation, Abuse of Dominance and Internet 'Neutrality': 'Updating' Competition Policy under the Digital Single Market and the Google Investigations (?) », *op. cit.*, p. 8 ; E. CLEMONS et N. MADHANI, « Regulation of Digital Businesses with Natural Monopolies Or Third Party Payment Business Models: Antitrust Lessons from the Analysis of Google », *J.M.I.S.*, vol. 27, n° 3, 2010, pp. 43-80.

régime soient vérifiées⁵⁴⁸.

À suivre la Commission, celle-ci n'interviendra que si les conditions suivantes sont réunies : tout d'abord, un refus de fourniture doit être avéré. Ensuite, il faut que ce refus porte « *sur un produit ou un service qui est objectivement nécessaire pour pouvoir exercer une concurrence efficace sur un marché en aval* » (condition d'indispensabilité). Il doit en outre être « *susceptible de conduire à l'élimination d'une concurrence effective sur le marché en aval* ». Enfin, le refus doit être « *susceptible de léser le consommateur* »⁵⁴⁹.

Au vu du régime ainsi tracé, l'on ne peut qu'exprimer notre perplexité quant à son application au cas d'espèce. En effet, sauf l'hypothèse du « blacklisting »⁵⁵⁰, il est, *prima facie*, difficile de percevoir comment les pratiques de Google pourraient tomber sous la qualification d'un « refus de fourniture », alors même que celle-ci ne refuse pas *stricto sensu* d'accorder l'accès aux pages de résultats de son moteur généraliste⁵⁵¹. Certes, l'on pourrait tenter d'arguer qu'*in fine* les conséquences du comportement étudié sont similaires, sinon analogues, à celle d'un refus péremptoire - à savoir l'exclusion (hypothétique) de certains exploitants de services spécialisés. Néanmoins, sauf à interpréter la condition du refus de manière excessivement large ou à considérer que le refus porterait sur l'accès aux premières places du classement, il est peu probable qu'une telle qualification soit retenue. Tout au plus pourrait-on envisager un refus implicite qui procéderait de la « *perturbation de la fourniture* »⁵⁵² de la recherche en ligne à travers l'insertion de biais dans le système de classement...

À supposer qu'un refus puisse tout de même être identifié, encore faut-il que celui-ci porte sur un intrant « *objectivement nécessaire* »⁵⁵³, en ce sens qu'il « *n'existe*

⁵⁴⁸ Notre analyse prendra essentiellement appui sur la codification du droit prétorien réalisée par la Commission dans son Document d'orientation.

⁵⁴⁹ Document d'orientation, *op. cit.*, point. 81. Notons que si la Commission ne l'évoque pas formellement, il semblerait qu'elle intègre dans une seule et même condition les exigences d'indispensabilité et du produit nouveau. En ce sens, N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 353.

⁵⁵⁰ Dans cette hypothèse, il y a un refus effectif qui procède de la désindexation par Google d'un site Web. Voy. *infra.*, §4., pp. 136 et s. pour nos réflexions sur cette hypothèse.

⁵⁵¹ Pour une conclusion en ce sens, voy. A. CHIRITA, « Google's anti-competitive and unfair practices in digital leisure markets », *Comp. L. Rev.*, vol. 11, n° 2, 2015, p. 17, à paraître, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/irjlsb> (dernière consultation le 27 février 2015).

⁵⁵² Voy. le Document d'orientation qui précise qu'un refus de fournir peut être implicite et peut prendre la forme d'un retard indu, d'une perturbation de la fourniture d'un produit par d'autres moyens, ou par l'imposition de conditions déraisonnables en contrepartie de la fourniture, *in* Document d'orientation, *op. cit.*, point. 79.

⁵⁵³ Document d'orientation, *op. cit.*, points. 81 et 83.

aucun produit de substitution réel ou potentiel auquel les concurrents du marché en aval pourraient recourir »⁵⁵⁴. Afin d'en apprécier la nécessité objective, il convient de tenir compte de la capacité des concurrents à « reproduire efficacement l'intrant fabriqué par l'entreprise dominante dans un avenir prévisible »⁵⁵⁵.

Dans le contexte de l'affaire *Google*, l'exigence nous semble une nouvelle fois difficile à satisfaire, d'autant plus si l'intrant identifié n'est autre que le moteur généraliste de Google, perçu comme un outil de distribution. En effet, bien qu'il soit théoriquement possible de soutenir que les concurrents de la firme californienne ne sont pas en mesure de le répliquer, des lacunes risquent néanmoins d'émailler l'argumentaire.

Premièrement, la Cour a déjà souligné dans son arrêt *Bronner* que « pour démontrer que la création d'un tel système ne constitue pas une alternative potentielle réaliste et que l'accès au système existant est donc indispensable, il ne suffit pas de faire valoir qu'elle n'est pas économiquement rentable en raison du faible tirage du ou des quotidiens à distribuer »⁵⁵⁶. Par analogie, il faudrait donc parvenir à établir qu'à défaut d'être impossible, la création d'une plateforme générant un trafic comparable à celui que génère Google ne serait pas économiquement viable⁵⁵⁷. Or, s'il est vrai que la structure des coûts du moteur généraliste de Google est comparable à celle des monopoles naturels⁵⁵⁸, l'on ne peut dénier l'existence de moteurs de recherche généralistes concurrents qui – à ce jour – demeurent parfaitement viables⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, point. 83.

⁵⁵⁵ *Ibid.*, point. 83. Par « reproduction », il y a lieu d'entendre « la création d'une autre source d'approvisionnement efficace capable de permettre aux concurrents d'exercer une pression concurrentielle sur l'entreprise dominante sur le marché en aval ».

⁵⁵⁶ C.J.C.E. (6^{ème} ch.), arrêt du 26 novembre 1998 – *Oscar Bronner GmbH*, aff. C-7/97, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-07791, point. 45. Il s'agirait de substituer les termes « trafic en ligne » aux termes « tirage du ou des quotidiens à distribuer ».

⁵⁵⁷ En ce sens, voy. l'arrêt *Bronner* précité, dans lequel la Cour en conclut qu'en l'espèce, « il faudrait à tout le moins établir, {...} qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant (C.J.C.E. (6^{ème} ch.), arrêt du 26 novembre 1998 – *Oscar Bronner GmbH*, *op. cit.*, point. 46. Voy. également I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 435.

⁵⁵⁸ Par principe, la Commission estime qu'une entreprise n'est pas à même de « reproduire efficacement l'intrant fabriqué par l'entreprise dominante dans un avenir prévisible » lorsque l'intrant a des caractéristiques de monopoles naturel, (*in* Document d'orientation, *op. cit.*, point. 83.

⁵⁵⁹ En ce sens, voy. R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, pp. 681-682 ; A. CHIRITA, « Google's anti-competitive and unfair practices in digital leisure markets », *op. cit.*, p. 17.

Contra, voy. C. ARGENTON et J. PRÜFER, « Search Engine Competition with Network Externalities », *op. cit.*, p. 97, qui estiment que « *it is not a matter of money: a search engine can generate voluminous query logs only if end users massively choose to use it to place search queries now, which may well be impossible if the data needed to return relevant results are simply not there* ».

Ensuite, l'on ne saurait déduire l'indispensabilité de l'intrant du seul fait des préférences des internautes, dans la mesure où « *le test appliqué est un test objectif, qui concerne les concurrents en général {...} {lesquels ne sauraient} invoquer leur vulnérabilité particulière* »⁵⁶⁰. Autrement dit, les rivaux de Google ne sauraient avancer le fait que les internautes sont *de facto* enfermés dans son écosystème pour en inférer la nécessité objective.

Enfin, si l'importance du trafic généré par Google est incontestable pour de nombreux sites Web, il n'empêche que ces derniers peuvent recourir à d'autres voies pour attirer l'attention des internautes⁵⁶¹.

Le lecteur l'aura compris, il n'est, selon nous, guère utile d'examiner les autres conditions de ce tortueux régime, tant la catégorisation du biais de Google en refus de fourniture nous paraît inappropriée. À notre sens, cette conclusion devrait également être étendue à l'hypothèse où le refus porterait sur l'accès aux premières places de la page de résultats naturels⁵⁶². En effet, accepter une telle proposition relèverait du non-sens dans la mesure où il n'est tout simplement pas possible de donner un tel accès à toutes les entreprises qui le souhaiteraient⁵⁶³.

§3. Discrimination de « seconde ligne » ?

Aux termes de l'article 102 (c) TFUE, il est abusif pour un opérateur dominant d'« *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence* »⁵⁶⁴. Ce qui est donc proscrit par cette disposition, c'est la discrimination

⁵⁶⁰ Conclusions présentées par l'Avocat Général Jacobs le 28 mai 1998, aff. C-7/97, *op. cit.*, point. 51.

⁵⁶¹ Pour ne prendre que quelques exemples, ces entreprises pourraient investir dans une campagne publicitaire sur Facebook ou développer des applications mobiles. En ce sens, M. LAO, « Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal », *op. cit.*, p. 301 ; D. CRANE, « Search Neutrality and Referral Dominance », *op. cit.*, pp. 465-466.

⁵⁶² Pour un examen complet de cette hypothèse sous l'angle de la théorie étasunienne des facilités essentielles, voy. M. LAO, « Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal », *op. cit.*, pp. 275-319. Le lecteur notera que, bien que les conditions d'application diffèrent quelque peu, certains arguments développés par l'auteur sont transposables *mutatis mutandis* dans le contexte du droit de la concurrence de l'UE.

⁵⁶³ En ce sens, R. BORK et J. SIDARK, « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *op. cit.*, p. 682. Le lecteur notera que nous ne partageons l'avis de ces auteurs que sur ce seul point précis. En effet, ces derniers poursuivent en arguant, notamment, que « *{n}ot everyone can appear in the top results. Competitors must earn the top spots in search results pages* » (ce sont les auteurs qui soulignent). Nous relevons qu'il est paradoxal d'affirmer qu'il revient aux concurrents de « mériter » les premières places alors même que Google, unique juge de ces mérites, accorde un avantage probablement indu à ses propres services verticaux.

⁵⁶⁴ Art. 102, (c), T.F.U.E.

qui vient à préjudicier des partenaires commerciaux, en amont ou en aval, de l'opérateur dominant (discrimination dite de « seconde ligne », et non pas ses concurrents directs (discrimination dite de « première ligne »)⁵⁶⁵.

Sans doute que la (re)lecture du prescrit de cet article laissera le lecteur perplexe quant à la cohérence structurelle de notre raisonnement. Pourtant, si nous n'envisageons cette voie qu'à ce stade du présent mémoire, c'est bien pour souligner les difficultés inhérentes à l'affaire étudiée.

À suivre certains auteurs, le choix de se tourner vers cette catégorie particulière d'abus s'imposerait intuitivement⁵⁶⁶. Pourtant, comme le remarque P. Colomo, « *{a}uthorities and courts have not yet developed a coherent analytical framework clarifying why and in which circumstances exclusionary discrimination is an abuse within the meaning of Article 102 TFEU. {...} Only the most extreme forms of discrimination fit comfortably in existing legal categories. There is a vacuum in regard to more subtle forms thereof* »⁵⁶⁷.

Dans ce contexte, il nous est donc impossible de procéder à un examen cohérent du biais de Google au regard de l'article 102 (c) TFUE. À défaut d'élaborer un cadre analytique complet, nous proposons de recenser certaines affaires susceptibles d'être pertinentes pour notre entreprise, dans lesquelles la discrimination, à défaut d'avoir été, en tant que telle, retenue comme abusive, semble néanmoins avoir été au cœur des débats (A)^{568 569}. Nous formulons ensuite quelques observations utiles pour notre

⁵⁶⁵ Voy. les différentes définitions proposés dans certains manuels de référence que nous avons consulté, à savoir, N. PETIT, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 369 ; A. JONES et B. SUFFRIN, *EU Competition Law: text, cases and materials*, *op. cit.*, p. 478 et R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, pp. 778-779.

⁵⁶⁶ Voy. *inter alia*, M. RATO et N. PETIT, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *op. cit.*, p. 57.

⁵⁶⁷ P. COLOMO, « Exclusionary Discrimination Under article 102 TFEU », *C. M. L. R.*, vol. 51, n° 6, 2014, pp. 142 et 148. L'auteur y fait remarquer qu'en réalité, les catégories juridiques existantes ne couvrent que les pratiques dont le caractère discriminatoire, tout en étant présent, n'est pas au centre des débats. Ainsi, dans les affaires de refus de fourniture, ce n'est pas tant le caractère discriminatoire de la pratique que le refus en lui-même qui est problématique. Pour s'en rendre compte, il suffit de consulter les différents manuels de droit de la concurrence qui ne traitent que marginalement de la discrimination abusive (qui plus est lorsqu'il est question d'une discrimination non tarifaire, comme c'est le cas dans l'affaire *Google*).

⁵⁶⁸ Pour une proposition de cadre analytique des pratiques discriminatoires non-liées au prix, sous l'angle de l'article 102, (c), T.F.U.E., voy. P. COLOMO, « Exclusionary Discrimination Under article 102 TFEU », *op. cit.*, pp. 150-164. Pour l'auteur, les pratiques de refus de commercer, de ciseaux tarifaires et de discrimination d'exclusion (« *exclusionary discrimination* ») ne sont que l'expression d'une même stratégie commerciale qui procède de l'élévation des coûts de concurrents (« *raising rivals costs strategies* »).

⁵⁶⁹ Pour une discussion plus détaillée sur les décisions susceptibles d'être pertinentes à l'enquête visant Google, voy. D. WOOD, « EU Competition Law and the Internet : Present and Past Cases », *Comp. L. Int'l.*, *op. cit.*, pp. 44-49.

analyse dans le but d'illustrer l'insécurité juridique qui semble actuellement entourer le statut juridique de cette catégorie d'abus – insécurité dont pourrait profiter la Commission en cas de procédure contentieuse (B).

A) Leçons du passé

Une première série d'affaires auxquelles il est intéressant d'avoir égard concerne le secteur du transport maritime. Dans les affaires *B&I Line plc c. Sealink*⁵⁷⁰ et *Sea Containers c. Stena Sealink*⁵⁷¹, la société britannique de ferry-boats, Sealink, qui était également l'autorité portuaire à Holyhead, fut, par deux fois, condamnée pour avoir abusé de sa position dominante sur ce port. Dans le premier cas, elle avait procédé à une modification des horaires de navigation de ses propres navires dans le but de perturber ceux exploités par B&I, tandis que dans le second cas, elle avait empêché Sea Containers de proposer un nouveau service de transbordeurs rapides en lui refusant l'accès à ses infrastructures portuaires. Le lien analogique avec le biais de Google découle de ce que la Commission a, dans les deux affaires, considéré qu'« *{u}ne entreprise occupant une position dominante ne peut exercer de discrimination en faveur de ses propres activités sur un marché apparenté. Le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction à l'article {102 TFUE}* »⁵⁷².

Une deuxième salve d'affaires concerne le secteur aérien. La première que nous relevons est celle qui vit la compagnie Air France se faire épingler pour une discrimination présumée à l'encontre du Système Informatisé de Réservation (SIR), Sabre, détenu par British Airways et American Airlines⁵⁷³. À cette occasion, la

⁵⁷⁰ Commission européenne, décision du 11 juin 1992 – *B&I Line plc c. Sealink*, aff. IV/34.174, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/Ix2NQo> (dernière consultation le 2 avril 2015).

⁵⁷¹ Commission européenne, décision du 21 décembre 1993 – *Sea Containers c. Stena Sealink*, aff. IV/34.689, *J.O.C.E.*, L 015, 18 janvier 1994, p. 8.

⁵⁷² Commission européenne, décision du 11 juin 1992 – *B&I Line plc c. Sealink*, *op. cit.*, point. 41 et Commission européenne, décision du 21 décembre 1993 – *Sea Containers c. Stena Sealink*, *op. cit.*, point. 66 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁷³ Voy. Commission européenne, communiqué de presse, « La Commission prend des mesures pour empêcher toute discrimination entre les systèmes informatisés de réservation aérienne », Bruxelles, 25

Commission avait décidé d'ouvrir une procédure formelle à l'encontre de la compagnie aérienne française, laquelle avait, semble-t-il, refusé de fournir à Sabre les mêmes informations et les mêmes possibilités techniques que celles qu'elle fournissait à son propre SIR, Amadeus. Finalement, Air France s'évita une condamnation en s'entendant avec Sabre sur l'élaboration d'un code de bonne conduite.

L'affaire *British Midland c. Aer Lingus*⁵⁷⁴ est également susceptible d'être pertinente s'il est avéré que Google inflige des pénalités à des exploitants de services de recherche verticaux. À cette occasion, la Commission avait en effet considéré que la compagnie Aer Lingus avait abusé de sa position dominante en refusant de pratiquer l'interligne – la possibilité de vendre des billets valant sur ses vols – avec British Midland, lorsque cette dernière annonça son intention d'opérer des vols sur la ligne Dublin-Londres. Le parallèle avec Google procède de ce que le comportement adopté par Aer Lingus n'était pas objectivement justifiable et ne visait simultanément qu'à augmenter les coûts ainsi qu'à diminuer les recettes de British Midland, et ce, à titre de représailles⁵⁷⁵. Selon R. Nazzini, le fait que la Commission ait appliqué un seuil moins élevé que celui de l'élimination de toute concurrence effective, peut s'expliquer par sa volonté de poursuivre « *a policy encouraging competition in civil aviation markets* »⁵⁷⁶. Or, l'on a vu précédemment l'importance que semble revêtir la réalisation du MUN aux yeux de l'autorité européenne de la concurrence⁵⁷⁷.

Enfin, l'on clôturera cette introspection de la jurisprudence en faisant mention de

juillet 2000, IP/00/835, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/XIbGUJ> (dernière consultation le 2 avril 2015).

⁵⁷⁴ Commission européenne, décision du 26 février 1992 – *British Midlands c. Aer Lingus*, aff. IV/33.544, *J.O.C.E.*, L 096, 10 avril 1992, p. 34.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, point. 26. L'on notera utilement que la pratique n'avait pas eu pour effet d'éliminer British Midland de la route Dublin – Londres, ce qui illustre que la Commission est parfois encline à condamner un refus de fourniture alors même que celui-ci n'emporterait pas d'effets d'éviction. Voy. pour une lecture plus nuancée, R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and Principles of Article 102*, *op. cit.*, pp. 267-268.

⁵⁷⁶ R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and Principles of Article 102*, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁷⁷ À cet égard, l'on mentionnera utilement que la commissaire pour la concurrence a récemment annoncé une proposition visant à lancer une enquête sur la concurrence dans le secteur du commerce électronique. Voy. Commission européenne, communiqué de presse, « Concurrence : la commissaire Vestager annonce qu'elle proposera une enquête dans le secteur du commerce électronique », Bruxelles, 26 mars 2015, IP/15/4701, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/pwAAjy> (dernière consultation le 30 mars 2015).

l'affaire *Clearstream*⁵⁷⁸. En l'espèce, l'organisme de compensation et de règlement de transactions sur titres, Clearstream, fut condamné par la Commission pour avoir tenté d'évincer son concurrent, Euroclear Bank (EB), en opérant à l'égard de ce dernier une double discrimination : d'une part, en refusant de fournir à EB ses services de compensation et de règlement primaires pour les actions nominatives émises sous le droit allemand, ainsi que, d'autre part et corrélativement, en lui appliquant des prix discriminatoires pour ces mêmes services. Dans cette décision, c'est surtout le raisonnement suivi par l'autorité européenne de la concurrence quant à la première discrimination qui retient notre attention⁵⁷⁹. En effet, ayant considéré, qu'*in casu*, « *le refus de fournir et la discrimination injustifiée étaient deux manifestations d'un même comportement* », elle prit grand soin d'établir l'indispensabilité de l'intrant (en l'espèce, le système informatisé CASCADE RS) pour l'exercice d'activités en aval (en l'espèce, le service de compensation et de règlement secondaire)⁵⁸⁰. Ainsi constata-t-elle que Clearstream détenait un monopole *de facto* pour la fourniture de service de compensation et de règlement primaire⁵⁸¹. De plus, la nature du marché et l'existence d'importantes barrières à l'entrée rendaient la menace d'une concurrence potentielle irréaliste à court terme⁵⁸². Après avoir évalué l'ensemble des faits, la Gardienne des traités en arriva à la conclusion que le refus de fourniture avait placé EB « *dans une situation désavantageuse par rapport à ses concurrents* »⁵⁸³ faisant donc « *obstacle à l'innovation et à l'efficacité du marché* »⁵⁸⁴.

Statuant sur recours, le Tribunal confirma l'approche de la Commission tout en considérant qu'il suffit de démontrer que le comportement litigieux « *tend à restreindre la concurrence* »⁵⁸⁵. À l'instar de l'affaire *British Midland* précitée, R.

⁵⁷⁸ Chronologiquement : Commission européenne, décision du 2 juin 2004 – *Clearstream*, aff. COMP/38.096, *op. cit.* ; Trib. (5^{ème} ch.), arrêt du 9 septembre 2009 – *Clearstream Banking AG et Clearstream International SA c. Commission*, aff. T-301/04, Rec. C.J.U.E., 2009, p. II-03155.

⁵⁷⁹ La seconde nous intéresse moins dans la mesure où elle est de nature tarifaire. Or, il semblerait qu'il existe un « test » spécifique pour l'appréciation des prix discriminatoires sous l'angle de l'article 102 (c) TFUE. À cet égard, voy. à cet égard, E. ØSTERUD, *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law. The Spectrum of Tests*, *op. cit.*, pp. 112-120.

⁵⁸⁰ Commission européenne, décision du 2 juin 2004 – *Clearstream*, aff. COMP/38.096, *op. cit.*, points. 227-237, spéc. point. 230 (« *la fourniture de services de compensation et de règlement primaires {...} est une condition préalable à la compensation et au règlement secondaires* »).

⁵⁸¹ *Ibid.*, points. 208-209, 226-227 et 230.

⁵⁸² *Ibid.*, point. 227.

⁵⁸³ *Ibid.*, point. 301.

⁵⁸⁴ *Ibid.*, point. 237.

⁵⁸⁵ Trib. (5^{ème} ch.), arrêt du 9 septembre 2009 – *Clearstream Banking AG et Clearstream International SA c. Commission*, *op. cit.*, point. 144.

Nazzini estime que l'application d'un seuil de restriction de la concurrence moins élevé s'explique par le fait que l'affaire « *concerned the emergence of a pan-European Market in settlement and clearing* »⁵⁸⁶. Il en conclut que « *{t}he precedential value of these cases is, therefore, very limited* »⁵⁸⁷. Une nouvelle fois, nous ne pouvons que marquer notre désaccord sur ce point, et ce, pour les mêmes raisons qu'exposées précédemment.

B) Observations

Comme annoncé, la discrimination n'apparaît qu'en filigrane des différentes décisions recensées ci-dessus. De ce fait, il nous semble utile de partager avec le lecteur les deux considérations qui ont essentiellement guidé nos choix éditoriaux : *primo*, la jurisprudence et la pratique administrative sont très frileuses à l'idée de qualifier la discrimination de seconde ligne comme abus autonome. Il semblerait en effet que dans tous les cas où celle-ci fut, en elle-même, considérée comme abusive, l'opérateur dominant fut également condamné pour une série d'autres pratiques⁵⁸⁸. *Secundo*, nous estimons que les abus procédant d'une compression de marges ou d'un refus de fourniture sont, essentiellement, des cas extrêmes de discrimination⁵⁸⁹. Or, puisque la jurisprudence abonde de décisions traitant de ce type de comportements, il nous a semblé opportun d'en relever quelques-unes afin d'y puiser certains principes directeurs pour l'élaboration d'un cadre analytique permettant d'apprécier les discriminations non tarifaires de seconde ligne⁵⁹⁰. De fait, il semblerait que dans ses rares décisions faisant application de l'article 102 (c) TFUE à des scénarios similaires, la Commission fut d'avis que l'« indispensabilité » de l'intrant contrôlé par l'opérateur dominant « *was something akin to an implicit condition underlying intervention* »⁵⁹¹. Dans le contexte de l'affaire *Google*, l'on pourrait donc formuler l'hypothèse suivante : sauf à supposer qu'il pèserait sur les opérateurs dominants et verticalement intégrés une obligation générale de ne pas discriminer à l'encontre de

⁵⁸⁶ R. NAZZINI, *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and Principles of Article 102*, *op. cit.*, p. 268.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, p. 269.

⁵⁸⁸ Voy. not. R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, pp. 813-814.

⁵⁸⁹ Voy. d'ailleurs le Document d'orientation qui traite des refus de fourniture et des compressions de marges dans la même section. En ce sens, voy. également, les Conclusions présentées le 2 septembre 2010 par l'Avocat Général Mazák, aff. C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-00527, spéc. points. 16.

⁵⁹⁰ En ce sens, P. COLOMO, « Exclusionary Discrimination Under article 102 TFEU », *op. cit.*, p. 148.

⁵⁹¹ P. COLOMO, « Exclusionary Discrimination Under article 102 TFEU », *op. cit.*, p. 158.

leurs rivaux opérant sur des marchés apparentés⁵⁹², pour que l'article 102 (c) TFUE puisse trouver voix au chapitre, il faudrait, à tout le moins, démontrer que l'intrant contrôlé par Google est « indispensable » à la prestation de services de recherche spécialisés.

Aussi séduisante soit-elle, l'on concédera que cette proposition n'est pas à l'abri de critiques. En premier lieu, il est évident que si celle-ci venait à être suivie, il serait difficile d'arguer que Google détient un intrant « indispensable » au sens de la jurisprudence en matière de refus de fourniture. En second lieu, deux affaires sont susceptibles de remettre en cause notre approche qui, au demeurant, se veut unificatrice.

Dans la première, la Cour de justice était appelée à se prononcer sur plusieurs questions préjudicielles posées par une juridiction de renvoi suédoise et qui concernaient, notamment, les principes de caractérisation des ciseaux tarifaires abusifs⁵⁹³. Dans un arrêt malheureux, la juridiction suprême de l'UE jugea – à contre sens des conclusions présentées par l'AG Mazák⁵⁹⁴ –, que « *de tels comportements pourraient, en soi, être constitutifs d'une forme autonome d'abus différent du refus de fourniture* »⁵⁹⁵, tout en précisant que cette conclusion ne saurait être exclue, « *en raison de la seule circonstance que le produit de gros n'est pas indispensable pour la fourniture du produit de détail* »⁵⁹⁶. En effet, l'on ne saurait déduire de son arrêt *Bronner* précité que « *les conditions nécessaires afin d'établir l'existence d'un refus abusif de fourniture doivent nécessairement s'appliquer également dans le cadre de l'appréciation du caractère abusif d'un comportement consistant à soumettre la fourniture de services ou la vente de produits à des conditions désavantageuses ou auxquelles l'acheteur pourrait ne pas être intéressé* »⁵⁹⁷. Cet arrêt semble donc enfoncer un premier « clou dans le cercueil » de notre proposition, dans la mesure où

⁵⁹² Auquel cas toute discrimination serait *per se* illégale, sauf justification objective. En ce sens, voy. P. COLOMO, « Exclusionary Discrimination Under article 102 TFEU », *op. cit.*, p. 150.

⁵⁹³ C.J.U.E. (1^{ère} ch.), arrêt du 17 février 2011 – *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, *op. cit.*

⁵⁹⁴ Conclusions présentées le 2 septembre 2010 par l'Avocat Général Mazák, aff. C-52/09, *op. cit.*, *spéc.* p. 12.

⁵⁹⁵ *Ibid.*, point. 56.

⁵⁹⁶ *Ibid.*, point. 72 (c'est nous qui soulignons).

⁵⁹⁷ *Ibid.*, point. 55 (c'est nous qui soulignons). Pour un commentaire, voy. M. RAUBE, « Case C-52/09, *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige AB*, [2011] E.C.R.I-527 — Confirming an inappropriate assessment framework for margin squeeze », *E.C.L.R.*, vol. 34, n° 9, 2013, pp. 490-499 ; F. MARTY, A.-L. SIBONY et A. WACHSMANN, « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 108-110.

la Cour paraît très peu encline à étendre la condition d'indispensabilité au-delà des refus de commercer.

Le second clou pourrait bien provenir de la deuxième affaire dont nous faisons mention. En 2010, la Commission avait ouvert une enquête préliminaire portant sur les pratiques commerciales d'Apple liées à l'iPhone. Parmi les éléments ayant attiré son attention figuraient certaines clauses contractuelles insérées dans les contrats de licences concédées à des développeurs indépendants d'applications pour son iOS. Ces dernières s'avéraient problématiques en ce qu'elles leur imposaient de « *n'utiliser que les outils de programmation natifs d'Apple ainsi que les langues approuvées lors de l'écriture des applications iPhone* »⁵⁹⁸, limitant ainsi leur faculté de recourir à des services concurrents (notamment, le service « Flash » d'Adobe). Dans la mesure où l'affaire fut clôturée de manière informelle, plusieurs questions soulevées – notamment celles en rapport avec la discrimination et la condition d'indispensabilité – demeurent à ce jour sans réponses. Néanmoins, comme le souligne P. Colomo, « *{t}o the extent that dealing with Apple is not indispensable for third-party providers of middleware services {...} it is not clear {...} why the firm's policy would have been problematic under Article 102 TFEU* »⁵⁹⁹.

Ainsi qu'on le constate, il est donc peu probable que notre approche trouve un écho favorable dans le futur, ce qui a pour effet de renforcer la probabilité d'une action fondée sur base de l'article 102 (c) TFUE. En effet, l'incertitude juridique qui entoure cette catégorie particulière d'abus joue indéniablement en sa faveur.

§4. Conclusion

Au travers de cette courte analyse, le lecteur aura effectivement pu se rendre compte que le comportement de l'entreprise de Mountain View ne rentre pas parfaitement « dans le moule » de l'une ou l'autre catégorie traditionnelle d'abus de position dominante.

Prima facie, il apparaît tentant de plaider l'application du jumelage abusif. Cependant, l'on a vu que cette caractérisation n'est possible qu'au prix d'une certaine largesse interprétative de son régime juridique, notamment pour ce qui relève des

⁵⁹⁸ Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante: déclaration d'Apple sur les changements stratégiques concernant l'iPhone », Bruxelles, 25 septembre 2010, IP/10/1175, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/r1Dqjv> (dernière consultation le 3 avril 2015).

⁵⁹⁹ P. COLOMO, « Exclusionary Discrimination Under article 102 TFEU », *op. cit.*, p. 159.

effets d'éviction. À l'inverse, l'on reste dubitatif quant à la caractérisation du biais de Google comme un refus de commercer. Sauf à pouvoir identifier un intrant indispensable auquel l'accès aurait été refusé, cette doctrine nous semble difficilement applicable au cas d'espèce. Qui plus est, quoiqu'il serait excessif d'arguer en faveur d'une légalité *per se* de tout refus unilatéral de commercer⁶⁰⁰, il n'en demeure pas moins qu'« une immixtion dans la liberté de contracter d'une entreprise dominante exige {...} de procéder à une soigneuse mise en balance de considérations divergentes »⁶⁰¹ et doit, selon nous, rester résolument marginale.

Cette conclusion catégorique devra toutefois être nuancée s'il s'avère que Google procède à des déclassements brutaux⁶⁰² de certains moteurs verticaux concurrents ou à leur désindexation complète. En effet, une telle hypothèse pourrait tomber sous le couvert de la jurisprudence *Commercial Solvents*⁶⁰³ qui concerne, non plus le refus de fourniture *de novo*, mais la rupture d'une relation existante⁶⁰⁴. La distinction mérite d'être soulignée dans la mesure où la Commission semble considérer que le risque d'abus est plus élevé dans le second cas, ce qui l'amènera plus facilement à juger l'intrant comme indispensable⁶⁰⁵. En outre, bien que son existence soit contestée en doctrine⁶⁰⁶, ce régime a ceci d'attrayant qu'il semble ne pas requérir la preuve d'un préjudice aux consommateurs. En effet, dans son arrêt *Commercial Solvents*, la Cour avait jugé que l'atteinte à la « structure de concurrence effective » provoquée par le refus litigieux était suffisante que pour établir l'abus⁶⁰⁷.

Malgré la paucité de précédents, nous sommes pourtant d'avis qu'il est fort à parier que, le cas échéant, la Commission articule son raisonnement autour d'une discrimination abusive non tarifaire de « seconde-ligne ». En effet, l'absence de cadre

⁶⁰⁰ Voy. par ex., R. POSNER, *Antitrust Law*, 2^{ème} éd., Chicago, Chicago University Press, 2001, pp. 242-244.

⁶⁰¹ Conclusions présentées par l'Avocat Général Jacobs le 28 mai 1998, aff. C-7/97, *op. cit.*, point. 57.

⁶⁰² L'hypothèse visée n'est donc pas celle de l'affichage préférentiel accordé par Google à ses propres services thématiques, ni celle d'un déclassé endéans les trente premières places du classement.

⁶⁰³ C.J.C.E., arrêt du 6 mars 1974 – *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, aff. Jointes C-6/73 et C-7/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. I-00223.

⁶⁰⁴ En ce sens, S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, pp. 29-30 ; I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, pp. 439-440.

⁶⁰⁵ Voy. Document d'orientation, *op. cit.*, point. 84.

⁶⁰⁶ Voy. *inter alia*, D. GERADIN, « Limiting the Scope of Article 82 EC : What Can The EU Learn From the US Supreme Court's Judgment in *Trinko*, in the Wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom* ? », *C.M.L.R.*, vol. 41, n° 6, 2004, pp. 1519-1553 ; R. SUBIOTTO et R. O'DONOGHUE, « Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC », *E.C.L.R.*, vol. 24, n° 12, 2003, pp. 683-694.

⁶⁰⁷ C.J.C.E., arrêt du 6 mars 1974 – *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, *op. cit.*, point. 32.

analytique clairement ancré dans la jurisprudence plaide en ce sens. Néanmoins, l'on a vu qu'une réponse fondamentale devra être apportée à la question de savoir si la condition d'indispensabilité de l'intrant contenue dans le régime des refus de commercer sera, ou non, étendue aux pratiques non tarifaires emportant une discrimination de seconde ligne. Quoiqu'il apparaisse peu probable que l'approche suggérée soit suivie, il nous semble qu'elle a au moins le mérite de tendre vers une unification des régimes juridiques portant sur ce type de comportements⁶⁰⁸. En tout état de cause, si davantage la Gardienne des traités devait s'engager sur cette voie, l'on ne peut que l'inviter à mettre fin à l'insécurité entourant le statut juridique de cette catégorie particulière d'abus de position dominante.

Enfin, nous clôturerons cette section consacrée au biais dans les résultats en mentionnant deux points cruciaux que nous ne pouvons traiter en détail dans le cadre de ce mémoire. *Primo*, quand bien même l'article 102 TFUE ne reprend pas textuellement la structure trichotomique de l'article 101 TFUE, il n'en demeure pas moins que les institutions de l'UE semblent disposées à recevoir les arguments avancés par les opérateurs dominants pour justifier leur comportement⁶⁰⁹. Partant, si Google venait à être formellement mise en cause, cette dernière pourrait plaider que son biais était soit « *objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs* »⁶¹⁰. Toutefois, si la jurisprudence peut nous servir de guide, il semble virtuellement acquis que la firme californienne éprouvera bien des difficultés à convaincre des mérites de ses justifications. Microsoft – pour ne prendre qu'un exemple – s'y était essayée en invoquant, notamment, la préservation de ses incitations à innover. Le revers que le mastodonte de l'informatique dut essuyer fut aussi cuisant que brutal, le Tribunal estimant que « *la thèse ainsi défendue {...} est incompatible avec la raison d'être de l'exception que cette jurisprudence reconnaît en*

⁶⁰⁸ Le lecteur notera que nous ne plaçons pas ici pour une unification complète de ces régimes ce qui, comme l'a souligné le Tribunal dans son arrêt *Royaume d'Espagne*, aurait pour effet de réduire indûment l'effet utile de l'article 102 TFUE. Voy. Trib. (8^{ème} ch.), arrêt du 29 mars 2012 – *Royaume d'Espagne c. Commission*, aff. T-398/07, non encore publié au *Rec.*, point. 74, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/UwHF29> (dernière consultation le 4 avril 2015).

⁶⁰⁹ Pour des contributions sur la question des justifications objectives des abus de position dominante et de leurs gains d'efficacité, voy. *inter alia*, T. VAN DER VIJVER, « Article 102 TFEU : How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of *prima facie* Dominance Abuses », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 4, n° 2, 2013, pp. 121-133 ; E. ROUSSEVA, « The Concept of 'Objective Justification' of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Comp. L. Rev.*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 27-72.

⁶¹⁰ Document d'orientations, *op. cit.*, point. 28.

la matière en faveur de la libre concurrence {...} »⁶¹¹.

Secundo, à supposer que la Commission adopte une décision de prohibition, son raisonnement quant aux effets anticoncurrentiels du biais de Google sera, à n'en pas douter, attendu au tournant par l'ensemble de la communauté *antitrust*. À cet égard, l'on rappellera que la Gardienne des traités s'est montrée réceptive aux critiques de l'approche formaliste traditionnellement adoptée par les institutions de l'UE, en amorçant dans son Document d'orientation, un glissement vers une approche « plus économique » de la preuve du caractère abusif des comportements unilatéraux (« effects-based approach »). Soit, mais il n'empêche que la jurisprudence de la Cour reste ancrée dans ses fondamentaux, à savoir qu'un abus de position dominante procède d'un comportement « *objectivement de nature* »⁶¹² à restreindre la concurrence. Jusqu'à preuve du contraire, nous sommes d'avis que le célèbre arrêt *Post Danmark* – qui concernait des pratiques de prix ciblés supérieurs aux coûts mises en œuvre par l'opérateur historique postal danois⁶¹³ – ne modifie pas cette conclusion, d'autant plus que le test du concurrent aussi efficace qu'il semble consacrer n'a pas encore été expressément étendu aux pratiques non tarifaires⁶¹⁴. À notre humble avis, il semble qu'un décalage existe entre, d'une part, les enseignements que certains auteurs tirent de cette décision pour consolider un glissement vers une approche basée sur les effets⁶¹⁵, et d'autre part, la pratique administrative et judiciaire dans l'application de l'article 102 TFUE. En effet, rappelons que deux semaines après s'être prononcée dans cette affaire, la Cour confirma l'arrêt *Tomra* du Tribunal⁶¹⁶, lequel s'était pourtant évertué à ignorer l'approche plus économique qu'avait adoptée la

⁶¹¹ T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, *op. cit.*, point. 690.

⁶¹² Trib. (6^{ème} ch.), arrêt du 1^{er} juillet 2010 – *AstraZeneca c. Commission*, *op. cit.*

⁶¹³ C.J.U.E (Gr. Ch.), arrêt du 27 mars 2012 – *Post Danmark A/S c. Konkurrenserådet*, *op. cit.*, points. 20-22.

⁶¹⁴ En ce sens, voy. I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 441 ; D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.*, pp. 885-886.

⁶¹⁵ E. ROUSSEVA et M. MARQUIS, « Hell Freezes Over: A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 4, n° 1, 2013, pp. 32-50 ; D. BOSCO et C. PRIETO, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, *op. cit.*, pp. 806-807 ; F. BIEN et M. KRAH, « The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach », *E.C.L.R.*, vol. 33, n° 10, 2012, pp. 482-487.

⁶¹⁶ Chronologiquement : Commission européenne, décision du 29 mars 2006 – *Prokent-Tomra*, aff. COMP/E-1/38.113, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jjFMDL> (dernière consultation le 22 mars 2015) ; Trib. (5^{ème} ch.), arrêt du 9 septembre 2010 – *Tomra Systems ASA et autres c. Commission*, aff. T-155/06, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, p. II-04361 ; C.J.U.E. (3^{ème} ch.), arrêt du 19 avril 2012 – *Tomra Systems ASA et autres c. Commission*, aff. C-549/10 P, *Rec. numérique*, 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/9sdbK6> (dernière consultation le 20 avril 2015).

Commission dans sa décision, et ce, à la faveur d'un raisonnement formaliste⁶¹⁷. Faisant application des critères abstraits tirés de sa jurisprudence pour rejeter la pertinence d'un test prix-coûts en matière de rabais⁶¹⁸, la Cour alla même jusqu'à disposer que « *le verrouillage d'une partie substantielle du marché par une entreprise dominante ne peut être justifié par la démonstration que la partie du marché susceptible d'être conquise est encore suffisante pour faire place à un nombre limité de concurrents* »⁶¹⁹. Enfin, l'on relèvera que dans son récent arrêt *Intel* précité, le Tribunal a confirmé la réticence des juges de Luxembourg à embrasser une approche fondée sur les effets anticoncurrentiels d'une pratique⁶²⁰.

Section II. Utilisation du contenu original de sites Web tiers

Quoique peu discutée en doctrine, cette pratique, plus connue sous l'appellation de « *moissonnage* », fait néanmoins jaser les auteurs qui s'y sont intéressés. En effet, nombreux sont ceux pour qui le droit de la concurrence ne devrait pas avoir voix au chapitre, car à défaut de violer des droits de propriété intellectuelle, il ne s'agirait là que d'une manifestation de la concurrence par les mérites. Avant d'examiner cette question (Sous-section II et III.), il est néanmoins nécessaire de délimiter les contours de cette pratique (Sous-section I.).

Sous-section I. Prolégomènes

⁶¹⁷ Trib. (5^{ème} ch.), arrêt du 9 septembre 2010 – *Tomra Systems ASA et autres c. Commission*, *op. cit.*, points. 258-272 et 286-290, spéc. point. 287.

⁶¹⁸ C.J.U.E. (3^{ème} ch.), arrêt du 19 avril 2012 – *Tomra Systems ASA et autres c. Commission*, *op. cit.*, points. 67-82, spéc. points. 67 et 73. Sur cette arrêt, voy. *inter alia*, F. MARTY, A.-L. SIBONY et A. WACHSMANN, « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 3, 2012, pp. 101-104.

⁶¹⁹ *Ibid.*, point. 42. Voy. R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, p. 270 qui soulignent que « *this is the precise opposite of what the Guidance Paper says* ». Pour une approche intéressante qui tente de concilier les arrêts *Post Danmark* et *Tomra*, voy. G. ØLYKKE et B. LUNDQVIST, « Post Danmark, now concluded by the Danish Supreme Court : Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test », *E.C.L.R.*, vol. 34, n° 9, 2013, pp. spéc. pp. 489-490 (« *the CJEU seems to be slowly but steadily mapping out an abuse doctrine in two limbs: the first limb is whether the dominant firm is competing on the merits, or not ; and, the second limb, which is only relevant if it is unclear if the conduct reflects competition on the merits, is whether it still may exclude an "as efficient" competitor under article 102 TFEU?* »)

⁶²⁰ Trib. (7^{ème} ch.), arrêt du 12 juin 2014 – *Intel c. Commission*, *op. cit.*, spéc. points. 85, 87 et 103-104. Pour des commentaires, voy. not. P. NIHOUL, « The Ruling of the General Court in *Intel* : Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law ? », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 5, n° 8, 2014, pp. 521-530 ; A. USAI, « The Intel Case: Between Tomra Systems ASA, the Commission's Guidance on Enforcement Priorities, and the alleged infringement of procedural requirements — no fat left on the bone », *E.C.L.R.*, vol. 35, n° 8, 2014, pp. 387-402 ; W. WILLS, « The Judgment of the EU General Court in *Intel* and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance », *World Comp.*, vol. 37, n° 4, 2014, pp. 405-434 ; B. S. JAMES, « The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward », *Eur. Comp. Journal.*, vol. 10, n° 2, 2014, pp. 203-220.

Le « moissonnage » – en anglais, *content scraping* (littéralement, « racler » ou « prélever » en français) – est une technique qui permet d’extraire du contenu d’un site Web en vue de le réutiliser dans une configuration différente, tel que le référencement⁶²¹. D’une manière générale, celle-ci peut concerner tout type de contenu, qu’il s’agisse d’images, de vidéos, ou de textes et peut, en outre, viser l’intégralité d’un site Web, ou une partie seulement de celui-ci.

Selon certains plaignants, Google aurait eu recours à cette méthode pour développer certains de ses services verticaux, tels que « Google *Actualités* », « Google *Shopping* » ou encore « Google *Local* »⁶²². Prenons deux exemples concrets pour faciliter la compréhension du propos : lorsque nous faisons une recherche sur l’« enquête de Google »⁶²³, figure, parmi les résultats générés par Google Search, un cadre contenant des résultats issus du moteur vertical, « Google *Actualités* ». Ce dernier est ce qu’il convient d’appeler un agrégateur de flux d’actualités, en ce qu’il propose aux internautes une sélection réactualisée d’articles de presse, lesquels sont regroupés dans un espace reprenant leur titre (sous la forme d’un hyperlien) et leurs premières lignes (« bribes » ou « snippets »). À n’en pas douter, ce service capte un trafic important que Google prétend partager avec les éditeurs de presse grâce aux hyperliens qui renvoient l’internaute souhaitant consulter un article dans son intégralité vers le site Web du journal correspondant. Cependant, à suivre les éditeurs de presse, la réalité serait tout autre. Selon eux, un nombre grandissant d’utilisateurs se contente de lire les bribes, sans cliquer sur le lien hypertexte renvoyant vers la source du contenu, privant par ce fait les éditeurs de revenus publicitaires. Google exploiterait donc ces courts extraits pour peaufiner sa propre offre d’actualités, parasitant ainsi le travail journalistique et éditorial des médias en ligne, et ce, sans leur fournir de contrepartie.

Dans la même veine, l’on retrouve les plaintes analogues émises par les exploitants de comparateurs de prix et de sites spécialisés dans l’émission d’avis d’internautes. À l’heure actuelle, lorsque nous effectuons une requête portant sur des « restaurants à

⁶²¹ Voy. pour une définition, <http://goo.gl/fNNUYW> (dernière consultation le 21 avril 2015).

⁶²² Le service « Google *Local* » s’est transformé au fil des années. Introduit en 2005, il s’est mué en « Google *Places* », puis en « Google+ *Local* ». Depuis juin 2014, ce dernier est devenu « Google *My Business* » (voy. O. ANDRIEU, « Google My Business : une suite d’outils pour la visibilité des PME », *Abondance.com*, 18 juin 2014, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/B7r4XC> (dernière consultation le 21 avril 2015).

⁶²³ Recherche effectuée le 8 avril 2015.

Bruxelles »⁶²⁴, Google génère un encadré spécifique (un « *One Box* »), intercalé entre les résultats organiques et sponsorisés, contenant une liste de liens en provenance du service spécialisé « Google+ *Local* ». Sauf la question déjà traitée du biais de Google en faveur de ses services « maison », ce *One Box* ne pose, a priori, aucun problème dans la mesure où les informations affichées proviennent de l'index de « Google+ *Local* ». Néanmoins, il fut un temps où Google intégrait dans son offre des contenus (par ex. des avis d'internautes) provenant de ses concurrents en aval (par ex. Yelp !)⁶²⁵. De plus, aux dires des exploitants de sites tels que Yelp !, TripAdvisor ou Amazon, l'entreprise de Mountain View allait jusqu'à brandir la menace d'une désindexation de leur site respectif de son moteur généraliste en cas d'objection⁶²⁶. Or, pour reprendre leurs termes, « *this would be 'webicide' because no site can afford to cut itself from the traffic that Google generates* »⁶²⁷.

Présentée de cette manière, une conclusion d'abus de position dominante semble inévitable ; l'intuition nous pousse à penser que le droit de la concurrence ne saurait tolérer qu'un opérateur verticalement intégré tire profit de sa position dominante sur un marché pour faire chanter ses concurrents en aval. Pourtant, nous allons voir que la situation n'est peut-être pas si évidente qu'elle n'en a l'air...

Sous-section II. Le « moissonnage » et le droit de la concurrence : un mariage (im)possible ?

§1. Une conclusion *prima facie* sans équivoque ?

À notre connaissance, une écrasante majorité de commentateurs s'étant penchés sur la question est d'avis que les autorités de la concurrence n'ont pas à se soucier du « moissonnage » dans la mesure où ce type d'agissements tomberait davantage dans

⁶²⁴ Recherche effectuée le 8 avril 2015.

⁶²⁵ Voy. pour des captures d'écran, FAIRSEARCH, « Google's Transformation From Gateway to Gatekeeper: How Google's Exclusionary and Anticompetitive Conduct Restricts Innovation and Deceives Consumers », *op. cit.* (voy. note n° 147), pp. 29-31.

⁶²⁶ À titre informatif, notons que dans son rapport interne publié par le Wall Street Journal, la FTC indiquait que « *{m}uch of Google's vertical content is currently obtained through feeds from various websites, pursuant to free licenses from those sites for Google to use that data. Google's standard license agreement allows Google to use third parties' data feeds for any purpose. Many publishers {...} have agreed to these terms because they believe they do not have the leverage to negotiate with Google regarding the terms of their licenses, because they want the benefits of appearing in Google's vertical* » (B. MULLINS, R. WINKLER et B. KENDA, « Inside the U.S. Antitrust Probe of Google », *Wall Street Journal*, 19 mars 2015, *op. cit.* (voy. note n° 405).

⁶²⁷ FAIRSEARCH, « Google's Transformation From Gateway to Gatekeeper: How Google's Exclusionary and Anticompetitive Conduct Restricts Innovation and Deceives Consumers », *op. cit.* (voy. note n° 147), p. 29.

l'orbite des pratiques commerciales déloyales ou du droit d'auteur⁶²⁸. *Prima facie*, il est difficile de leur donner tort. En effet, bien qu'une action en concurrence déloyale nous semble devoir être exclue pour les services verticaux de Google ne comportant pas de liens publicitaires (tels que Google « Actualités »)⁶²⁹, une action pour violation du droit d'auteur, ou, le cas échéant, du droit *sui generis* sur les bases de données, nous paraît, en revanche, tout à fait envisageable⁶³⁰. En outre, si le contenu relève du domaine public, aucune autorisation préalable ne sera requise pour son utilisation. De ce fait, l'exploitant du site Web tiers ne sera pas non plus en droit d'exiger une quelconque rémunération. Or, à défaut d'une telle obligation, l'on peine à comprendre pourquoi Google devrait être contrainte à partager ses revenus publicitaires⁶³¹. Enfin, à supposer que l'exploitant d'un site Web tiers ne puisse se prévaloir d'aucune protection légale, celui-ci pourra toujours recourir à la voie contractuelle pour s'opposer au « moissonnage » de son site⁶³².

⁶²⁸ Voy. *inter alia*, S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, p. 34 ; A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *op. cit.*, p. 175 ; M. CARRIER, « Only 'Scraping' the Surface : The Copyright Hole in the FTC's Google Settlement », *UBC. L. Rev.*, vol. 46, n° 3, 2013, pp. 1-19, également disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2391318> (dernière consultation le 8 avril 2015) ; A. LOHSE, « Comment on Google's proposed commitments to the European Commission », *op. cit.*, pp. 9-11 ; A. LAMADRID, « More on Google : is scraping anticompetitive », *chillingcompetition.com*, 14 février 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/01z5HG> (dernière consultation le 8 avril 2015).

⁶²⁹ A. STROWEL, « Google et les nouveaux services en ligne : quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle ? », *op. cit.*, p. 35.

⁶³⁰ En effet, il ressort de l'arrêt *Infopaq* qu'un extrait de presse, aussi restreint soit-il, bénéficie de la protection que lui confère le droit d'auteur, et ce, au même titre qu'un article entier. À notre sens, il en va de même pour les avis d'internautes publiés sur des comparateurs de prix ou sur d'autres moteurs verticaux (C.J.U.E. (4^{ème} ch.), arrêt du 16 juillet 2009 – *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08, *Rec. C.J.U.E.*, 2009, p. I-06569, spéc. point. 35. Sur cet arrêt voy. not. B. MICHAUX, « L'originalité en droit d'auteur, une notion davantage communautaire après l'arrêt *Infopaq* », *A&M*, n° 5, 2009, pp. 473-488). Toutefois, sauf à supposer que les internautes transfèrent la titularité de leur droit à l'exploitant du site, ce dernier ne pourra pas s'en prévaloir. À défaut d'être titulaire d'un droit d'auteur sur les avis, il nous semble, néanmoins, que la base de données d'un tel exploitant est susceptible de bénéficier de la protection offerte par la directive 96/9/CE (voy. Directive (CE) n° 96/9 du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.*, L 77, pp. 20-28). En ce sens, voy. M. HUSOVEC, « The End of (Meta) Search Engines in Europe? », *Chi.-Kent J. Int. Prop.*, vol. 14, n° 1, 2014, pp. 145-172, spéc. pp. 167-169 ; J. KAHLER, « EU Data Base Protection of Website Content With the Online Travel Business as An Example », *US-China L. Rev.*, vol. 9, n° 2, 2012, pp. 93-110.

⁶³¹ S. VAN LOON, « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », *op. cit.*, p. 34 ; A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *op. cit.*, p. 175 ; A. LAMADRID, « More on Google : is scraping anticompetitive », *op. cit.* (voy. note n° 628).

⁶³² Voy. not. le récent arrêt *Ryanair c. PR Aviation* qui autorise explicitement la protection contractuelle en cas d'absence de protection légale, et ce, même par le biais des conditions générales du site Web (C.J.U.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 15 janvier 2015 – *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV*, aff. C-30/14, non encore publié au *Rec.*, point. 45, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/OqeOdo> (dernière consultation le 8 avril 2015)).

La conclusion paraît donc sans équivoque : le mariage du « moissonnage » avec le droit de la concurrence est impossible. Sauf à violer un DPI ou, le cas échéant, une clause contractuelle, la technique du « moissonnage » devrait donc être perçue comme participant à la concurrence par les mérites.

§2. Le dénouement de l'enquête de la FTC : une incise utile ?

À l'instar du biais dans les résultats de la recherche, les allégations de détournement déloyal de contenus furent également au cœur de l'enquête visant Google aux États-Unis. Plus spécifiquement, la FTC s'était interrogée sur les conséquences qu'aurait engendrées cette pratique sur l'innovation et, le cas échéant, sur l'applicabilité de la Section 5 du FTC Act. D'une manière intéressante, trois des cinq commissaires en fonction à l'époque des faits ont « *found the record evidence to support strong concerns about Google's {scraping} conduct* »⁶³³, poussant la firme californienne à consentir à la mise en place d'un mécanisme d'opt-out, permettant aux exploitants de sites Web tiers d'obtenir le déréférencement de leurs contenus de ses services spécialisés, tout en maintenant leur présence dans son moteur généraliste. Néanmoins, l'absence de mise en demeure formelle ou de jugement d'expédient (« Consent decree ») fait qu'il nous est impossible d'analyser le raisonnement suivi par le régulateur étasunien, ce dernier n'ayant pas choisi la voie de la transparence.

L'incertitude quant à la caractérisation du « moissonnage » est, par ailleurs, renforcée par la virulente opinion dissidente du commissaire J. Rosch⁶³⁴. De fait, ce dernier y affirme qu'il n'existe pas de « *legal authority that scraping a rival's public website is a form of exclusionary conduct that is actionable under Section 2 {of the Sherman Act}* »⁶³⁵. Tout en relevant que les conditions d'application du refus de fourniture ne sont pas remplies *in casu*, il souligne également qu'en tout état de cause, la pratique n'a pas porté préjudice aux consommateurs (qu'il s'agisse des internautes ou des annonceurs) ou au processus concurrentiel. Pareillement, les allégations d'atteintes à l'innovation sont, selon lui, dépourvues de fondement dans la mesure où « *overall traffic to the alleged victims increased substantially while the alleged*

⁶³³ Déclaration de la FTC, « Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices *In the Matter of Google Inc.* », *op. cit.*, p. 3 (c'est nous qui soulignons). Il est important de relever qu'en exprimant « *strong concerns* » la voix majoritaire de la FTC n'en a pas pour autant estimé que cette pratique violait le droit antitrust nord américain.

⁶³⁴ J. ROSCH, « Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch Regarding Google's Search Practices – In the Matter of Google Inc., FTC File n° 111-0163, 3 janvier 2012, pp. 1-8, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/J03dtZ> (dernière consultation le 9 avril 2015).

⁶³⁵ *Ibid.*, p. 2.

scraping was occurring and traffic to these websites from Google grew at an even faster rate »⁶³⁶. Le commissaire Rosch en conclut donc que l'usage du contenu de sites Web tiers sans leur autorisation ne viole pas le droit antitrust étasunien et que la FTC n'a pas à devenir « *the enforcer of the copyright laws on the Internet – a task for which it has neither the resources nor expertise, and was surely not envisioned by Congress* »^{637 638}.

§3. Conclusion

Vu à travers le prisme traditionnel du droit de la concurrence, il est, selon nous, certain que le « moissonnage » ne saurait, *en lui-même*, constituer un abus au sens de l'article 102 TFUE. À n'en pas douter, les éditeurs et agrégateurs de presse ainsi que les exploitants de sites spécialisés dans l'émission d'avis d'internautes doivent pouvoir trouver des remèdes à leurs maux. Mais ceux-ci sont à puiser dans les outils existants en matière de DPI. Le cas échéant, il en revient aux législateurs de l'UE et/ou nationaux – et non aux autorités de la concurrence – de palier aux éventuelles lacunes des mécanismes de protection actuellement en vigueur⁶³⁹.

A priori incontestable, cette conclusion ne peut-elle toutefois pas être nuancée s'il est avéré que Google a effectivement fait planer la menace d'une désindexation de son moteur généraliste sur les exploitants de sites Web tiers qui lui refusaient le prélèvement et l'utilisation gratuite de leurs contenus ? Plus encore, que penser des récents développements en Espagne où la firme californienne a tout simplement décidé d'interrompre son service « Google *Actualités* » en réponse à l'adoption d'une loi dite « Google Tax »⁶⁴⁰ ? N'est-il pas abusif au sens de l'article 102 TFUE, pour un

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁶³⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁶³⁸ Bien qu'elle n'ait pas exprimé d'opinion dissidente, la commissaire M. Ohlhausen a largement épousé les arguments avancés par son ancien collègue dans sa déclaration publiée en marge de la conclusion de l'enquête. Voy. M. OHLHAUSEN, « Statement of Commissioner Maureen K. Ohlhausen – *In the Matter of Google Inc.*, FTC File n° 111-0163 », pp. 1-2, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/7fZez1> (dernière consultation le 9 avril 2015).

⁶³⁹ Voy. à cet égard, la réponse éloquentes opposée par la Commission à l'un des plaignants: « *the Commission's concerns cover the fact that Google use original third party information on its specialised search results services without prior authorisation, including the information of newspaper publishers. But they do not cover monetary considerations in this respect. The Commission considers that the issue of payment of third party content is more directly tied to Intellectual Property law* » (in . ICOMP, « ICOMP Response to the Remedies Proposed by Google Inc. in Case COMP/C-3/39.740 », 31 mai 2013, p. 62, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/wvxwCz> (dernière consultation le 9 avril 2015).

⁶⁴⁰ Depuis le 1^{er} janvier 2015, les agrégateurs de contenus – dont Google qui est le principal visé pour son site d'actualités – doivent s'acquitter d'une taxe spéciale lorsqu'ils récupèrent des informations depuis un autre site (voy. pour plus de détails, The Associated Press, « Spain : Google News Vanishes

opérateur dominant de contraindre des rivaux en aval à accepter le « parasitisme forcé » de leurs contenus ?

Dans l'une de ses rares allocutions sur le sujet, J. Almunia mentionnait l'existence d'un « *lien* » entre l'obtention, par Google, du droit d'utiliser des informations en provenance d'autres sites et leur apparition dans Google Search⁶⁴¹. C'est ce lien, disait-il, qu'il faudrait « *sevrer* » afin de restaurer les « *incitations concurrentielles* »⁶⁴². Dans ce contexte, l'on pourrait raisonnablement avancer que l'ancien commissaire pour la concurrence faisait référence aux menaces de déréférencement qu'aurait brandies l'entreprise de Mountain View afin d'obtenir des exploitants de sites Web tiers que ceux-ci acceptent le pillage en règle de leurs contenus. Si tel est le cas, il s'agirait du fait de joindre au « moissonnage » des techniques de contrainte – et non le « moissonnage » *en lui-même* – qui pourrait s'avérer problématique au regard de l'article 102 TFUE. Cependant, si – comme l'affirme le commissaire Rosch – les sites Web tiers ont bénéficié d'une augmentation de trafic en raison du « moissonnage » mis en œuvre par Google, l'on voit mal quelle théorie d'atteinte pourrait être formulée, d'autant plus que les internautes ne semblent pas avoir été préjudiciés, que du contraire.

La Commission avait avancé l'idée que la pratique aurait pu dissuader les concurrents à investir dans la création de nouveaux contenus au bénéfice des internautes⁶⁴³. Néanmoins, dans la foulée, J. Almunia prévenait les plaignants – lesquels souhaiteraient pouvoir contrôler la manière dont Google fait usage de leurs contenus – que « *it is important to realise that competition-law tools have their limits. They cannot be a panacea for issues that relate solely to the nature of IP protection* »⁶⁴⁴. Autrement dit, la Gardienne des traités semble avoir elle-même adressé les limites inhérentes à une théorie d'atteinte difficile à articuler *in casu*. Par conséquent, la conclusion *prima facie* devrait, à notre sens, être maintenue. De fait,

Amid 'Google Tax' Spat », *International New York Times*, 16 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/y84lgz> (dernière consultation le 9 avril 2015).

⁶⁴¹ J. ALMUNIA, « Intellectual property and competition policy », IP Summit 2013, Paris, 9 décembre 2013, SPEECH/13/1042, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/q81Vuv> (dernière consultation le 8 avril 2015).

⁶⁴² *Ibid.* Le lecteur notera également que J. Almunia a également précisé que « *{t}his competition issue is irrespective of the IP situation because it is about the link that Google creates between general searches and specialised ones – such as when you look for news, items to buy online, and restaurants in your area* » (c'est nous qui soulignons).

⁶⁴³ J. ALMUNIA, « Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation », Bruxelles, 21 mai 2012, SPEECH/12/372, *op. cit.*, (voy. note n° 92).

⁶⁴⁴ J. ALMUNIA, « Intellectual property and competition policy », *op. cit.* (voy. note n° 641).

soutenir le contraire comporterait le risque fonder un raisonnement articuler exclusivement sur des considérations liées l'équité, concept ô combien nébuleux.

Cela étant, l'esprit du Traité n'exige-t-il pas, à tout le moins, que nous nous engageons sur cette pente glissante et dangereuse ? L'interrogation mérite, à tout le moins, que l'on s'y attarde, d'où notre prochaine sous-section.

Sous-section III. Une autre lecture du « moissonnage »

Ainsi que l'on vient de le voir, le « moissonnage » auquel s'est adonnée Google ne pourrait être condamnée au regard de l'objectif de poursuite du bien-être du consommateur. Néanmoins, cette conclusion n'est-elle pas injuste ? Plus fondamentalement encore, la politique de la concurrence a-t-elle à se soucier de considérations liées à l'équité ?

§1. Les mérites d'une approche fondée sur des considérations liées à l'équité

L'existence d'un impératif de « *loyauté dans la concurrence* »⁶⁴⁵ apparaissait déjà dans le Traité de Rome qui l'évoquait dans son Préambule. Dans la même veine, l'article 102 TFUE prohibe expressément l'imposition de « *conditions de transaction non équitables* »⁶⁴⁶. Malgré ces deux prescriptions, force est toutefois de constater que rares sont les auteurs qui accordent une quelconque importance aux considérations liées à l'équité en droit de la concurrence⁶⁴⁷. Le rôle de ce concept nébuleux semble d'ailleurs quelque peu chimérique dans la mesure où son « *content and scope has not been explored much in contrast to other branches of law and economics* »⁶⁴⁸. Pourtant, l'on ne saurait simplement ignorer, par souci de commodité, l'existence d'un objectif, dont les exigences sont susceptibles de mettre à mal la réalisation de

⁶⁴⁵ Préambule du Traité instituant la Communauté économique européenne, non publié au *J.O.U.E.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/b0z00j> (dernière consultation le 8 avril 2015), p. 11.

⁶⁴⁶ Art. 102, (a), T.F.U.E.

⁶⁴⁷ M. VAN DER WOUDE, « Unfair and Excessive Prices in the Energy Sector », in *European Competition Annual 2007 : A Reformed Approach to Article 82 EC* (sous la dir. de C.-D. EHLERMANN et M. MARQUIS), Oxford, Hart Publishing, 2008, pp. 617-642. Pour une critique du rôle de l'équité, voy. L. KAPLOW et S. SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, 1^{ère} éd., Cambridge et Londres, Harvard University Press, 2002, pp. 1-576, spéc. pp. 52-58. L'argument central développé par ces auteurs repose sur l'idée que l'application d'un principe d'équité, envisagé comme un objectif autonome, pourrait, *in fine*, avoir pour effet de porter préjudice aux individus.

⁶⁴⁸ P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law : Law and Economics Approaches*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2012, p. 147.

l'efficacité économique et du bien-être⁶⁴⁹.

Dans la précédente section, nous avons vu que la poursuite du bien-être du consommateur s'impose aux yeux de certains comme le but ultime du droit de la concurrence de l'UE. Or, il semble indéniable que le « moissonnage », dont certains sites Web tiers ont été les « victimes », a globalement favorisé leur croissance tout en améliorant l'expérience en ligne des internautes (par ex. en leur économisant du temps à chercher des avis d'internautes). De fait, l'adoption d'une approche fondée sur l'équité serait, *prima facie*, en contradiction avec l'idée qui veut que le droit de la concurrence s'évertue à protéger la concurrence et non les concurrents. Néanmoins, l'existence d'un conflit n'est-elle pas *nécessaire* pour permettre à ce concept d'opérer ? Dans l'affirmative, comment réconcilier les objectifs d'équité et de bien-être⁶⁵⁰ ?

À n'en pas douter, ces questions pourraient faire l'objet de longs développements. Néanmoins, pour les besoins de ce mémoire, le lecteur nous pardonnera d'aller droit au but : ce qui nous paraît gênant dans la conduite de Google réside dans son aspect coercitif, en ce sens que les « victimes » du « moissonnage » n'avaient pas d'autre *choix* que d'y consentir dès lors qu'être déréférencé de Google Search n'était pas « *a sustainable business option for most web sites* »⁶⁵¹. La question clé est donc de savoir si une clause contractuelle imposée au moyen de la coercition, par un opérateur dominant à un partenaire économique, constitue une condition de transaction non équitable au sens de l'article 102 (a) TFUE. La réponse nous semble devoir tendre vers l'affirmative. De fait, ni le Traité ni la jurisprudence n'ont à ce jour défini le concept d'équité comme envisagé par cette disposition. Cependant, dans la mesure où le droit de la concurrence est étroitement imbriqué avec d'autres branches du droit, il serait opportun « *{to} investigate what 'fairness' may mean in a broader legal sense seeking insights into conceptualising 'fairness' under Article 102* »⁶⁵². S'étant prêtée à l'exercice – en ayant particulièrement égard au droit des contrats en général – P.

⁶⁴⁹ Sur la question du caractère parfois antinomique des objectifs d'équité et de bien-être en droit de la concurrence de l'UE, voy. P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law : Law and Economics Approaches*, *op. cit.*, pp. 185-267.

⁶⁵⁰ À cet égard, voy. l'analyse réalisée par P. Akman qui démontre que « *the concept of fairness does not function effectively on its own* », in P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law : Law and Economics Approaches*, *op. cit.*, pp. 185-267.

⁶⁵¹ Commission européenne, communiqué de presse, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competitions concerns – questions and answers », *op. cit.* (voy. note n° 275).

⁶⁵² P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law : Law and Economics Approaches*, *op. cit.*, p. 157.

Akman constate que « *in cases where ‘abuse’ under Article 102 involves illegitimate pressure whose practical effect is compulsion on or lack of a practical choice for the victim and this pressure is significant cause inducing the victim to enter into the contract, then it becomes clear that the concepts of ‘abuse’ and ‘economic duress’ are very similar* »⁶⁵³. L’on peut donc raisonnablement affirmer que parmi les « *autres conditions non équitables* »⁶⁵⁴ prohibées par le Traité, figurent celles imposées sous la contrainte.

L’esquisse ainsi dressée d’une approche fondée sur l’équité permet d’appréhender le « moissonnage » sous une autre lumière. Sous cet angle, une conclusion *prima facie* d’abus de position dominante pourrait s’argumenter. Cela étant, l’on ne perdra pas de vue que l’intuition s’avère parfois trompeuse. Partant, il nous semble nécessaire de procéder à une introspection de la jurisprudence avant de dresser une conclusion définitive.

§2. Leçons du passé

Une première affaire qui mérite d’être relevée est celle qui vit le fournisseur de machines d’emballage, Tetra Pak, être condamné pour avoir, notamment imposé à ses acheteurs et locataires une série d’obligations contractuelles particulièrement inéquitables. La Commission – suivie par le Tribunal et la Cour⁶⁵⁵ – avait, entre autres, considéré que les différentes interdictions imposées aux acheteurs en matière de configuration des machines étaient « *sans lien avec l’objet du contrat* » et « *priv{aient} l’acheteur de certains attributs du droit de propriété* » tout en ayant « *pour effet de rendre le client totalement dépendant du matériel et des services de Tetra Pak* »⁶⁵⁶. La Gardienne des traités avait également fustigé l’obligation imposée aux acheteurs d’informer Tetra Pak de tout perfectionnement ou modification technique apportée au matériel et de lui en réserver la propriété. En effet, une telle clause avait pour effet de priver l’acheteur « *du droit de disposer comme il l’entend du bénéfice de son invention et d{evait} être, en outre, considéré comme une*

⁶⁵³ *Ibid.* (c’est nous qui soulignons).

⁶⁵⁴ Art. 102, (a), T.F.U.E.

⁶⁵⁵ Chronologiquement: Commission européenne, décision du 24 juillet 1991 – *Tetra Pak II*, aff. IV/31/043, *J.O.C.E.*, L 72, 18 mars 1992, pp. 1-68 ; T.P.I.C.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 6 octobre 1994 – *Tetra Pak International SA c. Commission*, aff. T-83/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1994, p. II-00755 ; C.J.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 14 novembre 1996 – *Tetra Pak International SA c. Commission*, aff. C-333/94 P, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-05951.

⁶⁵⁶ Commission européenne, décision du 24 juillet 1991 – *Tetra Pak II*, *op. cit.*, point. 107.

condition de transaction inéquitable »⁶⁵⁷.

Dans l'affaire *Asatel*⁶⁵⁸, la Cour était appelée à statuer sur une question préjudicielle posée par le Tribunal de grande instance de Strasbourg, lui-même saisi d'un litige opposant une société de télécommunication, leader sur le marché régional alsacien, à une entreprise de main d'œuvre et de services. *In casu*, se posait la question de savoir s'il était abusif pour un opérateur dominant d'imposer certaines clauses léonines à ses clients. La Cour fut d'avis que dans certaines circonstances, « *le caractère indéterminé du prix des avenants entraînés par ces modifications, sa fixation unilatérale par {l'opérateur dominant}, ainsi que la reconduction automatique du contrat pour quinze ans {...} peuvent constituer {...} des conditions de transaction non équitables interdites {...} par l'article {102} du traité* »⁶⁵⁹. Il semblerait que dans cette affaire l'iniquité des conditions de transaction trouvait sa source dans le caractère oppressif et inégal des clauses litigieuses pour le client.

Enfin, dans une affaire plus récente, la Commission condamna la société de télécommunications Telekomunikacja Polska (TP) pour avoir abusé de sa position dominante sur les marchés polonais de l'accès à large bande⁶⁶⁰. Outre le refus de donner accès à son réseau et de fournir certains grossistes, TP fut également stigmatisée pour avoir inséré dans ses contrats standards, des clauses particulièrement désavantageuses pour ses clients, lesquelles ne satisfaisaient même pas certains critères minimaux de référence⁶⁶¹. Cette dernière affaire retient surtout notre attention, car la Gardienne des traités y a tenu compte du fait que « *there was no room for negotiation {thus clients} were either forced to accept TP's proposals or to abandon the negotiations* »⁶⁶².

À dire vrai, la paucité de décisions en matière de conditions de transaction non équitables et abusives est probablement révélatrice d'un certain malaise des institutions de l'UE à recourir à un concept aussi vague et nébuleux que celui de l'équité. En effet, bien qu'il soit indéniable que ces dernières y ont recours pour

⁶⁵⁷ *Ibid.*, point. 115 (c'est nous qui soulignons).

⁶⁵⁸ C.J.C.E. (6^{ème} ch.), arrêt du 5 octobre 1988 – *Asatel c. SA Novasam*, aff. 247/86, *Rec. C.J.C.E.*, 1988, p. I-05987 (c'est nous qui soulignons).

⁶⁵⁹ *Ibid.*, point. 11.

⁶⁶⁰ Commission européenne, décision du 22 juin 2011 – *Telekomunikacja Polska*, aff. COMP/39.525, points. 714-721, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/7RxXdo> (dernière consultation le 11 avril 2015) (c'est nous qui soulignons). Sur cette décision, voy. *inter alia*, F. MARTY, A.-L. SIBONY ET A. WACHSMANN, « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 1, 2012, pp. 103-107.

⁶⁶¹ *Ibid.*, points. 714-721.

⁶⁶² *Ibid.*, points. 716 et 718.

apprécier le caractère abusif d'une pratique, il est tout aussi clair qu'il n'existe, à ce jour, aucun test unique ou de conception unitaire de la notion d'équité⁶⁶³.

§3. Conclusion

L'absence de cadre analytique cohérent rend malaisée l'appréciation du caractère (non) équitable du comportement de Google au regard de l'article 102 (a) TFUE. Selon R. O'Donoghue et J. Padilla, il semblerait toutefois que trois éléments doivent, à tout le moins, être réunis⁶⁶⁴. Tout d'abord, il faut que la clause litigieuse soit en lien avec l'objet du contrat et nécessaire pour permettre l'efficacité de celui-ci. Dans l'hypothèse où ladite clause ne produirait aucun avantage pour les consommateurs, l'abus pourrait être présumé. Ensuite, celle-ci ne sera répréhensible que dans la mesure où elle porte atteinte aux intérêts du cocontractant. Tel est généralement le cas lorsque ce dernier renonce à un droit auquel il n'aurait pas renoncé sous des conditions compétitives. Enfin, à supposer que la clause soit nécessaire pour assurer une certaine efficacité au contrat, son caractère raisonnable et proportionné devra être examiné.

Ainsi que le lecteur l'aura constaté, confrontée à un tel test, la conduite de Google pourrait s'avérer être en contradiction avec la lettre et l'esprit du Traité. Néanmoins, les informations dont nous disposons à ce jour sont insuffisantes que pour porter un jugement définitif sur la question. Par ailleurs, l'on est en droit de se demander s'il est véritablement approprié de recourir au concept d'équité dans ce contexte. En effet, à supposer que l'ensemble des acteurs concernés ait bénéficié de sa mise en œuvre, la condamnation du « moissonnage » litigieux pour des motifs à l'équité ne trahirait-elle pas l'objectif de protéger la concurrence et non les concurrents ? Le lecteur aura sans doute deviné notre position, mais nous laissons cette question ouverte à réflexion.

Section III. Accords d'exclusivité et restrictions contractuelles à la portabilité

Au cours des précédents chapitres, nous avons vu que l'accumulation de données personnelles est au cœur du modèle économique de Google et de son pouvoir de

⁶⁶³ P. AKMAN, *The Concept of Abuse in EU Competition Law : Law and Economics Approaches*, op. cit., p. 156. L'auteur remarque que « 'fairness' has been understood as absolute necessity, equality, proportionality, transparency, objectivity, certainty and so regarding the practices of dominant undertakings ».

⁶⁶⁴ R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, op. cit., p. 859.

marché. D'une part, elles lui permettent d'améliorer la qualité subjective des résultats de son moteur généraliste, ce qui, à court terme, contribue à la fidélisation des internautes et, à plus long terme, à engendrer leur enfermement dans son écosystème⁶⁶⁵. D'autre part, ce sont également ces données personnelles qui attirent les annonceurs sur la face payante de la plateforme, ces derniers étant prêts à délier la bourse pour profiter des propriétés spécifiques de ciblage offert par le service de publicité contextuelle proposé par Google.

Vu l'importance grandissante de la « *currency of today's digital market* »⁶⁶⁶, les autorités de la concurrence se doivent de faire preuve d'une vigilance accrue afin de contrer les stratégies mises en œuvre aux fins d'acquérir et de retenir des données personnelles de manière anticoncurrentielle. Dans ce contexte, il nous a semblé opportun de regrouper dans une même section l'analyse sommaire portant sur les deux dernières pratiques litigieuses, à savoir les accords d'exclusivité conclus entre Google et certains de ses partenaires commerciaux (Sous-section I.) et sur les restrictions contractuelles qui limiteraient la portabilité des campagnes publicitaires *AdWords* vers des plateformes concurrentes (Sous-section II.). À notre sens, ces deux comportements reflètent les deux faces d'une même stratégie qui concerne l'acquisition de données personnelles et qui vise à empêcher les annonceurs de « multi-héberger ».

Sous-section I. Accords d'exclusivité conclus avec certains partenaires commerciaux

§1. Prolégomènes

Ce dont il est question ici, ce sont les clauses d'exclusivité qu'imposerait Google « à des partenaires publicitaires, en leur interdisant de disposer certains types de publicités fournies par des concurrents sur leur site Web, ainsi qu'aux fournisseurs d'ordinateurs et de logiciels, ce dans le but d'exclure des outils de recherche concurrents »⁶⁶⁷. Partant, il semblerait que deux séries de partenaires commerciaux

⁶⁶⁵ Or, l'on sait maintenant qu'au delà de ses parts de marché exorbitantes, c'est surtout cette formidable capacité à dissuader les internautes de recourir à un autre moteur de recherche qui témoigne de son emprise sur le marché.

⁶⁶⁶ V. REDING, « The EU Data Protection Reform 2012 : Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age », Innovation Conference Digital, Life, Design, Munich, 22 janvier 2012, SPEECH/12/26, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/4RzAJV> (dernière consultation le 5 avril 2015).

⁶⁶⁷ Commission européenne, communiqué de presse, « Antitrust: La Commission enquête sur des allégations d'infraction aux règles antitrust par Google, *op. cit.* (voy. note n° 88).

soient affectées par la pratique « exclusivisante » de la firme californienne :

(i) En premier lieu, l'on retrouve certains éditeurs *AdSense* – c'est-à-dire, des sites Web de tiers (tels que des sites de journaux) qui recourent aux services d'*intermédiation* en ligne de l'entreprise californienne. Pour faire simple : dans le cadre de son réseau AFC⁶⁶⁸, Google interdirait aux éditeurs partenaires d'afficher des annonces fournies par des réseaux concurrents⁶⁶⁹ sur les pages où apparaissent des publicités générées par Google. En ce qui concerne son réseau AFS, Google imposerait aux partenaires « *d'afficher trois annonces Google, en un seul bloc continu et dans une meilleure position que toute annonce similaire ou identique fournie par un autre réseau* »^{670 671}.

(ii) En deuxième lieu, il y a les fournisseurs d'ordinateurs et de logiciels qui dénoncent les clauses contenues dans leurs contrats de *distribution* qui les obligeraient à installer, par défaut, dans leurs produits les services de Google, tels que sa barre de recherche. À cet égard, il suffit de repenser aux accords passés avec Mozilla, Apple, et Opera pour la distribution par défaut de Google Search dans leur navigateur Internet respectif (Firefox, Safari et Opera)⁶⁷².

§2. Les pratiques « exclusivisantes » de Google : abus de position dominante ?

À n'en pas douter, les pratiques décrites ci-dessus sont susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'article 102 TFUE (voir même de l'article 101 TFUE)⁶⁷³. Ceci est d'autant plus vrai que les institutions de l'UE leur ont souvent témoigné une âpre fermeté, même si l'on observe un certain infléchissement vers une approche

⁶⁶⁸ Pour la distinction des services AFC et AFS, voy. *supra*. la note n° 74.

⁶⁶⁹ Par exemple, ceux de ZanoX (<http://www.zanox.com/fr/editeurs/>) ou de Advertising.com (<http://goo.gl/RZimc9>). Il est à noter que ces intermédiaires ne fournissent pas de service analogue au service AFS puisqu'il ne propose pas d'outil de recherche.

⁶⁷⁰ Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 309.

⁶⁷¹ L'un des plaignants dans l'affaire Google – Ciao! – a conclu deux accords de ce type avec Google en 2004 et 2009. Néanmoins, le spectre des éditeurs concernés par ces contrats est beaucoup plus large puisqu'il englobe des entreprises tels que *Amazon, Ask.com, CNN, Deutsche Telecom, eBay, Vivendi*, et de nombreuses autres. (voy. ICOMP, « Market test submissions », Annex I, pp. 12-13, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/lkCXAd> (dernière consultation le 5 avril 2015).

⁶⁷² Voy. nos précisions *supra*. aux notes infrapaginales n°s 351 et 354.

⁶⁷³ Le lecteur notera que nous n'aborderons cette pratique que sous l'angle de l'article 102 TFUE. Néanmoins, vu ses parts de marché, il semble acquis que Google ne puisse bénéficier de l'exemption par catégorie du règlement 330/2010 (Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.U.E.*, 23 avril 2010, L 102, pp. 1-7., spéc. articles 3 et 6).

moins formaliste et davantage fondée sur une règle de raison⁶⁷⁴.

Selon la Commission, « *{t}he agreements result in de facto exclusivity {...}, thus shutting out competing providers of search advertising intermediation services* »⁶⁷⁵.

En effet, par le biais de ces exclusivités, Google est en mesure d'accroître le degré de captivité sur les deux versants de sa plateforme, verrouillant ainsi l'accès de concurrents aux débouchés. Qu'il s'agisse des contrats d'intermédiation ou de distribution, le résultat est bien le même : ni les internautes ni les annonceurs n'ont réellement d'incitation à recourir au service proposé par un rival de la firme de Mountain View. Dès lors, la théorie d'atteinte pourrait être articulée autour d'une potentielle forclusion des moteurs de recherche concurrents, ces derniers pouvant se retrouver dans l'incapacité de générer une échelle de trafic suffisante à leur rentabilité⁶⁷⁶. Une telle approche paraît d'autant plus judicieuse qu'elle trouve des échos favorables dans la jurisprudence des juges de Luxembourg.

En effet, dès 1975, la Cour soulignait dans l'affaire *Suiker Unie* que de telles clauses « *peuvent être constitutives d'abus lorsque, à défaut d'opérateurs indépendants à même de commercialiser sur une échelle suffisamment vaste le produit dont s'agit, les concurrents {...} sont pratiquement réduits à adresser {à l'opérateur dominant} s'ils désirent écouler {leurs} produit{s}* »⁶⁷⁷. Quelques années plus tard, dans son arrêt principal, *Hoffman-La Roche*, la Cour jugeait que « *pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier – fût-ce à leur demande – des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article {102} du traité {...} {car ils} tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres producteurs* »⁶⁷⁸.

⁶⁷⁴ Sur cette question, voy. R. O'DONOGHUE et J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, *op. cit.*, pp. 429-432.

⁶⁷⁵ J. ALMUNIA, « Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation », Bruxelles, 21 mai 2012, SPEECH/12/372, *op. cit.* (voy. note n° 92).

⁶⁷⁶ En ce sens, A. ÖZKAN et A. VANBERG, « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *op. cit.*, p. 174 ; I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 430.

⁶⁷⁷ C.J.C.E., arrêt du 16 décembre 1975 – *Coöperatieve Vereniging 'Suiker Unie' UA et autres c. Commission*, affs. jointes C-40 à 48/73, C-50/73, C-54/73, C-111/73, C-113/73 et C-114/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1975, p. I-01663, point. 486.

⁶⁷⁸ C.J.C.E., arrêt du 13 février 1979 – *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, *op. cit.*, points. 89-90 (c'est nous qui soulignons).

Enfin, relevons également l'affaire *Van den Bergh Foods* à l'occasion de laquelle le Tribunal était appelé à se prononcer sur la licéité d'une interdiction contractuelle imposée par un producteur dominant de crèmes glacées à ses distributeurs de stocker des crèmes glacées concurrentes dans les congélateurs qu'il mettait à leur disposition. Dans son arrêt, confirmé par la Cour sur pourvoi, le Tribunal estima que « *{le} fait, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, de lier de facto – fût-ce à leur demande – 40 % des points de vente du marché de référence par une clause d'exclusivité, qui opère en réalité comme une exclusivité imposée à ces points de vente, constitue l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article {102} du traité. En effet, la clause d'exclusivité a pour effet d'empêcher les détaillants concernés de vendre d'autres marques de glaces ou de réduire leur possibilité de réaliser de telles ventes, et ce alors même qu'il y a une demande pour de telles marques, et à empêcher l'accès du marché de référence aux fabricants concurrents.* »⁶⁷⁹.

Prima facie, il semble donc acquis que les accords litigieux pourront être considérés comme abusifs dans la mesure où ils réduisent substantiellement le choix des partenaires commerciaux de Google, tout en entravant potentiellement l'accès au marché des moteurs de recherche concurrents.

Dans son document de réflexion portant sur l'application de l'article 102 TFUE, la Commission avait affirmé que de tels accords « *have by their nature the capability to foreclose* »⁶⁸⁰. Nonobstant cette grande déclaration, force est de constater que la Gardienne des Traités se refuse à intervenir dans les cas où les consommateurs, dans leur ensemble, y trouvent leur avantage⁶⁸¹. C'est donc une approche au cas par cas qui est préconisée dans le Document d'orientation, lequel précise également les différents facteurs susceptibles d'influer sur sa décision. D'une manière générale, il faudra donc vérifier que les clauses d'exclusivité qu'impose Google (i) couvrent de « *nombreux* » clients et (ii) que celles-ci, « *présent collectivement, {aient} pour effet d'empêcher l'entrée ou l'expansion d'entreprises concurrentes* »⁶⁸². L'on relèvera toutefois que

⁶⁷⁹ T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 23 octobre 2003 – *Van den Bergh Foods Ltd c. Commission*, aff. T-65/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. II-04653, points. 159-160.

⁶⁸⁰ Document de réflexion, *op. cit.*, point. 148.

⁶⁸¹ Voy. le Document d'orientation, *op. cit.*, point. 34.

⁶⁸² *Ibid.*, point. 34. L'on relèvera que dans son document de réflexion précité, la Commission semblait encline à inférer la seconde condition de la première (voy. Document de réflexion, *op. cit.*, point. 149, « *Where the dominant company applies a single branding obligation to a good part of its buyers and this obligation therefore affects, if not most, at least a substantial part of market demand, the Commission is likely to conclude {to} an abuse* ») (c'est nous qui soulignons).

« *while a limited number of exclusive agreements may not raise competition law issues, a network of exclusive agreements may be highly problematic* »⁶⁸³. À supposer que les contrats litigieux couvrent une partie importante de la clientèle – ou, à défaut, constituent un réseau de contrats exclusifs – il conviendra également d’avoir égard à certains facteurs plus généraux, tels que les positions respectives de Google, de ses concurrents et de ses clients, la portée des accords litigieux (par ex. leur durée), les preuves éventuelles d’une éviction réelle et les preuves directes d’une stratégie d’éviction⁶⁸⁴. Notons, cependant, que la Commission estime que « *si l’entreprise dominante est un partenaire commercial incontournable pour la plupart ou la totalité des consommateurs, même une obligation d’achat exclusif de courte durée peut entraîner une éviction anticoncurrentielle* »⁶⁸⁵.

§3. Conclusion

Le lecteur l’aura compris, nous sommes d’avis que les accords d’exclusivité conclus par Google sont susceptibles d’être qualifiés d’abusifs. Néanmoins, trois remarques s’imposent.

Tout d’abord, comme le relèvent I. Lianos et E. Motchenkova, le Document d’orientation ne fournit pas de pourcentage exact ou indicatif du degré de forclusion requis pour l’application de l’article 102 TFUE⁶⁸⁶. Ces derniers proposent une solution à laquelle nous adhérons, qui consisterait à reprendre par analogie, les seuils mentionnés dans les lignes directrices sur les restrictions verticales. Ce faisant, la forclusion anticoncurrentielle pourrait être plaidée pour peu que des preuves d’une forclusion d’au moins 40 % du marché de la publicité liée aux recherches soient apportées⁶⁸⁷.

Ensuite, n’oublions pas qu’en tout état de cause, Google pourra plaider que ses accords présentent des gains d’efficacité ou sont objectivement nécessaires⁶⁸⁸. S’il est peu probable que les premiers puissent compenser les éventuels effets anticoncurrentiels, l’on attirera néanmoins l’attention sur une justification objective avancée par l’entreprise de Mountain View au cours de l’enquête et qui concerne son

⁶⁸³ D. GERADIN et M. KUSCHEWSKY, « Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a Complex Issue », *op. cit.*, p. 8.

⁶⁸⁴ Document d’orientation, *op. cit.*, point. 20.

⁶⁸⁵ *Ibid.*, point. 36.

⁶⁸⁶ I. LIANOS et E. MOTCHENKOVA, « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *op. cit.*, p. 431.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 432.

⁶⁸⁸ Voy. Document d’orientation, *op. cit.*, point. 46.

service AFS. À cet égard, l'on a vu précédemment que Google imposerait aux partenaires d'afficher ses annonces dans un bloc continu tout en leur accordant une meilleure position que toute autre annonce fournie par un autre réseau. Selon l'entreprise californienne, une telle clause est nécessaire pour assurer la viabilité de ce service et ainsi permettre aux partenaires d'obtenir une part des revenus qui en découlent.

Enfin, il est à noter qu'à l'occasion des négociations avec la Commission, Google s'était engagée « à ne plus inclure, dans ses accords avec les éditeurs, toute disposition ou toute obligation non écrite exigeant, de droit ou de fait, des éditeurs qu'ils s'adressent exclusivement à Google pour satisfaire leurs besoins en matière de publicité liée aux recherches effectuées par les utilisateurs de l'EEE »⁶⁸⁹. De ce fait, en admettant que Google s'y soit conformée, la question qui se pose est plutôt de savoir si la Commission s'en satisfera ou si elle estimera que le remède ne permet pas de réparer le préjudice causé par des années d'exclusivité.

Sous-section II. Restrictions contractuelles à la portabilité des campagnes publicitaires

§1. Prolégomènes

Dans l'air du temps, le comportement consistant à restreindre la portabilité des campagnes publicitaires peut être perçu comme le yang au yin que sont les accords exclusifs. Complémentaires, ces deux pratiques viseraient toutes deux à verrouiller les clients par la privation *de facto* de leur possibilité d'héberger leurs campagnes sur des plateformes rivales. Cependant, les limitations qu'impose Google à la portabilité des données diffèrent de ses pratiques « exclusivisantes » en ce qu'elles empêcheraient l'acquisition, par des moteurs de recherche concurrents, de données personnelles par la mise en place d'entraves à l'interopérabilité entre les différentes interfaces annonceurs.

Chose étonnante, cette attitude – pour peu qu'elle soit avérée – tranche avec le parti pris de Google d'adopter une stratégie d'ouverture de sa plateforme en s'appuyant, d'une part, sur des logiciels *open source*, et, d'autre part, en développant des interfaces de programmation d'application (*Application Program Interfaces* ou

⁶⁸⁹ Commission européenne, aff. COMP/C-39.740 – *Google*, *op. cit.*, point. 13.

« APIs »⁶⁹⁰) favorables à la promotion et au développement de ses services⁶⁹¹. Car, au fond, ce sont bien les APIs – et leur absence d’interopérabilité –, qui sont au cœur du problème. En effet, aux dires de J. Almunia, la Commission est « *concerned that Google imposes contractual restrictions on software developers which prevent them from offering tools that allow the seamless transfer of search advertising campaigns across AdWords and other platforms for search advertising* »⁶⁹². Comprenez par là que l’entreprise de Mountain View empêcherait les annonceurs d’utiliser leurs campagnes publicitaires *AdWords* d’une manière interopérable avec d’autres plateformes offrant un service de publicité liée aux recherches (tel que l’*AdCenter* de Bing)⁶⁹³. Il en résulterait que « *{c}haque annonceur serait ainsi contraint d’implémenter ses campagnes de publicité sur chaque plateforme publicitaire, ce qui désavantagerait les petits moteurs de recherche, qui ne génèrent pas le même trafic et donc la même utilité pour les annonceurs* »⁶⁹⁴.

⁶⁹⁰ Une API est une interface de programmation qui a pour objet de fournir les outils logiciels de nature à permettre l’interaction entre plusieurs applications informatiques. Ce faisant, les APIs sont au cœur de la compatibilité des programmes informatiques. Voy. pour plus de détails, P. CHANTEPIE, « D’une économie de recherche d’informations à une plate-forme d’économie informationnelle », in *Google et les nouveaux services en ligne* (sous la dir. de A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE), Bruxelles, Larcier, 2008, p. 106 ; A. KATZ, « Google, APIs and the Law. Use, Reuse and Lock-In », in *Google and the Law : Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* (sous la dir. de A. LOPEZ-TARUELLA), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 287-288.

⁶⁹¹ P. CHANTEPIE, « D’une économie de recherche d’informations à une plate-forme d’économie informationnelle », *op. cit.*, p. 107. À cet égard, un bon exemple est le service « *Google Takeout* » qui permet à un utilisateur de sauvegarder l’intégralité de ses données depuis certains autres services Google (par ex. G-mail) au sein d’une archive au format .zip (format par défaut) pour ensuite pouvoir les télécharger localement sur un autre support de stockage voy, <https://www.google.com/settings/takeout> (dernière consultation le 6 avril 2015).

⁶⁹² J. ALMUNIA, « Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation », Bruxelles, 21 mai 2012, SPEECH/12/372, *op. cit.* (voy. note n° 92).

⁶⁹³ Notons que d’autres allégations liées à la dégradation, par Google, de l’interopérabilité de ses services ont été avancées par certains plaignants. Tout d’abord, Google aurait mis en place des mesures techniques qui empêcheraient les moteurs de recherche concurrents d’indexer correctement les liens du site *Youtube*. Ensuite, la société californienne aurait refusé aux smartphones tournant sous l’OS Windows (« *Windows Phone* ») d’utiliser les métadonnées de *Youtube* de la même manière que pour les smartphones tournant sous Android et iOS (iPhone) (voy. à cet égard, ICOMP, « La politique antitrust de Google observée au microscope », *op. cit.* (voy. note n° 396), pp. 15-16 ; B. SMITH, « Adding our Voice to Concerns about Search in Europe », blog officiel de Microsoft, 30 mars 2011, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/a9RAfl> (dernière consultation le 6 avril 2015). Néanmoins, les communications de la Commission sur l’état d’avancement de l’enquête suggèrent que ces autres allégations ne soulèvent que peu d’inquiétudes – sinon aucune. De ce fait, nous n’y aurons pas égard dans la suite de ce mémoire.

⁶⁹⁴ Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 314.

§2. La portabilité des données dans les « limbes » : régulation *ex ante*, intervention antitrust *ex post*, ou *statu quo ante*

A) Régulation ex ante : un droit à la portabilité ?

À l'heure d'écrire ces lignes, l'on ne peut se targuer d'évaluer cette pratique sous l'angle du droit de la concurrence en ignorant la volonté de Commission de mener à bien, en parallèle de son enquête sur Google, les objectifs de l'Agenda numérique. Ainsi a-t-elle notamment adopté en janvier 2012, une proposition de règlement général sur la protection des données⁶⁹⁵, lequel est destiné à remplacer le texte de référence en matière de protection des données à caractère personnel, à savoir la directive 95/46/CE⁶⁹⁶. Bien que louable, cette initiative intègre un instrument fort controversé en doctrine qui, au-delà de sa portée ambiguë, suscite des interrogations quant à son articulation avec le droit de la concurrence. Cet instrument, c'est le fameux « droit à la portabilité des données »⁶⁹⁷. Le commentaire de cette disposition dépassant largement l'objet de ce mémoire⁶⁹⁸, suffira-t-il de mentionner que la version amendée du texte prévoit, notamment, que « *lorsque les données à caractère personnel ont été communiquées par la personne concernée et que ces données font l'objet d'un traitement automatisé, la personne concernée a le droit d'obtenir auprès du responsable du traitement une copie des données à caractère personnel communiquées dans un format électronique interopérable qui est couramment utilisé et qui permet la réutilisation de ces données par la personne concernée, sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel sont retirées n'y fasse obstacle. Lorsque cela est techniquement réalisable*

⁶⁹⁵ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM (2012) 11 final, 25 janvier 2012 (ci-après « proposition de RGPD »), disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/B12F2C> (dernière consultation le 6 avril 2015).

⁶⁹⁶ Directive (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.U.E.*, L 281, 23 novembre 2011, pp. 31-50.

⁶⁹⁷ Voy. art. 18, proposition de règlement général sur la protection des données.

⁶⁹⁸ Pour des commentaires portant sur cette proposition de règlement et sur le droit à la portabilité qui y est consacré, voy. not. P. SWIRE et Y. LAGOS, « Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique », *Maryland. L. Rev.*, vol. 72, n° 2, 2013, pp. 336-380, également disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2159157> (dernière consultation le 6 avril 2015) ; I. GRAEF, J. VERSHAKELEN et P. VALCKE, « Putting the right to data portability into a competition law perspective », *The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review*, 2013, pp. 53-63, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2416537> (dernière consultation le 6 avril 2015) ; C. CUIJPERS et N. PURTOVA, « Data Protection Reform and the Internet : The Draft Data Protection Regulation », *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2014, pp. 1-20.

et matériellement possible, les données sont transférées directement d'un responsable du traitement à un autre à la demande de la personne concernée »⁶⁹⁹. Partant, ce droit doit être perçu comme « *a mere extension of the principle that it is 'your data, not the controllers'* »⁷⁰⁰.

Dans le contexte de l'affaire *Google*, le lecteur constatera que si ce règlement devait entrer en vigueur aujourd'hui, la question se poserait de savoir si les annonceurs pourraient se prévaloir de ce droit à la portabilité pour non seulement obtenir une version interopérable de leurs campagnes publicitaires, mais aussi s'ils pourraient solliciter de Google qu'elle transfère directement ces données vers une plateforme concurrente (pour peu que cela soit techniquement réalisable et matériellement possible)⁷⁰¹.

B) Intervention antitrust ex post : abus de position dominante ?

Selon nous, les restrictions qu'imposent Google à la portabilité des données sont susceptibles de violer l'article 102 TFUE en ce qu'elles limitent l'interopérabilité horizontale des logiciels de gestion de campagnes publicitaires en ligne⁷⁰². Comme le souligne la Commission, cette pratique fait naître des coûts de changement artificiels au multi-hébergement des annonceurs, réduisant de ce fait leur faculté de *choisir*

⁶⁹⁹ Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM(2012) 0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), *P.E. Doc.*, A7-0402/2013, art. 15, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/TWY4OQ> (dernière consultation le 20 avril 2015).

⁷⁰⁰ D. GERADIN et M. KUSCHEWSKY, « Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a Complex Issue », *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰¹ Selon nous, Google sera assimilée à une « responsable du traitement » au sens de l'article 4, 5), de la version amendée de la proposition de règlement général sur la protection des données. Voy. en ce sens, C.J.U.E. (Gr. Ch.), arrêt du 13 mai 2014 – *Google Spain*, *op. cit.*, points. 33 et 38. La Cour y a estimé que Google correspondait à un « responsable du traitement », au sens de l'article 2, d) de la directive 95/46/CE. En outre, il nous semble qu'à défaut de précisions en sens contraire, les campagnes publicitaires *AdWords* sont susceptibles de contenir des « données personnelles » telles que définies à l'article 4 de la proposition amendée du RGPD.

⁷⁰² L'interopérabilité horizontale se réfère à la possibilité pour des programmes informatiques substituables (en ce sens qu'ils accomplissent des tâches similaires) de « communiquer » entre eux (par ex. l'iOS de l'iPhone et l'Android de Google). L'interopérabilité horizontale s'oppose à l'interopérabilité verticale qui concerne, quant à elle, des programmes d'ordinateur non substituables, mais complémentaires (par ex. un smartphone HTC et l'OS Android de Google) (voy. M. RATO et N. PETIT, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *op. cit.*, pp. 32-33). Le lecteur notera que nous employons la notion de « programme d'ordinateur » telle que définie par la directive 2009/24 en son considérant (7) (voy. Directive (CE) n° 2009/24, du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée), *J.O.U.E.*, L 111, 5 mai 2009, p. 16, considérant (7).

d'autres plateformes⁷⁰³. En outre, tout en n'apportant aucune plus-value aux acteurs du Web, ce comportement est susceptible, *in fine*, d'étouffer le développement de logiciels spécialisés dans la gestion de campagnes publicitaires. Enfin, celui-ci fait planer une épée de Damoclès sur la tête des plus petits opérateurs du marché de la publicité en ligne liée aux recherches, lesquels se retrouvent menacés de forclusion⁷⁰⁴.

Ces arguments, que nous développons brièvement dans les lignes qui suivent (1.), prennent également appui sur la pratique décisionnelle des institutions de l'UE chargées du maintien d'une concurrence non faussée dans l'UE et pour lesquelles l'exigence d'interopérabilité revêt une importance toute particulière (2.).

1. Prise de position

Primo, il convient de rappeler que tant les annonceurs que les internautes sont, à notre sens, *de facto* enfermés dans l'écosystème de Google. Dans un tel contexte, les restrictions qu'impose Google à la portabilité des données ne font donc que perpétuer un cercle vicieux et synergique de dépendance en générant de potentiels effets d'exploitation et de forclusion, respectivement à l'égard des annonceurs et des concurrents. En effet, en créant des coûts de changement artificiels, Google impose aux opérateurs qui ont recours à son service de publicité contextuelle un choix qui n'en est pas vraiment un pour nombre d'entre eux et qui les incite à ne pas recourir aux services de plateformes concurrentes. De fait, la conception d'une campagne publicitaire en ligne repose sur une multitude de facteurs tels que la volonté de choisir « *{a} wide variety of keywords and keyword combinations, but {to} also combine them with particular demographic, locational and behavioral attributes of the users to potentially serve up links to different ads for different groups of users (more on that later)* »⁷⁰⁵. À cela, il faut encore ajouter les coûts de logiciel, de formation du personnel, d'encodage des données liées aux associations de mots-clés, de gestion de

⁷⁰³ Commission européenne, communiqué de presse, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competitions concerns – questions and answers », communiqué de presse de la Commission, *op. cit.* (voy. note n° 275).

⁷⁰⁴ *Ibid.* (voy. note n° 275).

⁷⁰⁵ N. NEWMAN, « Why EU Antitrust Focus on Google and Data Portability Matters – and Why It's Probably Not Enough », *Huffington Post*, 22 mai 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hfbFYk> (dernière consultation le 6 avril 2015). Voy. également, Commission européenne, communiqué de presse, « Antitrust : la Commission demande un retour d'information sur les engagements proposés par Google pour résoudre ses inquiétudes en matière de concurrence », 25 avril 2013, MEMO/13/371, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/RbL7TQ> (dernière consultation le 7 avril 2015), dans lequel la Commission reconnaît que « *{l}es campagnes de publicité contextuelle en ligne sont extrêmement complexes en raison du nombre de paramètres différents à prendre en compte* ».

nouveaux ensembles de données, etc.⁷⁰⁶. Or, à défaut d'interopérabilité entre les APIs des plateformes « hébergeantes », l'on peut supposer qu'une telle entreprise ne pourra bien souvent pas se permettre de répliquer les investissements en temps et en capital humain nécessaires au développement de deux campagnes identiques⁷⁰⁷. Couplés au quasi-monopole que détient Google sur le marché de la recherche horizontale, ces coûts de changement ont bien pour effet de dissuader davantage les annonceurs de « multi-héberger », renforçant par ce fait leur captivité.

Secundo, quoique le portage manuel des données reste possible, encore faudrait-il que cette solution s'avère pertinente pour les clients de la société de Mountain View⁷⁰⁸. À cet égard, les informations actuellement à notre disposition sont insuffisantes que pour fournir une réponse définitive. Néanmoins, il n'est pas à exclure qu'existent des obstacles susceptibles de rendre cette opération « *both time-consuming and prone to error* »⁷⁰⁹, renforçant de ce fait la tendance des PME à ne pas « multi-héberger »⁷¹⁰.

⁷⁰⁶ F. ETRO, « Leadership in Multi-sided Markets and the Dominance in Online Advertising », *University Ca' Foscari of Venice Department of Economics Research Paper Series*, n° 19, 2011, p. 12, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/OgJsm7> (dernière consultation le 7 avril 2015).

⁷⁰⁷ En ce sens, D. GERADIN et M. KUSCHEWSKY, « Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a Complex Issue », *op. cit.*, p. 10 ; I. GRAEF, J. VERSHAKELEN et P. VALCKE, « Putting the right to data portability into a competition law perspective », *op. cit.*, pp. 56-57 ; N. NEWMAN, « Why EU Antitrust Focus on Google and Data Portability Matters – and Why It's Probably Not Enough », *op. cit.* (voy. note n° 705). À titre indicatif, ce dernier relève que le service de gestion des campagnes publicitaires qu'offre Google via sa régie DoubleClick dans sa version de base coûterait plus de dix mille dollars en frais d'installation, auquel s'ajouterait un pourcentage calculé sur les dépenses publicitaires mensuelles.

⁷⁰⁸ Voy. Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, *op. cit.*, point. 316.

⁷⁰⁹ B. EDELMAN, « PPC Platform Competition and Google's 'May not Copy' Restriction », *Benedelman.org*, 2008, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jVYSXj> (dernière consultation le 7 avril 2015).

⁷¹⁰ Les observateurs sont unanimes pour souligner que l'*AdCenter* de *Bing* a grandement facilité le portage des données depuis *AdWords*. Néanmoins, des obstacles demeurent, notamment pour ce qui relève des enchères, du statut des mots-clés, et de certaines autres fonctionnalités plus récentes (voy. J. LEE, « Ensure Your Success When Porting Campaigns from Google *AdWords* to Microsoft *adCenter* », *SearchEngineWatch.com*, 24 juin 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iU9JVq> (dernière consultation le 7 avril 2015). L'on pourrait, en outre, réaliser un parallèle avec d'autres services en ligne, tels que les réseaux sociaux. En effet, l'analyse d'impact réalisée par la Commission en amont de sa proposition de règlement général sur la protection des données révèle que le portage manuel peut s'avérer coûteux pour les utilisateurs. Partant, « *this situation effectively creates a lock-in with the specific service {...} and makes it effectively very costly or even impossible to change provider*, in Commission européenne, Working Staff Paper – Impact Assessment, *Accompanying the document – Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) and Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such*

Tertio, en renforçant la captivité des annonceurs, les restrictions à la portabilité limitent les débouchés des moteurs concurrents et comportent ainsi une menace de forclusion des plus petits acteurs du marché qui n'auront plus les ressources nécessaires pour offrir un service de recherche en ligne de qualité.

Enfin, *quarto*, elles sont susceptibles d'interférer avec le cycle Schumpétérien de destruction créatrice en entravant le développement de nouveaux logiciels de gestion des campagnes publicitaires en ligne.

2. Leçons du passé

L'interopérabilité est généralement perçue comme porteuse de vertus pro-concurrentielles, ce qui explique pourquoi les comportements susceptibles d'y porter atteinte sont bien souvent mal accueillis par les autorités de la concurrence. Dans les lignes qui suivent, nous recensons certaines affaires tirées de la pratique administrative de la Commission qui permettent d'illustrer le propos. Pour des raisons de pertinence, nous n'aurons toutefois pas égard aux décisions ayant trait à des concentrations d'entreprises⁷¹¹.

En 1980, I.B.M. devenait la première entreprise à tomber dans le collimateur de la Commission pour avoir usé de tactiques visant à restreindre l'interopérabilité. Dominante sur le marché de l'offre de certains produits clés pour sa gamme la plus puissante d'ordinateurs – le Système/370 –, l'entreprise américaine s'était notamment vue reprocher de ne pas fournir en temps utile aux autres constructeurs l'information technique nécessaire pour permettre l'utilisation de leurs produits avec le Système/370⁷¹². À la suite de quatre années de négociations, I.B.M. s'engagea de bonne foi à mettre fin à cette pratique, en fournissant à la demande de ses concurrents, les renseignements concernant les interfaces nécessaires au raccordement de leurs équipements à ceux de son Système/370⁷¹³.

data, SEC (2012) 72 final, 25 janvier 2012, p. 28, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hKehz7> (dernière consultation le 23 avril 2015).

⁷¹¹ Pour un panorama de décisions plus complet que le notre, voy. I. GRAEF, « How can Software Interoperability be achieved under European Competition Law and Related Regimes ? », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 5, n° 1, 2014, pp. 6-11 ; M. RATO et N. PETIT, « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *op. cit.*, pp. 33-41 ; T. HOEN et A. LEWIS, « Interoperability Remedies, FRAND Licensing and Innovation : A Review of Recent Case Law », *E.C.L.R.*, vol. 34, n° 2, 2013, pp. 101-111., spéc. pp. 105-111.

⁷¹² Voy. Commission européenne, *XIV^{ème} Rapport sur la politique de concurrence (1984)*, pp. 77-78, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/efpsRK> (dernière consultation le 13 avril 2015).

⁷¹³ Voy. Commission européenne, *Bull. C.E.*, n° 10, 1984, pp. 100-101.

Deux décennies plus tard, c'est au tour d'un autre mastodonte de l'informatique, Microsoft, d'être mis en cause pour un abus de position dominante lié à des questions d'interopérabilité. Dans cette célèbre affaire maintes fois citée dans ce mémoire, la firme de Redmond s'était attirée les foudres de la Commission pour avoir, entre autres, refusé de communiquer les informations nécessaires à la communication adéquate de son système d'exploitation pour ordinateurs personnels (OS Windows) avec les systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail de ses concurrents (notamment ceux de l'entreprise Sun Microsystems). Dans sa décision, confirmée par le Tribunal, la Gardienne des traités considéra que ce comportement avait eu pour effet de mettre les concurrents de Microsoft « *dans une situation concurrentielle très désavantageuse sur le marché des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, à un point tel qu'il y a{vait} un risque d'élimination de la concurrence sur ce marché* »⁷¹⁴. Plus spécifiquement, elle estima que cette pratique limitait le progrès technique et, *in fine*, le bien-être des consommateurs⁷¹⁵.

Microsoft fut finalement condamnée à une amende de 497 millions d'euros et contrainte de communiquer à la demande d'entreprises souhaitant développer des systèmes d'exploitation pour serveurs de groupe de travail, les spécifications techniques permettant l'interopérabilité de leurs produits avec son OS Windows⁷¹⁶.

Plus récemment, la Commission avait annoncé l'ouverture d'une enquête formelle à l'encontre de MathWorks visant à établir si cette dernière avait effectivement refusé de fournir à un concurrent des licences d'exploitation et des informations relatives à l'interopérabilité portant sur ses logiciels phares, Simulink et MATLAB⁷¹⁷. Ces deux produits permettent de concevoir et simuler des systèmes de contrôle et sont

⁷¹⁴Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, *op. cit.*, point. 589.

⁷¹⁵*Ibid.*, points. 693-701.

⁷¹⁶Voy. pour des contributions sur le volet « interopérabilité » de l'affaire *Microsoft I*, I. S. FORRESTER, « *Victa Placet Mihi Causa: The Compulsory Licensing Part of the Microsoft Case* », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 76-126 ; S. ANDEMAN, « *Microsoft v. Commission and the Interoperability Issue* », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 258-273 ; A. WALSH, « *Microsoft v Commission: Interoperability, Emerging Standards and Innovation in the Software Industry* », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 282-317.

⁷¹⁷Commission européenne, communiqué de presse, « *Antitrust : la Commission ouvre une procédure à l'encontre de MathWorks* », Bruxelles, 1^{er} mars 2012, IP/12/208, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/flXxht> (dernière consultation le 12 avril 2015).

largement utilisés dans plusieurs secteurs tels que l'industrie automobile (par ex. pour la conception des régulateurs de vitesse « cruise control » ou du système antiblocage des roues « ABS »). Dans l'une de ses allocutions, J. Almunia avait, en outre, précisé que « *this investigation revolves around the issue of software interoperability where the Microsoft case set an important precedent and which remains central to our enforcement practice in these markets* »⁷¹⁸. Pourtant, le 2 septembre 2014, et alors même qu'elle soupçonnait MathWorks d'empêcher son concurrent de recourir légalement à l'ingénierie inverse pour assurer l'interopérabilité de ses produits avec les deux logiciels susmentionnés, la Commission décida de clôturer la procédure, et ce, sans fournir d'autres précisions⁷¹⁹.

Au travers de cet aperçu de la pratique administrative, le lecteur aura pu constater que les opérateurs dominants seront, en règle générale, mal inspirés d'adopter un comportement susceptible de limiter l'interopérabilité de leurs produits avec ceux de fournisseurs concurrents. S'agissant de Google, il nous semble clair, vu les informations dont nous disposons, que l'entreprise de Mountain View ne fera pas figure d'exception.

§3. Conclusion

Ainsi que nous venons de le voir, les restrictions qu'impose Google à la portabilité des données complètent ses pratiques « exclusivisantes » en ce qu'elles limitent d'autant plus les possibilités effectives pour les annonceurs de recourir à des plateformes concurrentes. Dans un monde où tout devient numérique, la maîtrise des données contribue au pouvoir de marché de leur détenteur. Ainsi, en restreignant leur portabilité, Google exploite sa position dominante pour renforcer les barrières à l'entrée et à l'expansion sur le marché de la publicité liée aux recherches. En effet, « *when the costs of switching from one brand of technology to another are substantial, users face lock-in* »⁷²⁰. Or, dans le contexte de Google, peu importe que

⁷¹⁸ J. ALMUNIA, « Higher Duty for Competition Enforcers », International Bar Association Antitrust Conference, Madrid, 15 Juin 2012, SPEECH/12/453, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/0aN3BJ> (dernière consultation le 12 avril 2015) (c'est nous qui soulignons).

⁷¹⁹ Commission européenne, aff. COMP/C-3/39.840, « Antitrust : Commission closes case against MathWorks », 2 septembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/XRKAZu> (dernière consultation le 12 avril 2015).

⁷²⁰ C. SHAPIRO et H. R. VARIAN, *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, op. cit., p. 104.

son service *AdWords* soit quatre à cinq fois plus onéreux que celui d'un concurrent⁷²¹, la plupart des annonceurs n'ont pas d'autre choix que d'y recourir dans la mesure où ils en sont dépendants pour générer du trafic.

Interrogé sur la réforme à venir en matière de protection des données personnelles, J. Almunia confirmait que celle-ci « *goes at the heart of competition policy* »⁷²², tout en précisant que le fameux droit à la portabilité « *means that users should be able to move their personal data from one company to another without hassle and undue costs* »⁷²³. Est-ce à dire que le droit de la concurrence n'aurait pas à intervenir ? Nous ne le pensons pas dans la mesure où l'ancien commissaire pour la concurrence a également reconnu que « *{w}hether this is a matter for regulation or competition policy, only time will tell* »⁷²⁴.

En tout état de cause, le règlement général sur la protection des données n'entrera probablement pas en vigueur d'ici la fin de l'affaire *Google*. De plus, à l'instar de ses accords exclusifs, la société californienne avait proposé de retirer l'ensemble des clauses litigieuses dans le cadre de la procédure d'engagements. Partant, à supposer que l'entreprise ait mis en œuvre ce remède, la question qui se pose est une nouvelle fois celle de savoir s'il est opportun de sanctionner un opérateur dominant pour ses écarts passés.

⁷²¹ N. NEWMAN, « Why EU Antitrust Focus on Google and Data Portability Matters – and Why It's Probably Not Enough », *op. cit.* (voy. note n° 705).

⁷²² J. ALMUNIA, « Competition and personal data protection », Privacy Platform event : Competition and Privacy in Markets of Data, Bruxelles, 26 novembre 2012, SPEECH/12/860, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/W4JdMZ> (dernière consultation le 13 avril 2015).

⁷²³ *Ibid.* (voy. note n° 722).

⁷²⁴ *Ibid.* (voy. note n° 722).

Conclusion générale

Google, innovatrice jalouée ou monopoliste hors-la-loi ? – Le droit de la concurrence de l’UE à la croisée des chemins ? Le titre et le sous-titre annoncés constituent les fils conducteurs d’un mémoire qui s’est voulu à la fois modeste et ambitieux. Tout au long de cette étude, nous avons tenté de répondre à la question centrale de recherche en démontrant que s’attaquer à Google requiert une profonde introspection – mais pas nécessairement une totale remise en cause – des règles et principes qui sous-tendent l’application de l’article 102 TFUE. En effet, si l’affaire *Google (I ?)* a tout pour entrer directement au panthéon des sagas du droit de la concurrence de l’UE, c’est justement parce ce qu’elle exacerbe les défis existants auxquels sont confrontées les autorités de la concurrence, tout en leur soumettant des dilemmes inédits. Que retenir alors, à l’heure de clôturer cette analyse ? À cette ultime interrogation, nous proposons au lecteur de reprendre avec nous la trame de notre analyse au moyen d’une dissection de la question de recherche.

Innovatrice ? Google l’est, indiscutablement. Partie à la conquête du monde, la petite start-up de Mountain View a su ancrer son moteur de recherche généraliste dans la psyché collective grâce au génie de ses fondateurs et à leur formidable esprit d’entreprise. En effet, de par la logique innovante de son algorithme de classement, *PageRank*, Google Search a su introduire de la lisibilité dans un monde nouveau d’informations pléthoriques. Utile, efficace, omniscient et surtout *gratuit*, les internautes ne pouvaient qu’être conquis par ce moteur de recherche aux airs de compagnon idéal. À l’autre bout du spectre, l’entreprise californienne a su pleinement mettre à profit ce phénomène de captation de l’attention et peut aujourd’hui se targuer d’être la plus grande agence de publicité au monde. Profitant de son sens aigu des affaires, elle a effectivement su se rendre incontournable pour un nombre phénoménal d’annonceurs, en leur proposant ses services de publicité contextuelle révolutionnaires, *AdWords* et *AdSense*. Forte de ses deux intarissables sources de revenus, Google s’est ensuite mise en tête d’organiser toute l’information du monde, quitte à chambouler l’ordre sur les marchés de contenus. De cette ambition folle vont naître une multitude d’itérations verticales de son moteur généraliste, toutes créées pour conquérir l’aval.

À n'en pas douter, l'innovation coule dans les veines de cette géante, mais comme nous l'avons vu, tout à un prix, même le gratuit.

Jalousée ? Google l'est tout autant, si ce n'est même plus. Cliché de la start-up créée dans un garage, la firme de Mountain View s'est rapidement installée sur le toit de l'Olympe de l'Internet. Qu'il s'agisse de ses réserves financières colossales ou de sa formidable flotte d'ingénieurs et autres employés, les chiffres qui tournent autour de Google parlent d'eux-mêmes et donnent le tournis : une capitalisation boursière fleurant avec les 365 milliards de dollars US⁷²⁵, plus de 55.000 employés⁷²⁶, etc. Bref, il est évident que Google fait des jaloux qui n'espèrent qu'une chose : la voir trébucher.

Traités en première partie de contribution, les deux premiers membres de notre question de recherche auront permis au lecteur de s'apercevoir que la société californienne est effectivement une *innovatrice jalousée*. Est-ce à dire qu'elle ne saurait être une *monopoliste hors-la-loi* ? C'est à cette question que nous avons consacré notre seconde partie.

Car *monopoliste*, Google l'est également, et ce, malgré ses vaines protestations. *Prima facie* évidente, l'affirmation ne l'est devenue concrètement, qu'au prix d'une analyse tortueuse de son marché pertinent et de la position qu'elle y occupe.

Exploitant une plateforme multiface, Google défie le droit de la concurrence de l'UE en remettant tout d'abord en cause l'efficacité de l'approche et des outils d'analyse utilisés pour délimiter les marchés monofaces classiques. Pour y remédier, une méthodologie adaptée a été suggérée. Quoiqu'imparfaite, celle-ci a au moins le mérite de tenir compte de l'interdépendance des annonceurs et des internautes qui recourent à ses services, en proposant, d'une part, de définir le marché de produits correspondant à chaque versant de la plateforme, tout en modifiant d'autre part, les paramètres du SSNIP test afin qu'il soit tenu compte de la qualité plutôt que du prix. Appliquée à la l'entreprise californienne, cette méthode a ainsi révélé plusieurs combinaisons possibles que la Commission se devra d'examiner si davantage elle

⁷²⁵ Voy. <http://finance.yahoo.com/q?s=GOOG> (dernière consultation le 11 mai 2015).

⁷²⁶ C. SMITH, « By the Numbers : 80 Amazing Google Search Statistics and Facts », *DMR*, 4 mai 2015, <http://goo.gl/8YpfEm> (dernière consultation le 5 mai 2015).

devait se lancer dans une procédure contentieuse. Le cas échéant, nous estimons qu'elle serait bien inspirée de retenir, à tout le moins, les marchés de la recherche verticale et horizontale ainsi que le marché de la publicité liée aux recherches, en fonction des frontières nationales ou linguistiques au sein de l'EEE.

Google défie ensuite le droit de la concurrence en tentant de remettre en cause le test de dominance traditionnellement usité par les autorités de la concurrence. En effet, nonobstant ses parts de marchés exorbitantes, elle répète inlassablement que la concurrence n'est jamais qu'à un clic gratuit. Constamment sous la menace d'un nouveau cycle de destruction créatrice, Google affirme n'être qu'une géante aux pieds d'argile.

Séduisante sur le papier, nous avons vu à quel point cette réplique aux allures proverbiales était ô combien fallacieuse. En effet, trop nombreux sont ceux qui, dans les faits, n'exercent pas cette faculté de multi-hébergement, car *de facto* enfermés dans son écosystème. Pour les uns – les internautes –, c'est le doux rêve de la gratuité, couplé à la promesse de réponses neutres et véridiques, qui captive ; pour les autres – les annonceurs –, c'est la crainte de ne pas exister dans cette Toile, dont l'immensité dépasse chaque jour plus l'entendement, qui finit d'inhiber toute velléité de départ.

Osons le dire, le pouvoir de marché de Google est incontestable et ce ne sont ni les barrières presque insurmontables à l'entrée et à l'expansion d'acteurs nouveaux et existants, ni la concurrence potentielle, utopique à court terme, d'opérateurs tels que Facebook, qui prétendrons nous contredire.

Et enfin, *hors-la-loi* ? Dernier membre de la question de recherche, celui-ci en est également le plus fondamental. Après tout, il est toujours opportun de rappeler que l'article 102 TFUE ne sanctionne pas un opérateur du seul fait de sa position dominante ; encore faut-il prouver l'abus. Sur ce point, l'on a vu qu'une fois n'est pas coutume, Google teste les limites du droit de la concurrence de l'UE ; plus encore, elle le pousse dans ses retranchements. En effet, si le caractère abusif des pratiques destinées à restreindre le multi-hébergement des annonceurs (exclusivité *de facto* et restrictions à la portabilité des campagnes) paraît (plus) évident, force a toutefois été de constater que les allégations de biais dans le classement (*search bias*) et de « moissonnage » en laisseront plus d'un dubitatif quant à leur (il)licéité.

S'agissant du « moissonnage », nous avons tenté d'en démontrer la légalité malgré l'*injustice* qu'emporterait une telle décision. Le droit de la concurrence, rappelons-le,

n'a point pour objectif de protéger les concurrents et ne peut donc pas être la panacée de tous les maux non remédiés par d'autres branches du droit. Cela étant et au risque de basculer dans l'insécurité juridique la plus totale, nous avons également souhaité entrevoir cette conduite sous un autre prisme : l'équité. Objectif obscur et nébuleux, il n'en demeure pas moins ancré dans le Traité, ainsi que dans la jurisprudence de l'UE. Néanmoins, quand bien même l'abus pourrait se concevoir sur base de l'article 102 (a) TFUE, l'on ne saurait que déconseiller le recours à cette disposition *in casu*, quitte à ouvrir la boîte de pandore...

Dernier point, mais non des moindres, les allégations de traitement préférentiel dans les résultats de la recherche, lesquelles cristallisent l'essence de cette affaire. Fruits d'un processus innovant, mais utilisé à des fins anticoncurrentielles, les algorithmes de Google, ainsi que la manière dont elle conçoit ses pages, sont au cœur d'une controverse qui déchaîne les passions. Un conflit entre innovation et abus, tel est le dilemme cornélien auquel la Commission est confrontée. Pour le résoudre, nous avons déployé un raisonnement articulé autour du rôle fédérateur que le droit de la concurrence est appelé à jouer dans le maintien d'une concurrence non faussée ainsi que dans l'intégration des marchés nationaux. Plus encore, nous avons tenté de proposer une lecture de cette pratique au travers du prisme du « choix », concept qui, selon nous, est appelé à occuper une place centrale dans l'application future de l'article 102 à des entreprises opérant dans les marchés numériques.

En suivant cette approche, l'on a vu qu'un tel comportement discriminatoire ne saurait être toléré et devrait donc être réprimandé. Condamné, certes, mais sur pied de quel fondement légal ? En effet, nous avons ensuite tenté de démontrer que le comportement litigieux ne rentrait pas nécessairement « dans le moule » des différentes catégories traditionnelles d'abus de position dominante.

Oserions-nous avancer une prédiction ? La discrimination de seconde ligne semble être l'option la plus plausible. Néanmoins, à ce stade, tout est possible...

Google, innovatrice jalouse ou monopoliste hors-la-loi ? À la question centrale de notre mémoire, nous pouvons donc postuler que l'une n'empêche pas l'autre, même si nous reconnaitrons que le caractère paradoxal de celle qui s'apparente aujourd'hui à

un « *Léviathan aux formes indistinctes* »⁷²⁷, emporte cette conséquence que les autorités de la concurrence auront bien du mal à la cerner. Car il nous semble bien que le droit de la concurrence est à la croisée des chemins.

Au terme de cette conclusion, il nous tient à cœur d'évoquer un dernier élément sortant du cadre du présent mémoire, mais qui illustre à quel point cette affaire est complexe. À supposer, comme nous espérons l'avoir démontré, que Google a (et continue d') abusé(r) de sa position dominante, quelle(s) sanction(s) – outre une amende – faudrait-il lui imposer ? Ce dilemme, qui vise tout particulièrement les pratiques de biais dans les résultats de la recherche, nous paraît insoluble. Pour beaucoup, c'est un principe de neutralité qui devrait être imposé⁷²⁸. Louable, un tel remède est-il seulement réaliste ? Le lecteur nous permettra d'en douter dans la mesure où l'on peine à identifier qui serait mis en charge d'en assurer le respect (si ce n'est Google elle-même)⁷²⁹. Que dire encore de la récente résolution du Parlement européen appelant au démantèlement de la géante californienne⁷³⁰ ? Draconienne, cette solution structurelle, au demeurant incongrue *in casu*, n'est pourtant pas inconcevable, dès lors que l'article 7 du règlement (CE) n° 1/2003 habilite la Commission à imposer « *toute mesure correctrice de nature structurelle* »⁷³¹ pour peu que celle-ci soit « *proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction* »⁷³².

Sans nous aventurer davantage dans ces eaux troubles, il est évident que le choix

⁷²⁷ L'expression est de Y. Hochet, *in* Y. HOCHET, « Google : tu es si près de moi que je suis tout contre toi », *B.B.F.*, vol. 57, n° 3, 2012, p. 62.

⁷²⁸ Voy. par ex. O. BRACHA et F. PASQUALE, « Federal Search Commission : Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *op. cit.*, pp. 1149-1209.

⁷²⁹ Sur cette question voy. not. M. AMMORI et L. PELICAN, « Competitors' Proposed Remedies for Search Bias : Search 'Neutrality' and Other Proposals », *J. Internet. L.*, vol. 15, n° 11, 2012, pp. 8-31, spéc. pp. 13-17 ; A. A. FOER et S. VAHEESAN, « Google : The Unique Case of the Monopolistic Search Engine », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 4, n° 3, 2013, pp. 199-200.

⁷³⁰ Voy. Résolution du Parlement européen du 27 novembre 2014 sur le renforcement des droits des consommateurs au sein du marché unique numérique (2014/2973 (RSP)), *P.E. Doc.*, B8-0286/2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/IS4OBM> (dernière consultation le 16 avril 2015). Pour un commentaire, voy. A. GEIGER, « Thou Shalt Not Dominate », *E.C.L.R.*, vol. 36, n° 3, 2015, pp. 128-131, qui estime que l'intervention du Parlement européen n'est que le prélude à une future intervention législative dans ce domaine.

⁷³¹ Art. 7, Règlement (CE) n° 1/2003, *op. cit.*

⁷³² *Ibid.* (voy. note n° 731). À cet égard, les affaires *E.ON* illustrent la portée des mesures que peut adopter la Commission. En effet, à la suite d'une procédure d'engagements, le fournisseur intégré d'énergie allemand accepta de céder 5.000 MW de capacité de production, son activité de transport ainsi qu'un de ses systèmes d'exploitation. Voy. Commission européenne, décision du 26 novembre 2008 – *E.ON*, affs. COMP/39.388 et COMP/39.389, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/l6tbB7> (dernière consultation le 4 mai 2015).

du(es) remède(s) le(s) plus approprié(s) relèvera lui aussi du casse-tête si d'aventure l'entreprise de Mountain View venait à être condamnée. Au fond, cet ultime défi ne devrait pas nous surprendre. Car après tout, Google est grande et arrogante ; un véritable paradoxe ambulante.

Bibliographie

Législation

A. LEGISLATION DE L'UE

1. Traités

- Préambule du Traité instituant la Communauté économique européenne, non publié au *J.O.U.E.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/b0z00j> (dernière consultation le 8 avril 2015).
- Traité sur l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, C 326, 26 octobre 2012, pp. 1-390.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée), *J.O.U.E.*, C 326, 26 octobre 2012, pp. 1-390.

2. Règlements

- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, *J.O.C.E.*, L 1, 4 janvier 2003, pp. 1-25.
- Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010, concernant l'application de l'article 101, § 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, *J.O.U.E.*, 23 avril 2010, L 102, pp. 1-7.

3. Directives

- Directive (CE) n° 95/46 du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 281, 23 novembre 2011, pp. 31-50.
- Directive (CE) n° 96/9 du Parlement et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, *J.O.C.E.*, L 77, pp. 20-28.

- Directive (CE) n° 2000/31 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.*, L 178, 17 juillet 2000, pp. 1-16 (ci-après, « directive e-commerce »).
- Directive (CE) n° 2009/24, du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2009, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (version codifiée), *J.O.U.E.*, L 111, 5 mai 2009, pp. 16-22.

4. Communications

- Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.C.E.*, C 372, 9 décembre 1997, pp. 5-13.
- Communication de la Commission, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, *J.O.U.E.*, C 45, 24 février 2009, pp. 7-20.
- Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions, *Un cadre cohérent pour renforcer la confiance dans le marché unique numérique du commerce électronique et des services en ligne*, COM (2011) 942, final/2, 6 février 2012, pp. 1-19, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/CPfVi>.
- DG Concurrence, *Discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, Consultation publique, décembre 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/0dLuav>.

5. Proposition et analyse d'impact

- Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractères personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général

sur la protection des données), COM (2012) 11 final, 25 janvier 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/B12F2C>.

- Commission européenne, Working Staff Paper – Impact Assessment, *Accompanying the document – Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) and Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and the free movement of such data*, SEC (2012) 72 final, 25 janvier 2012, p. 28, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hKehz7>.

6. Conclusion et résolutions

- Conseil européen de Bruxelles, 17 juin 2010, conclusions de la présidence, EUCO 13/10, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2ms9BH>.
- Résolution du Parlement européen du 27 novembre 2014 sur le renforcement des droits des consommateurs au sein du marché unique numérique (2014/2973 (RSP)), *P.E. Doc.*, B8-0286/2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/IS4OBM>.
- Résolution législative du Parlement européen du 12 mars 2014 sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données) (COM (2012) 0011 – C7-0025/2012 – 2012/0011(COD)), *P.E. Doc.*, A7-0402/2013, art. 15, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/TWY4OQ>.

–

B. LEGISLATION ETASUNIENNE

- Sherman Act
- FTC Act

JURISPRUDENCE

A. COUR DE JUSTICE

- C.J.C.E., arrêt du 21 février 1973 – *Europemballage Corporation et Continental Can Company Inc. c. Commission*, aff. C-6/72, *Rec. C.J.C.E.*, 1973, p. I-00215.
- C.J.C.E., arrêt du 6 mars 1974 – *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation c. Commission*, aff. Jointes C-6/73 et C-7/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1974, p. I-00223.
- C.J.C.E., arrêt du 16 décembre 1975 – *Coöperatieve Vereniging “Suiker Unie” UA et autres c. Commission*, affs. jointes C-40 à 48/73, C-50/73, C-54/73, C-111/73, C-113/73 et C-114/73, *Rec. C.J.C.E.*, 1975, p. I-01663.
- C.J.C.E., arrêt du 14 février 1978 – *United Brands Company et United Brands Continentaal BV c. Commission*, aff. C-27/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1978, p. I-00207.
- C.J.C.E., arrêt du 13 février 1979 – *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Commission*, aff. C-85/76, *Rec. C.J.C.E.*, 1979, p. I-00461.
- C.J.C.E., arrêt du 9 novembre 1983 – *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Commission*, aff. C-322/21, *Rec. C.J.C.E.*, 1983, p. I-03461.
- C.J.C.E. (6^{ème} ch.), arrêt du 5 octobre 1988 – *Alsatel c. SA Novasam*, aff. 247/86, *Rec. C.J.C.E.*, 1988, p. I-05987.
- C.J.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 3 juillet 1991 – *AKZO c. Commission*, aff. C-62/86, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. I-03359.
- C.J.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 14 novembre 1996 – *Tetra Pak International SA c. Commission*, aff. C-333/94 P, *Rec. C.J.C.E.*, 1996, p. I-05951.
- C.J.C.E. (6^{ème} ch.), arrêt du 26 novembre 1998 – *Oscar Bronner GmbH*, aff. C-7/97, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-07791.
- C.J.C.E. (3^{ème} ch.), arrêt du 15 mars 2007 – *British Airways plc c. Commission*, aff. C-95/04 P, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. I-02373.
- C.J.U.E. (Gr. Ch.), arrêt du 16 septembre 2008 – *Sot. Lélou kai Sia EE et autres c. GlaxoSmithKline*, aff. Jointes C-468/06 à C-478/06, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. I-07139.

- C.J.U.E. (4^{ème} ch.), arrêt du 16 juillet 2009 – *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, aff. C-5/08, *Rec. C.J.U.E.*, 2009, p. I-06569.
- C.J.U.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 14 octobre 2010 – *Deutsche Telekom AG c. Commission*, aff. C-280/08 P, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, p. I-09555.
- C.J.U.E. (1^{ère} ch.), arrêt du 17 février 2011 – *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, aff. C-52/09, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-00527.
- C.J.U.E. (Gr. Ch.), arrêt du 27 mars 2012 – *Post Danmark A/S c. Konkurrencerådet*, aff. C-209/10, *Rec. numérique*, 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/necwc5>.
- C.J.U.E. (3^{ème} ch.), arrêt du 19 avril 2012 – *Tomra Systems ASA et autres c. Commission*, aff. C-549/10 P, *Rec. numérique*, 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/9sdbK6>.
- C.J.U.E. (Gr. Ch.), arrêt du 13 mai 2014 – *Google Spain*, aff. C-131/12, non encore publié au *Rec.* point. 28, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/ulS9pT>.
- C.J.U.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 10 juillet 2014 – *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c. Commission*, aff. C-295/12 P, non encore publié au *Rec.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/pMhMbK>.
- C.J.U.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 15 janvier 2015 – *Ryanair Ltd c. PR Aviation BV*, aff. C-30/14, non encore publié au *Rec.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/OqeOdo>.

B. CONCLUSIONS DES AVOCATS GENERAUX

- Conclusions présentées le 28 mai 1998 par l'Avocat Général Jacobs, aff. C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG c. Mediaprint Zeitings und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG et autres*, *Rec. C.J.C.E.*, 1998, p. I-07811.
- Conclusions présentées le 23 février 2006 par l'Avocat Général Kokott, aff. C-95/04 P, *British Airways plc c. Commission*, *Rec. C.J.U.E.*, 2007, p. I-02336.
- Conclusions présentées le 2 septembre 2010 par l'Avocat Général Mazák, aff. C-52/09, *Konkurrensverket c. TeliaSonera Sverige AB*, *Rec. C.J.U.E.*, 2011, p. I-00527.

C. TRIBUNAL

- T.P.I.C.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 12 décembre 1991 – *Hilti AG. c. Commission*, aff. T-30/89, *Rec. C.J.C.E.*, 1991, p. II-01439.
- T.P.I.C.E. (2^{ème} ch.), arrêt du 6 octobre 1994 – *Tetra Pak International SA c. Commission*, aff. T-83/91, *Rec. C.J.C.E.*, 1994, p. II-00755.
- T.P.I.C.E. (4^{ème} ch.), arrêt du 6 juillet 2000 – *Volkswagen AG c. Commission*, aff. T-62/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2000, p. II-02707.
- T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 22 novembre 2001 – *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) c. Commission*, aff. T-139/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2001, p. II-03413.
- Trib. (3^{ème} ch.), arrêt du 30 septembre 2003 – *Atlantic Container Line AB et autres c. Commission*, affs. jointes T-191 et 212-214/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. II-03275.
- T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 23 octobre 2003 – *Van den Bergh Foods Ltd c. Commission*, aff. T-65/98, *Rec. C.J.C.E.*, 2003, p. II-04653.
- T.P.I.C.E., (Prés.), ordonnance du 22 décembre 2004 – *Microsoft Corp. c. Commission*, T-201/04 R, *Rec. C.J.C.E.*, 2004, p. II-04463.
- T.P.I.C.E. (4^{ème} ch.), arrêt du 23 février 2006 – *Cementbouw Handel & Industrie c. Commission*, aff. T-282/02, *Rec. C.J.C.E.*, 2006, p. II-00319.
- T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 30 janvier 2007 – *France Télécom SA c. Commission*, aff. T-340/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. II-00107.
- T.P.I.C.E. (Gr. Ch.), arrêt du 17 septembre 2007 – *Microsoft Corp. c. Commission*, aff. T-201/04, *Rec. C.J.C.E.*, 2007, p. II-03601.
- T.P.I.C.E. (5^{ème} ch.), arrêt du 10 avril 2008 – *Deutsche Telekom AG c. Commission*, aff. T-271/03, *Rec. C.J.C.E.*, 2008, p. II-00477.
- Trib. (5^{ème} ch.), arrêt du 9 septembre 2009 – *Clearstream Banking AG et Clearstream International SA c. Commission*, aff. T-301/04, *Rec. C.J.U.E.*, 2009, p. II-03155.
- Trib. (6^{ème} ch.), arrêt du 1^{er} juillet 2010 – *AstraZeneca c. Commission*, aff. T-321/05, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, p. II-02805.
- Trib. (5^{ème} ch.), arrêt du 9 septembre 2010 – *Tomra Systems ASA et autres c. Commission*, aff. T-155/06, *Rec. C.J.U.E.*, 2010, p. II-04361.

- Trib. (8^{ème} ch.), arrêt du 29 mars 2012 – *Telefónica, SA et Telefónica de España, SA c. Commission*, aff. T-336/07, *Rec. numérique*, 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/bp61o9>.
- Trib. (8^{ème} ch.), arrêt du 29 mars 2012 – *Royaume d'Espagne c. Commission*, aff. T-398/07, non encore publié au *Rec.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/UwHF29>.
- Trib. (4^{ème} ch.), arrêt du 11 décembre 2013 – *Cisco Systems et Messagenet c. Commission*, aff. T-79/12, non encore publié au *Rec.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/TH3ULc>.
- Trib. (7^{ème} ch.), arrêt du 12 juin 2014 – *Intel c. Commission*, aff. T-286/09, non encore publié au *Rec.*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QKQOH6>.

D. DECISIONS DE LA COMMISSION

- Commission européenne, décision du 17 décembre 1975 – *Chiquita*, aff. IV/26.699, *J.O.C.E.*, L 95, pp. 1-20.
- Commission européenne, décision du 24 juillet 1991 – *Tetra Pak II*, aff. IV/31/043, *J.O.C.E.*, L 72, 18 mars 1992, pp. 1-68.
- Commission européenne, décision du 26 février 1992 – *British Midlands c. Aer Lingus*, aff. IV/33.544, *J.O.C.E.*, L 096, 10 avril 1992, pp. 34-45.
- Commission européenne, décision du 11 juin 1992 – *B&I Line plc c. Sealink*, aff. IV/34.174, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Ix2NQo>.
- Commission européenne, décision du 22 juillet 1992 – *Nestlé/Perrier*, aff. IV/M.190, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/RLXwFR>.
- Commission européenne, décision du 21 décembre 1993 – *Sea Containers c. Stena Sealink*, aff. IV/34.689, *J.O.C.E.*, L 015, 18 janvier 1994, pp. 8-19.
- Commission européenne, décision du 8 juillet 1998 – *WorldCom/MCI*, aff. IV/M.1069, *J.O.C.E.*, L 116, 4 mai 1999, pp. 1-35.
- Commission européenne, décision du 13 octobre 1999 – *Telia/Telenor*, aff. COMP/M.1439, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/DijGDz>.
- Commission européenne, décision du 21 mars 2000 – *BSkyB/Kirch Pay TV*, COMP/JV.37, à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Qj0QqE> (dernière consultation le 20 avril 2015).

- Commission européenne, décision du 21 mai 2003 – *Deutsche Telekom AG*, affs. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, *J.O.C.E.*, L 263, 14 octobre 2003, pp. 9-41.
- Commission européenne, décision du 16 juillet 2003 – *Wanadoo Interactive*, aff. COMP/38.233, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/USZOZW>.
- Commission européenne, décision du 24 mars 2004 – *Microsoft I*, aff. COMP/C-3/37.792, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/30Folr>.
- Commission européenne, décision du 2 juin 2004 – *Clearstream*, aff. COMP/38.096, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/v3QyFn>.
- Commission européenne, décision du 29 mars 2006 – *Prokent-Tomra*, aff. COMP/E-1/38.113, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jjFMDL>.
- Commission européenne, décision du 27 juin 2007 – *Ryanair/Aer Lingus*, aff. COMP/M.4439, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/juumbJ>.
- Commission européenne, décision du 4 juillet 2007 – *Wanadoo España c. Telefónica*, aff. COMP/38.784, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Xfnebo>.
- Commission européenne, décision du 19 décembre 2007 – *MasterCard et autres c. Commission*, affs. COMP/34.579, COMP/36.518 et COMP/38.580, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/S9oQBh>.
- Commission européenne, décision du 11 mars 2008 – *Google/DoubleClick*, aff. COMP/M.4731, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Zddp3k>.
- Commission européenne, décision du 21 août 2008 – *Travelport/Worldspan*, aff. COMP/M.4524, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/wPXWdW>.
- Commission européenne, décision du 26 novembre 2008 – *E.ON*, affs. COMP/39.388 et COMP/39.389, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/l6tbB7>.
- Commission européenne, décision du 17 décembre 2008 – *KLM/Martinair*, aff. COMP/M.5141, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/3tLeyy>.
- Commission européenne, décision du 13 mai 2009 – *Intel*, aff. COMP/C-37.990, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jaN9SA>.
- Commission européenne, décision du 9 décembre 2009 – *Rambus*, aff. COMP/38.636, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2CrKEB>.
- Commission européenne, décision du 18 février 2010 – *Microsoft/Yahoo*, aff. COMP/M.5727, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/WyDPq5>.

- Commission européenne, décision du 22 juin 2011 – *Telekomunikacja Polska*, aff. COMP/39.525, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/7RxXdo>.
- Commission européenne, décision du 7 octobre 2011 – *Microsoft/Skype*, aff. COMP/M.6281, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/FXQJtF>.
- Commission européenne, décision du 16 décembre 2012 – *Microsoft II*, aff. COMP/C-3/39.530, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/SorUSo>.

E. AUTORITES NATIONALES

1. Allemagne

- Landgericht Hamburg, jugement du 11 avril 2013 – *Verband Deutscher Wetterdienstleister e.V. v. Google*, n° 408 HKO 36/13, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/rEhnpE> (pour une traduction non-officielle de la décision, voy. <http://goo.gl/f4J7Vo>).

2. France

- Autorité de la concurrence française, décision du 30 juin 2010 – *Navx v. Google*, aff. 10-MC-01, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/xFCSYj>.
- Autorité de la concurrence française, avis du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne, n° 10-A-29, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/14v75K>.
- Trib. comm. Paris (15ème ch.), jugement du 21 janvier 2012 – *Bottin Cartographes c. Google*, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/dP6hrq>.

3. Etats-Unis

- *United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co*, 351 U.S. 377, 391-91, 1956.
- *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001), disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/Ue55Yr>.
- *KinderStart.com, LLC v. Google, Inc. (“KinderStart”)*, 2007 WL 831806 (N. D. Cal.), disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/K1GZGx>.

4. Royaume-Unis

- Office of Fair Trading, « Archant Limited and the London newspapers of Independent News and Media Limited : a report on the acquisition by Archant Limited of the London Newspapers of Independent News and Media Limited », Competition Commission, vol. 87, 2004.

DOCTRINE

A. OUVRAGES

- AKMAN P., *The Concept of Abuse in EU Competition Law : Law and Economics Approaches*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2012.
- ANDREU O., *Réussir son référencement web : Stratégies et Techniques SEO*, 2^{ème} éd., Paris, EYROLLES, Paris, 2014.
- AREEDA P. et HOVENKAMP H., *Antitrust Law*, vol. 3A, 2^{ème} éd., New York, Aspen Publishers, 2002.
- BATTELLE J., *The search: how Google and its rivals rewrote the rules of business and transformed our culture*, New York, Portfolio, 2005.
- BOSCO D. et PRIETO C., *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Bruylant, 2013.
- BRISIMI V., *The Interface between Competition and the Internal Market : Market Separation under Article 102 TFEU*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2014.
- COMM J., *The AdSense Code: What Google Never Told You about Making Money with AdSense*, 2^{ème} éd., New York, Morgan James Publishing, 2010.
- FAUL J. et NIKPAY., *The EU Law of Competition*, 3^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2014.
- GORMSEN L. L., *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, New York, Cambridge University Press, 2010.
- GSTALTER J., *Droit de la concurrence et droits de propriété intellectuelle. Les nouveaux monopoles de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

- HEARST M.A., *Search User Interfaces*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/71VHoS>.
- HOVENKAMP H., *The Antitrust Enterprise : Principle and Execution*, Cambridge et Londres, Harvard University Press, 2005.
- IPPOLITA, *Le côté obscur de Google*, Paris, Payot & Rivages, 2011.
- JONES A. et SUFFRIN B., *EU Competition Law : text, cases and materials*, 4^{ème} éd., New York, Oxford University Press, 2011.
- KAPLOW L. et SHAVELL S., *Fairness versus Welfare*, 1^{ère} éd., Cambridge et Londres, Harvard University Press, 2002.
- KIPIANI P., *Les engagements en matière de pratiques anticoncurrentielles. Analyse des droits français, européen et américain*, coll. Bibliothèque de droit international et de droit de l'Union européenne, Paris, LGDJ, 2014.
- MAILLE P. et TUFFIN B., *Telecommunication Network Economics: From Theory to Applications*, New York, Cambridge University Press, 2014.
- MOTTA M., *Competition Policy : Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2004.
- NAZZINI R., *The Foundations of European Union Competition Law. The Objectives and Principles of Article 102*, New York, Oxford University Press, 2011.
- O'DONOGHUE R et PADILLA J., *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, 2^{ème} éd., Oxford et Portland, Hart Publishing, 2013.
- ØSTERUD E., *Identifying Exclusionary Abuses by Dominant Undertakings under EU Competition Law. The Spectrum of Tests*, vol. 45, International Competition Law Series, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2010.
- PASQUALE F., *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2015.
- PERRI P., *Google, un ami qui ne vous veut pas que du bien*, Paris, Éditions Anne Carrière, 2013.
- PETIT N., *Droit européen de la concurrence*, Paris, Montchrestien, 2013.
- POSNER R., *Antitrust Law*, 2^{ème} éd., Chicago, Chicago University Press, 2001.
- ROUSSEVA E., *Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law*, Oxford et Portland, Hart Publishing, 2010.
- SHAPIRO C. et VARIAN H. R., *Information Rules. A Strategic Guide to the Network Economy*, Boston, Harvard Business School Press, 1999.

- SHUEN A., *Web 2.0 : A Strategy Guide. Business thinking and strategies behind successful Web 2.0 implementations*, Sebastopol, O'Reilly Media, 2008.
- STROWEL A., *Quand Google défie le droit : Plaidoyer pour un Internet transparent et de qualité*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2011.
- VAIDHYANATHAN S., *The Googlization of Everything (And Why We Should Worry)*, Los Angeles, University of California Press, 2011.

B. ARTICLES AU SEIN D'OUVRAGES

- ANDEMAN S., « Microsoft v. Commission and the Interoperability Issue », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 258-273.
- BELLIS J.-F. et KASTEN T., « The Microsoft Windows Media Player tying case », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 127-166.
- CALVANO E. et JULLIEN B., « Issues in Online Advertising and Competition Policy : A Two-sided Market Perspective », in *Recent Advances In The Analysis of Competition Policy And Regulation* (sous la dir. de J. HARRINGTON JR. et Y. KATSOULACOS), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 179-197.
- CHANTEPIE P., « D'une économie de recherche d'informations à une plateforme d'économie informationnelle », in *Google et les nouveaux services en ligne* (sous la dir. de A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 103-122.
- DALY A., « Dominating Search : Google Before the Law », in *Society of the Query Reader : Reflections on Web Search* (sous la dir. de R. KÖNIG et M. RASCH), Amsterdam, Institute of Network Cultures, 2014, pp. 86-104.
- EVANS D. S., « Lightening up On Market Definition », in *Research Handbook on the Economic of Antitrust Law* (sous la dir. de E. ELHAUGE), Cheltenham, Edward Elgar, 2012, pp. 53-89.
- EVANS D. S. et SCHMALENSEE R., « Markets with Two-Sided-Platforms », in *Issues in Competition Law and Policy* (sous la dir. de W. COLLINS et J. ANGLAND), Chicago, ABA Section of Antitrust Law, 2008, pp. 667-693.

- EVANS D. S. et SCHMALENSSEE R., « The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses », in *Oxford Handbook on International Antitrust Economics* (sous la dir. de R. BLAIR et D. SOKOL), vol. 1, New York, Oxford University Press, 2015, pp. 404-444.
- FORRESTER I. S., « Victa Placet Mihi Causa: The Compulsory Licensing Part of the Microsoft Case », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 76-126.
- GRAHAM C., « Introduction », in *Competition, Regulation and the New Economy* (sous la dir. de C. GRAHAM et F. SMITH), Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 1-17.
- GRIMMELMANN J., « Some Skepticism About Search Neutrality », in *The Next Digital Decade : Essays on the Future of the Internet* (sous la dir. de B. SZOKA et A. MARCUS), Washington D.C., TechFreedom, 2010, pp. 435-460.
- KATZ. A., « Google, APIs and the Law. Use, Reuse and Lock-In », in *Google and the Law : Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* (sous la dir. de A. LOPEZ-TARUELLA), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, p. 287-301.
- KERIKMÄE T. et DUTT P., « Introduction : E-Regulation in the European Union – Normative Realities and Trends », in *Regulating eTechnologies in the European Union : Normative Realities and Trends* (sous la dir. de K. KERIKMÄE), Cham, Springer, 2014, pp. 7-32.
- LIANOS I., « Categorical Thinking in Competition Law and the ‘Effects-based’ approach in Article 82 EC », in *Article 82 EC – Reflections on its recent evolutions* (sous la dir. de A. EZRACHI), Oxford, Hart Publishing 2009, pp. 19-49.
- LIANOS I., « Some reflections on the question of goals of EU competition law », in *Handbook on European Competition Law : Substantive Aspects* (sous la dir. de I. LIANOS et D. GERADIN), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 1-85.
- MANNE G. A., « The Problem of Search Engines as Essential Facilities : An Economic & Legal Assessment », in *The Next Digital Decade : Essays on the Future of the Internet* (sous la dir. de B. SZOKA et A. MARCUS), Washington D.C., TechFreedom, 2010, pp. 419-434.

- MONTI G., « Article 82 EC and New Economy Markets », in *Competition, Regulation and the New Economy* (sous la dir. de C. GRAHAM et F. SMITH), Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 17-54.
- NAZZINI R., « Abuse of dominance : exclusionary non-pricing abuses », in *Handbook on European Competition Law : Substantive Aspects* (sous la dir. de I. LIANOS et D. GERADIN), Cheltenham, Edward Elgar, 2013, pp. 473-515.
- STROWEL A., « Google et les nouveaux services en ligne : quels effets sur l'économie des contenus, quels défis pour la propriété intellectuelle ? », in *Google et les nouveaux services en ligne : impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle* (sous la dir. de A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 13-50.
- THOMPSON M., « In Search of Alterity : On Google, Neutrality and Otherness », in *Google and the Law : Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* (sous la dir. de A. LOPEZ-TARUELLA), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 356-399.
- VAN DER WOUDE M., « Unfair and Excessive Prices in the Energy Sector », in *European Competition Annual 2007 : A Reformed Approach to Article 82 EC* (sous la dir. de C.-D. EHLERMANN et M. MARQUIS), Oxford, Hart Publishing, 2008, pp. 617-642.
- VAN EIJK N., « Search Engines, the New Bottleneck for Content Access », in *Telecommunication Markets : Drivers and Impediments* (sous la dir. de B. PREISSEL, J. HAUCAP et P. CURWEN), Heidelberg, Physica-Verlag, 2009, pp. 141-156.
- VAN LOON S., « The Power of Google : First Mover Advantage or Abuse of a Dominant Position ? », in *Google and the Law : Empirical Approaches to Legal Aspects of Knowledge-Economy Business Models* (sous la dir. de A. LOPEZ-TARUELLA), La Haye, T.M.C. Asser Press, 2012, pp. 10-35.
- WALSH A., « Microsoft v Commission : Interoperability, Emerging Standards and Innovation in the Software Industry », in *Microsoft On Trial. Legal and Economic Analysis of a Transatlantic Antitrust Case* (sous la dir. de L. RUBINI), Cheltenham, Edward Elgar, 2010, pp. 282-317.
- WAUTHY X., « La gratuité c'est le vol payant ! Google, le Web 2.0 et le modèle économique du gratuit : une industrie à réguler ? », in *Google et les nouveaux*

services en ligne (sous la dir. de A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE), Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 51-82.

C. ARTICLES AU SEIN DE PERIODIQUES

- AHLBORN C. EVANS D. et PADILLA A., « Competition Policy in the New Economy : Is Competition Law up To the Challenge ? », *E.C.L.R.*, vol. 22, n° 5, 2001, pp. 156-167.
- ALCHIAN A., « Reliability of Progress Curves in Airframe Production », *Econometrica*, vol. 31, n° 4, 1963, pp. 679-693.
- ALEXANDROV A., DELTAS G. et SPULBER D. F., « Antitrust and Competition in Two-Sided Markets », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 7, n° 4, 2011, pp. 775-812.
- AMMORI M. et PELICAN L., « Competitors' Proposed Remedies for Search Bias : Search 'Neutrality' and Other Proposals », *J. Internet. L.*, vol. 15, n° 11, 2012, pp. 8-31.
- APPELDOORN J., « He Who Spareth his Rod, Hateth his Son ? Microsoft, Super-dominance and Article 82 EC », *E.C.L.R.*, vol. 26, n° 12, pp. 653-658.
- ARGENTON C. et PRÜFER J., « Search Engine Competition with Network Externalities », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 8, n° 1, 2012, pp. 73-105.
- ART J.-Y. et MCCURDY G.S., « The European Commission's Media Player Remedy in its Microsoft Decision: Compulsory Code Removal Despite the Absence of Tying or Foreclosure », *E.C.L.R.*, vol. 25, n° 11, 2004, pp. 694-707.
- AVERITT N. W. et LANDE R. H., « Consumer Sovereignty : A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law », *Antitrust L. J.*, vol. 65, n° 3, 1997, pp. 713-757.
- AVERITT N. W. et LANDE R. H., « Using the 'Consumer Choice' Approach to Antitrust Law », *Antitrust L. J.*, vol. 74, n° 1, 2007, pp. 175-264.
- AVERITT N. W., LANDE R. H. et NIHOUL P., « 'Consumer Choice' is where we are all going – so let's go together », *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 1-3.
- BAR-ILAN J., « Manipulating search engine algorithms : the case of Google », *J. Inf. Comm. Ethics in Society.*, vol. 5, n° 2/3, 2007, pp. 155-166.
- BAXTER W. F., « Bank Exchange of Transactional Paper : Legal Economic Perspectives », *J. L. & Econ.*, n° 26, 1983, pp. 541-588.

- BIEN F. et KRAH M., « The Ruling of the CJEU in Post Danmark: Putting an End to Selective Price Cuts as an Abuse Under TFEU Article 102 and Turning Towards a More Economic Approach », *E.C.L.R.*, vol. 33, n° 10, 2012, pp. 482-487.
- BORK R. et SIDARK J., « What does the Chicago School teach about Internet search and the Antitrust treatment of Google ? », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 8, n° 4, 2012, pp. 663-700.
- BOTTEMAN Y. et PATSA A., « Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases », *J. Antitrust. Enforcement.*, vol. 1, n° 2, 2013, pp. 347-374.
- BRACHA O. et PASQUALE F., « Federal Search Commission : Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search », *Cornell. L. Rev.*, vol. 92, n° 6, 2008, pp. 1149-1210.
- BURNHAM T. A., FRELS J. K. et MAHAJAN V., « Consumer Switching Costs : A typology, Antecedents, and Consequences », *J.A.M.S.*, vol. 31, n° 2, 2003, pp. 109-126.
- CANDEUB A., « Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust », *J. L. & Pol’y. for Info. Soc.*, vol. 9, n° 3, 2014, pp. 407-434.
- CARRIER M., « Only ‘Scraping’ the Surface : The Copyright Hole in the FTC’s Google Settlement », *UBC. L. Rev.*, vol. 46, n° 3, 2013, pp. 1-19, également disponible à l’adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2391318>.
- CHADWICK E., « Results of Different Principles of Legislation and Administration in Europe; of Competition for the Field, as Compared with Competition within the Field, of Service », *J. Stat. Soc. London.*, vol. 22, n° 3, 1859, pp. 381-420.
- CHIRITA A., « Google’s anti-competitive and unfair practices in digital leisure markets », *Comp. L. Rev.*, vol. 11, n° 2, 2015, pp. 1-27, à paraître, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/irjlsb>.
- CLEMONS E. et MADHANI N., « Regulation of Digital Businesses with Natural Monopolies Or Third Party Payment Business Models : Antitrust Lessons from the Analysis of Google », *J.M.I.S.*, vol. 27, n° 3, 2010, pp. 43-80.
- COLOMO P., « Exclusionary Discrimination Under article 102 TFEU », *C. M. L. R.*, vol. 51, n° 6, 2014, pp. 141-164.

- CRANE D., « Search Neutrality and Referral Dominance », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 8, n° 3, 2012, pp. 459-468.
- CRANE D., « After Search Neutrality : Drawing a Line Between Promotion and Demotion », *J. L. & Pol'y. for Info. Soc.*, Vol. 9, n° 3, 2014, pp. 397-406.
- DE ALMEIDA R., « Market Dominance in the New Economy », *Revista DIREITO GV*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 67-98.
- DEVINE K., « Preserving Competition in Multi-Sided Innovative Markets : How Do You Solve a Problem Like Google ? », *N. C. J. Law. & Tech.*, vol. 10, n° 1, 2008, pp. 59-118.
- DIBADJ R., « Saving Antitrust », *U. Colo. L. Rev.*, vol. 75, n° 3, 2004, pp. 745-862.
- DIALLO D., « Comment des start-up deviennent des grands groupes mondiaux : le cas de Google », *Vie & sciences de l'entreprise*, n° 3/4, 2007, pp. 43-60, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/68w0Nr>.
- DOLMANS M. et LEYDEN A., « Internet & Antitrust : An overview of EU and national case law », *e-Competitions Bulletin Internet & Antitrust*, n° 45647, 2012, pp. 1-10.
- EMCH E. et THOMPSON T. S., « Market Definition and Market Power in Payment Card Networks », *Rev. Network. Econ.*, vol. 5, n° 1, 2006, pp. 45-60.
- ETZIONI O., « Search Needs a Shake-Up », *Nature*, vol. 486, n° 7358, 2011, pp. 25-26.
- EVANS D. S. et NOEL M. D., « The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Businesses », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 4, n° 3, 2008, pp. 663-695.
- EVANS D. S. et SCHMALENSEE R., « The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms », *Comp. Pol. Int.*, vol. 3, n° 1, 2007, pp. 151-179.
- FARCHY J. et MEADEL C., « Moteur de recherche et référencement : chassez le naturel... », *Hermès, La Revue*, n° 66, 2013, pp. 147-154.
- FILISTRUCCHI L. GERADIN D., VAN DAMME E., et P. AFFELDT., « Market Definition in Two-Sided Markets : Theory and Practice », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 10, n° 2, 2014, pp. 293-339.
- FOER A. A. et VAHEESAN S., « Google : The Unique Case of the Monopolistic Search Engine », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 4, n° 3, 2013, pp. 199-200.

- FRIDENSON P., « Une entreprise de sélection : Google », *Entreprises et histoire*, vol. 43, n° 2, 2006, pp. 47-57.
- GEIGER A., « Thou Shalt Not Dominate », *E.C.L.R.*, vol. 36, n° 3, 2015, pp. 128-131.
- GERADIN D., « Limiting the Scope of Article 82 EC : What Can The EU Learn From the US Supreme Court’s Judgment in Trinko, in the Wake of Microsoft, IMS, and Deutsche Telekom ? », *C.M.L.R.*, vol. 41, n° 6, 2004, pp. 1519-1553.
- GIFFORD D. J. et KUDRLE R. T., « Antitrust Approaches to Dynamically Competitive Industries in the United States and the European Union », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 7, n° 3, 2011, pp. 695-731.
- GOLDFARB A. et TUCKERC., « Substitution Between Offline and Online Advertising Markets », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 7, n° 1, 2011, pp. 37-44.
- GOLDMAN E., « Revisiting Search Engine Bias », *Wm. Mitchell. L. Rev.*, vol. 38, n° 1, 2011, pp. 96-110.
- GRAEF I., « How can Software Interoperability be achieved under European Competition Law and Related Regimes ? », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 5, n° 1, 2014, pp. 6-19.
- GRAEF I., « Sneak preview of the future application of European competition law on the Internet ? : Cisco and Messagenet », *C.M.L.R.*, vol. 51, n° 4, 2014, pp. 1263-1280.
- GRAVENGAARD M. A. et KJÆRSGAARD N., « The EU Commission guidance on exclusionary abuse of dominance – and its consequences in practice », *E.C.L.R.*, vol. 31, n° 7, 2010, pp. 285-305.
- GRIMMELMANN J., « The Structure of Search Engine Law », *Iowa. L. Rev.*, vol. 93, n° 1, 2007, pp. 1-64, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/19paKN>.
- HANDLEY T., « P2P Search as an Alternative to Google : Recapturing network value through decentralized search », *Journal of peer production*, n° 3, 2013, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/hwNdtW>.
- HAZAN J., « Stop Being Evil : A Proposal For Unbiased Google Search », *Michigan. L. Rev.*, vol. 111, n° 5, 2013, pp. 790-820.
- HOCHET Y., « Google : tu es si près de moi que je suis tout contre toi », *B.B.F.*, vol. 57, n° 3, 2012, pp. 62-69.

- HOEHN T. et LEWIS A., « Interoperability Remedies, FRAND Licensing and Innovation : A Review of Recent Case Law », *E.C.L.R.*, vol. 34, n° 2, 2013, pp. 101-111.
- HÖPPNER T. et J. DAVIES L., « The EU Competition Investigation of Internet Search. Why Google's market tested proposals for re-labelling and opt-out solutions do not suffice », *Comp. L. Rev. Int'.*, vol. 14, n° 4, 2013, pp. 107-114.
- HOUCK S. D., « Injury to Competition/Consumers in High Tech Cases », *St. John's L. Rev.*, vol. 75, n° 4, 2001, pp. 593-614.
- HUSOVEC M., « The End of (Meta) Search Engines in Europe? », *Chi.-Kent J. Int. Prop.*, vol. 14, n° 1, 2014, pp. 145-172.
- INTRONA L. et NISSEMBAUM H., « Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters », *The Information Society*, vol. 16, n° 3, 2000, pp. 169-185.
- JAMES B. S., « The Judgment of the General Court: All Steps Backward and No Steps Forward », *Eur. Comp. Journal.*, vol. 10, n° 2, 2014, pp. 203-220.
- JIANG M., « Search Concentration, Bias, and Parochialism : A Comparative Study of Google, Baidu, and Jike's Search Results From China », *J. of Communication.*, vol. 64, n° 6, 2014, pp. 1088-1110.
- KAFETZOPOLOUS A., « Merger Control Dynamics in Nascent Information Technology Markets », *Eur. Networks L. & Reg. Q.*, n° 2, 2014, pp. 156-163.
- KAGAN J., « Bricks, Mortar, and Google : Defining the Relevant Antitrust Market for Internet-Based Companies », *N.Y.U. Law. School. Rev.*, vol. 55, n° 1, 2011, pp. 271-292.
- KAHLER J., « EU Data Base Protection of Website Content With the Online Travel Business as An Example », *US-China L. Rev.*, vol. 9, n° 2, 2012, pp. 93-110.
- KAPLOW L., « Why (Ever) Define Markets », *Harv. L. Rev.*, vol. 124, n° 2, 2010, pp. 437-517.
- KATZ M. et SHAPIRO C., « Network Externalities, Competition, and Compatibility », *American Econ. Rev.*, vol. 75, n° 3, 1985, pp. 424-440.
- KIRKWOOD J. B. et LANDE R. H., « The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency », *N. Dame. L. Rev.*, vol. 84, n° 1, 2008, pp. 191-245.

- LAMADRID A., « EU Google Commitments », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 6, n° 6, 2013, pp. 481-483.
- LANDE R., « Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust », *U. Pitt. L. Rev.*, vol. 62, n° 3, 2001, pp. 503-527.
- LANDE R. H. et RUBIN J. L., « How the FTC Could Beat Google », *Comp. Pol. Int.*, vol. 10, n° 1, 2012, pp. 1-3.
- LANGFORD A., « gMonopoly : Does Search Bias Warrant Antitrust or Regulatory Intervention ? », *Indiana. L. J.*, vol. 88, n° 4, 2013, pp. 1559-1592, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/xBGfbu>.
- LAO M., « Search, Essential Facilities, and the Antitrust Duty to Deal », *Northwestern. J. of Tech. & Int. Prop.*, vol. 11, n° 5, 2013, pp. 275-319.
- LASTOWKA G., « Google's Law », *Brook. L. Rev.*, vol. 73, n° 4, 2008, pp. 1327-1410.
- LEARY T. B., « Freedom as the Core Value of Antitrust in the New Millennium », *Antitrust. L. J.*, vol. 68, n° 2, 2000, pp. 545-559.
- LEYDEN A. et DOLMANS M., « The Google Commitments : Now with a Cherry on Top », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 5, n° 5, 2014, pp. 253-255.
- LIANOS I. et MOTCHENKOVA E., « Market Dominance and Search Quality in the Search Engine Market », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 9, n° 2, 2013, pp. 419-455.
- LIND R. et MUYSSERT P., « Innovation and Competition Policy : Challenges for the New Millennium », *E.C.L.R.*, vol. 24, n° 2, 2003, pp. 87-92.
- LUCHETTA G., « Is the Google Platform a Two-Sided Market ? », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 10, n° 1, 2014, pp. 185-207.
- MANNE G. A. et WRIGHT J., « Google and the Limits of Antitrust : The Case Against the Case Against Google », *Harv. J. L. & Pub. Policy.*, vol. 34, n° 1, pp. 2011, pp. 171-244.
- MARTY F. et PILLOT J., « Protéger la concurrence ou protéger les concurrents ? L'affaire Intel en perspective », *Rev. Econ. et Soc.*, n° 2009-4, 2009, pp. 65-74.
- MARTY F, SIBONY A.-L. et WACHSMANN A., « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 1, 2011, pp. 91-116.
- MARTY F, SIBONY A.-L. et WACHSMANN A., « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 108-199.

- MARTY F, SIBONY A.-L. et WACHSMANN A., « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 1, 2012, pp. 103-116.
- MARTY F, SIBONY A.-L. et WACHSMANN A., « Chroniques – Pratiques unilatérales », *Concurrences*, n° 3, 2012, pp. 101-115.
- MESSINA M., « Article 82 and the New Economy : Need for Modernisation ? », *Comp. L. Rev.*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 73-98.
- MICHAUX B., « L’originalité en droit d’auteur, une notion davantage communautaire après l’arrêt *Infopaq* », *A&M*, n° 5, 2009, pp. 473-488.
- MORRIS P. S., « Solving Google’s Antitrust Dilemma : Cognitive Habits and Linking Rivals When There is Large Market Share in the Relevant Online Search Market », *Wake Forest J. of Bus. & Int. Prop. Law.*, vol. 13, n° 3, 2013, pp. 305-330, également disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/QG32cg>.
- NEBBIA P., « The Notion of “Urgency” in Interim Proceedings Concerning Competition Law: Some Thoughts After the Microsoft Order », *E.C.L.R.*, vol. 28, n° 4, 2007, pp. 271-277.
- NEWMAN N., « The Costs of Lost Privacy : Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google », *Wm. Mitchell. L. Rev.*, vol. 40, n° 2, 2014, pp. 849-889.
- NEWMAN N., « Search, Antitrust and the Economics of the Control of User Data », *Yale. J. on. Regulation.*, vol. 30, n° 3, 2014, pp. 1-73, également disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/OKqJtl>.
- NIHOUL P., « Freedom of choice : The emergence of a powerful concept in European competition law », *Concurrences*, n° 3, 2012, pp. 55-70.
- NIHOUL P., « The Ruling of the General Court in *Intel* : Towards the End of an Effect-based Approach in European Competition Law ? », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 5, n° 8, 2014, pp. 521-530.
- ØLYKKE G. et LUNDQVIST B., « Post Danmark, now concluded by the Danish Supreme Court : Clarification of the Selective Low Pricing Abuse and Perhaps the Embryo of a New Test », *E.C.L.R.*, vol. 34, n° 9, 2013, pp. 484-489.
- ÖZKAN A. et VANBERG A., « Yesterday Microsoft, today Google : Product designs in high-tech markets and challenges for competition law », *Rekabet Dergisi*, vol. 14, n° 1, 2013, pp. 111-212, également disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/P1GF8u>.

- PARENT R. et CHANAL V., « Quels business models pour les plateformes Web 2.0 : les apports de la théorie des marchés bi-faces », *Facef-Pesquisa*, vol. 12, n° 3, 2009, pp. 379-395.
- PENARD T., « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *Rev. int. dr. éco.*, t. XVI, n° 2/3, 2002, pp. 293-312.
- PERROT A., « Le numérique : Enjeux et questions de concurrence », Actes du colloque Culture-médias & numériques, *Concurrences*, n° 3, 2011, pp. 1-6.
- PETIT N. et NEYRINCK N., « Back to Microsoft I and II: Tying and the Art of Secret Magic », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 117-121.
- QIANG Y., « Technically tying applications to a dominant platform in the software market and competition law », *E.C.L.R.*, vol. 36, n° 4, 2015, pp. 160-173.
- RATLIFF J. D. et RUBINFELD D. L., « Online Advertising : Defining Relevant Markets », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 6, n° 3, 2010, pp. 653-686.
- RATLIFF J. D. et RUBINFELD D. L., « Is There a Market for Organic Search Engine Results and Can Their Manipulation Give Rise to Antitrust Liability ? », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 10, n° 3, 2014, pp. 517-541.
- RATO M. et PETIT N., « Abuse of Dominance in Technology-Enabled Markets : Established Standards Reconsidered ? », *Eur. Comp. Journal.*, vol. 9., n° 1, 2013, pp. 1-65.
- RAUBE M., « Case C-52/09, Konkurrentsverket v TeliaSonera Sverige AB, [2011] E.C.R.I-527 – Confirming an inappropriate assessment framework for margin squeeze », *E.C.L.R.*, vol. 34, n° 9, 2013, pp. 490-499.
- RIDYARD D., « Compulsory Access Under EC Competition Law – a New Doctrine of ‘Convenient Facilities’ and the Case for Price Regulation », *E.C.L.R.*, vol. 25, n° 11, 2004, pp. 669-673.
- RIEDER B. et SIRE G., « Conflicts of interest and incentives to bias: A microeconomic critique of Google’s tangled position on the Web », *New Media Society*, vol. 16, n° 2, 2014, pp. 195-211.
- ROCHET J.-C. et TIROLE J., « Platform Competition in Two-Sided Markets », *J. Eur. Econ. Ass’n*, vol. 1, n° 4, 2003, pp. 990-1029.
- ROCHET J.-C. et TIROLE J., « Two-Sided Markets : A Progress Report », *RAND. J. Econ.*, vol. 37, n° 3, 2006, pp. 645-667.

- ROUSSEVA E., « The Concept of ‘Objective Justification’ of an Abuse of a Dominant Position : Can it help to Modernise the Analysis under Article 82 EC ? », *Comp. L. Rev.*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 27-72.
- ROUSSEVA E. et MARQUIS M., « Hell Freezes Over : A Climate Change for Assessing Exclusionary Conduct under Article 102 TFEU », *J.E.C.L.A.P.*, vol. 4, n° 1, 2013, pp. 32-50.
- SCHMALENSEE R., « Antitrust Issues in Schumpeterian Industries », *American Econ. Rev.*, vol. 90, n° 2, 2000, pp. 192-196.
- SHAFIR E., SIMONSON I. ET TVERSKY A., « Reason-based choice », *Cognition*, vol. 49, n° 2, 1993, pp. 11-36.
- SIDAK J. G. ET TEECE D. J., « Dynamic Competition in Antitrust Law », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 5, n° 4, 2009, pp. 581-631.
- SMITH B. J., « Vertical vs. Core Search : Defining Google’s Market in a Monopolization Case », *N.Y.U. J. Law. & Bus.*, vol. 9, n° 1, 2012, pp. 331-373.
- SPENCER A. B., « Antitrust and the Information Age : Section 2 Monopolization Analyses in the New Economy », *Harv. L. Rev.*, vol. 114, n° 5, 2001, pp. 1623-1646.
- SPINK A., WOLFRAM D., JANSEN M. B. J. et SARACEVIC T., « Searching the web : The public and their queries », *J. Am. Soc. Inf. Sci & Tech.*, vol. 52, n° 3, 2001, pp. 226-234, également disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/Builuh>.
- SPULBER D. F., « Unlocking Technology : Antitrust and Innovation », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 4, n° 4, 2008, pp. 915-966.
- SPULBER D. F., « The Map of Commerce : Internet Search, Competition, and the Circular Flow of Information », *J. Comp. L. & Econ.*, vol. 5, n° 4, 2009, pp. 633-682.
- STUCKE M. E., « Behavioral Antitrust and Monopolization », *J. Comp. Law. & Econ.*, vol. 8, n° 3, 2012, pp. 545-574.
- SUBIOTTO R et O’DONOGUE R., « Defining the Scope of the Duty of Dominant Firms to Deal with Existing Customers under Article 82 EC », *E.C.L.R.*, vol. 24, n° 12, 2003, pp. 683-694.
- SWIRE P. et LAGOS Y., « Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique », *Maryland. L. Rev.*, vol.

72, n° 2, 2013, pp. 336-380, également disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2159157>.

- TEECE D. J. et COLEMAN M., « Meaning of Monopoly Power : Antitrust Analysis in High-Technology Industries, The New Issues Raised by Information Technology Industries », *Antitrust. Bull.*, vol. 43, n° 3/4, 1998, pp. 801-858.
- THEMELIS A., « Information and Intermediation, Abuse of Dominance and Internet 'Neutrality' : 'Updating' Competition Policy under the Digital Single Market and the Google Investigations (?) », *E. J. L. & Tech.*, vol. 4, n° 3, 2013, pp. 1-23.
- THEPOT F., « Market Power in Online Search and Social Networking : A Matter of Two-Sided Markets », *World. Comp. Law & Econ. Rev.*, vol 36, n° 2, 2013, pp. 195-222.
- USAI A., « The Intel Case : Between Tomra Systems ASA, the Commission's Guidance on Enforcement Priorities, and the alleged infringement of procedural requirements – no fat left on the bone », *E.C.L.R.*, vol. 35, n° 8, 2014, pp. 387-401.
- VAN DER VIJVER T., « Article 102 TFEU : How to Claim the Application of Objective Justifications in the Case of *prima facie* Dominance Abuses, *J.E.C.L.A.P.*, vol. 4, n° 2, 2013, pp. 121-133.
- VANBERG A., « From Archie to Google – Search engine providers and emergent challenges in relation to EU competition law », *E. J. L. & Tech.*, vol. 3, n° 1, 2012, pp. 1-18.
- VELJANOVSKI C., « E.C. Antitrust in the New Economy : Is the European Commission's View of the Network Economy Right ? », *E.C.L.R.*, vol. 22, n° 4, 2001, pp. 115-121.
- VERDURE C., « L'application du droit de la concurrence dans le secteur des déchets : examen au regard de la définition du marché pertinent », *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 28, 2011, pp. 113-120.
- VERHAERT J., « The challenges involved with the application of article 102 TFEU to the New Economy : A case study of Google », *E.C.L.R.*, vol. 35, n° 6, 2014, pp. 265-273.
- WAUTHY X., « Concurrence et régulation sur les marchés de plate-forme : une introduction », *Reflets et perspectives de la vie économique*, Tome XLVII,

- n° 1, 2008, pp. 39-54, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/r9756U>.
- WERDEN G., « The History of Antitrust Market Delineation », *Marquette. L. Rev.*, vol. 76, n° 1, 1992, pp. 123-215.
 - WILLS W., « The Judgment of the EU General Court in *Intel* and the So-Called More Economic Approach to Abuse of Dominance », *World Comp.*, vol. 37, n° 4, 2014, pp. 405–434.
 - WOANT T., « Searching for an Answer : Can Google Legally Manipulate Search Engine Results », *U. PA. J. Bus. L.*, vol. 16, n° 1, 2013, pp. 294-333.
 - WOOD D., « EU Competition Law and the Internet : Present and Past Cases », *Comp. L. Int'*, vol. 7, n° 1, 2011, pp. 44-49.
 - WRIGHT J., « One-sided Logic in Two-sided Markets », *Rev. Network. Eco.*, vol. 3, n° 1, 2004, pp. 44-64.
 - ZINGALES N., « Product Market Definition in Online Search and Advertising », *Comp. L. Rev.*, vol. 9, n° 1, 2013, pp. 29-47.

D. WORKING PAPERS

- AHLBORN C., DENICOLO V., GERADIN D. et PADILLA A., « DG Comp's Discussion Paper on Article 82 : Implication of the Proposed Framework and Antitrust Rules for Dynamically Competitive Industries », *T.I.L.E.C.*, 2006, pp. 1-55, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/EiMaoD>.
- AUER D. et PETIT N., « Two-Sided Markets and the Challenge of Turning Economic Theory into Competition Policy », *Working Paper*, 2015, pp. 1-45, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2552337>.
- BANIA K., « Abuse of Dominance in Online Search : Google as the New Content Gatekeeper », International Workshop on Competition Policy and Regulation in Media and Telecommunications : Bridging Law and Economics, *T.I.L.E.C.*, 23-24 mai 2013.
- BAUDENBACKER C., « Competition Law Issues in the Online World », 20th St. Gallen International Competition Law Forum ICF, 4 et 5 avril 2013, pp. 1-22, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2341978>.

- CAVE M. et WILLIAMS H., « Google and European Competition Law », *Paper for Telecommunications Policy Research Conference*, Arlington VA, 2011, pp. 1-15, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1992974>.
- CUIJPERS C. et PURTOVA N., « Data Protection Reform and the Internet : The Draft Data Protection Regulation », *Tilburg Law School Legal Studies Research Paper Series*, 2014, pp. 1-20.
- EDELMAN B., « Leveraging Market Power Through Tying and Bundling : Does Google Behave Anti-Competitively ? », *Harv. Bus. School.*, NOM Unit Working Paper, n° 14-112, 2014, pp. 1-75, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2436940>.
- ETRO F., « Leadership in Multi-sided Markets and the Dominance in Online Advertising », *University Ca' Foscari of Venice Department of Economics Research Paper Series*, n° 19, 2011, pp. 1-18, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/OgJsm7>.
- GERADIN D. et KUSCHEWSKY M., « Competition Law and Personal Data : Preliminary Thoughts on a Complex Issue », Working paper, 2013, pp. 1-16, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2216088>.
- GRAEF I., VERSHAKELLEN J. et VALCKE P., « Putting the right to data portability into a competition law perspective », *The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review*, 2013, pp. 53-63, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2416537>.
- FILISTRUCCHI L., « A SSNIP Test For Two-Sided Markets : The Case of Media », *NET Institute Working paper*, n° 08-34, 2008, pp. 1-45, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/sZC9UV>.
- FILISTRUCCHI L., GERADIN D. et VAN DAMME E., « Identifying Two-Sided Markets », *T.I.L.E.C. Discussion Paper*, 2012, pp. 1-26, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2008661>.
- HERZ M., « Google Search and the Law on Dominance in the EU. An Assessment of the Compatibility of Current Methodology with Multi-Sided Platforms in Online Search », *U. Groningen*, 2015, pp. 1-55, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2497932>.
- JAMISON M. A., « Should Google Search Be Regulated as a Public Utility ? », *University of Florida Working Papers Series*, 2012, pp. 1-27, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/nglNP9>.

- KIM H.-W. et PERERA N., « Software Continuance from Switching Costs Perspective : a Case of Web Browser, *P.A.C.I.S. 2008 Proceedings*, 2008, pp. 1-12, également disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/NnF1rO>.
- LOHSE A., « Comment on Google's proposed commitments to the European Commission », Ruhr Universität Bochum, 2013, pp. 1-12, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Vdf4mB>.
- MALAVOLTI E. et MARTY F., « La gratuité peut-elle avoir des effets anticoncurrentiels ? Une perspective d'économie industrielle sur le cas Google » (Exclusionary Pricing in a Two-Sided Platform: Some Insights from the Industrial Organization Theory in the Google Case) », *Document de travail OFCE*, n° 1, 2013, pp. 1-29, disponible à l'adresse suivante : http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2213707.
- MANNE G. A. et RINEHART W., « The Market Realities that Undermined the FTC's Antitrust Case Against Google », *Harvard. J. L. & Tech., Occasional Paper Series*, 2013, pp. 1-18, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/haifBX>.
- PASQUALE F., « Paradoxes of Digital Antitrust : Why the FTC Failed to Explain Its Inaction on Search Bias », *Harv. J. L. & Tech., Occasional Paper Series*, 2013, pp. 1-20, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/II7O0y>.
- PATTERSON M. R., « Google and Search-Engine Market Power », *Harv. J. L. & Tech., Occasional Papers Series*, 2013, pp. 1-24, disponible à l'adresse suivante : <http://jolt.law.harvard.edu/antitrust/articles/Patterson.pdf>.
- POLLOCK R., « Is Google the Next Microsoft ? Competition, Welfare and Regulation in Internet Search », *University of Cambridge Research Paper*, 2009, pp. 1-44, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/IJtcCi>.
- POSNER R. A., « Antitrust in the New Economy », *John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n° 106, 2^{ème} éd., *U. Chicago. L. & Econ.*, 2000, pp. 1-10, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/w5gw0H>.
- WEBER R. H., « Competition Law Issues in Online World », *20^{ème} St. Gallen International Competition Law Forum ICF*, 2013, pp. 1-21, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2341978>.
- WRIGHT J. D., « Defining and Measuring Search Bias : Some Preliminary Evidence, *I.C.L.E.*, 2011, pp. 1-55, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=2004649>.

E. THESES DE DOCTORAT

- BITETTI R., *Fringe Law and Economics*, Thèse de doctorat, Luiss Guido Carli, Rome, 2013, pp. 1-154.
- KIM. K., *Competition Law in the New Economy Industries : Is the Current Competition Analysis Adequate to Protect Consumers in the New Economy Industries ?*, Thèse publiée, Université de Manchester, 2012, pp. 1-346, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iQUm9E>.
- MEZAGUER M., *Les procédures transactionnelles en droit antitrust de l'Union européenne. Un exercice transactionnel de l'autorité publique*, coll. Droit de l'Union européenne – Thèses, vol. 39, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 1-567.

F. RAPPORTS ET WHITE PAPERS

- ALLEDWELDT F., SENDA K., RUPERT J. (*et al.*), « Consumer market study on the functioning of e-commerce and Internet marketing and selling techniques in the retail of goods », préparé par Civic Consulting, 2011, pp. 1-223, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/gtrOXw>.
- Commission européenne, *Bull. C.E.*, n° 10, 1984, pp. 1-142.
- Commission européenne, *XIV^{ème} Rapport sur la politique de concurrence (1984)*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/efpsRK>.
- Commission européenne, *XXIII^{ème} Rapport sur la politique de concurrence (1993)*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/eEvo6z>.
- Commission européenne, *XXVII^{ème} Rapport sur la politique de concurrence (1997)*, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/X5ovgW>.
- FAIRSEARCH, « Google's Transformation From Gateway to Gatekeeper: How Google's Exclusionary and Anticompetitive Conduct Restricts Innovation and Deceives Consumers », *FairSearch.org*, 2011, pp. 1-44, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/WOJQBO>.
- ICOMP, « La politique antitrust de Google observée au microscope », White paper, 11 octobre 2011, pp. 1-45, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/UKqM8C>.
- JUTAND F., HERZOG J., BONNET Y. (*et al.*), *Neutralité des plateformes : Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable*, Conseil

national du numérique, 2014, pp. 1-120, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/4TLoQB>.

- MANNE G. A. et WRIGHT J. D., « If Search Neutrality is the Answer, What's the Question ? », *I.C.L.E.*, Antitrust & Consumer Protection Program White Paper Series, 2011, pp. 1-92, disponible à l'adresse suivante : <http://ssrn.com/abstract=1807951>.
- PERRI P. et SING F., « L'exemple de Google : entre 4000 et 12000 emplois en danger », *PNC*, 2014, pp. 1-43, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/v5FLWM>.
- SCHULTE-NÖKE H., ZOLL F., MACIERZYNSKA-FRANASZCZYK E. (*et al.*), « Discrimination of Consumers in the Digital Single Market : Study », Policy Department A, 2013, pp. 1-108, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/yMnlX8>.
- Rapport sur le rapport annuel sur la politique de concurrence de l'Union européenne (2014/2158 (INI)), 4 février 2015, pp. 1-32, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/B11HQz>.

DIVERS

A. PROPOSITION D'ENGAGEMENTS

- Commission européenne, aff. COMP/C-39.740 – *Google*, communication publiée conformément à l'article 27, paragraphe 4, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil, *J.O.U.E.*, C 120, pp. 22-25.

B. DISCOURS ET DECLARATIONS

1. Union européenne

- ALMUNIA J., « Competition in Digital Media and the Internet », UCL Jevons Lecture, Londres, 7 juillet 2010, SPEECH/10/365, disponible à l'adresse

- suivante : <http://goo.gl/T7j5iF>, également disponible en format vidéo à l'adresse suivante : <http://goo.gl/PY3OfE>.
- ALMUNIA J., « Recent developments and future priorities in EU competition policy », International Competition Law Forum, St. Gallen, 8 avril 2011, SPEECH/11/243, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/Gzeck8>.
 - ALMUNIA J., « Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation », Bruxelles, 21 mai 2012, SPEECH/12/372, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/VUf7Q2>.
 - ALMUNIA J., « Higher Duty for Competition Enforcers », International Bar Association Antitrust Conference, Madrid, 15 Juin 2012, SPEECH/12/453, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/0aN3BJ>.
 - ALMUNIA J., « Competition enforcement in the EU : Beyond the integration of markets : 20th anniversary of the Academy of European Law (ERA) », Trèves, 18 octobre 2012, SPEECH/12/742, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/cepXIP>.
 - ALMUNIA J., « Competition and personal data protection », Privacy Platform event : Competition and Privacy in Markets of Data, Bruxelles, 26 novembre 2012, SPEECH/12/860, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/W4JdMZ>.
 - ALMUNIA J., « Abuse of dominance : a view from the EU », Fordham's Competition Law Institute Annual Conference, New York, 27 septembre 2013, SPEECH/13/758, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/8oepzL>.
 - ALMUNIA J., « The Google antitrust case : what is at stake ? », European Parliament hearing, Bruxelles, 1^{er} octobre 2013, SPEECH/13/768, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/MnkeSX>.
 - ALMUNIA J., « Competition in the online world », LSE Public Lecture, Londres, 11 novembre 2013, SPEECH/13/905, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/4Ab7wS>.
 - ALMUNIA J., « Intellectual property and competition policy », IP Summit 2013, Paris, 9 décembre 2013, SPEECH/13/1042, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/q81Vuv>.
 - ALMUNIA J., « Statement on the Google investigation », Press conference, Bruxelles, 5 février 2014, SPEECH/14/93, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/VUoz1D>.

- ALMUNIA J., « Public policies in digital markets : reflections from competition enforcement », Chatham House Competition Policy Conference 2014, Londres, 30 juin 2014, SPEECH/14/515, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/dPNvpx>.
- ALMUNIA J., « EU competition policy and sectoral challenges », 41st Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, Fordham, New York, 12 septembre 2014, SPEECH/14/592, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QaLSuR>.
- ANSIP A., « Why the EU needs a Digital Single Market : Speech by Vice-President Ansip in the European Parliament plenary session », Strasbourg, 26 novembre 2014, SPEECH/14/2182, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/kFZ5Z2>.
- ITALIANER A., « Level-playing field and innovation in technology markets », Conference on Antitrust in Technology, Palo Alto, 28 janvier 2013, p. 3, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hW6srQ>.
- KROES N., « European Competition Policy – Delivering Better Markets and Better Choices », European Consumer and Competition Day, Londres, 15 septembre 2005, SPEECH/05/512, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/3JHa1A>.
- LOWE P., « Consumer Welfare and Efficiency – New Guiding Principles of Competition Policy », 13th International Conference on Competition and 14th European Competition Day, Munich, 27 mars 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/zS7Bj4>.
- REDING V., « The EU Data Protection Reform 2012 : Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age », Innovation Conference Digital, Life, Design, Munich, 22 janvier 2012, SPEECH/12/26, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/4RzAJV>.
- VESTAGER M., « Competition policy for the Digital Single Market : Focus on e-commerce », Berlin, 26 mars 2015, SPEECH/15/4704, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/H4ot78>.
- VESTAGER M., « Statement by Commissioner Vestager on Google antitrust investigations at the European Parliament (ECON committee meeting) », Bruxelles, 11 novembre 2014, STATEMENT/14/1646, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/IU3zqq>.

- VESTAGER M., « Statement by Commissioner Vestager on antitrust decisions concerning Google », Bruxelles, 15 avril 2015, STATEMENT/15/4785, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/6AOuJ9>.

2. États-Unis

- ROSCH J., « Concurring and Dissenting Statement of Commissioner J. Thomas Rosch Regarding Google's Search Practices – In the Matter of Google Inc., FTC File n° 111-0163, 3 janvier 2012, pp. 1-8, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/J03dtZ>.
- OHLHAUSEN M., « Statement of Commissioner Maureen K. Ohlhausen – *In the Matter of Google Inc.*, FTC File n° 111-0163 », pp. 1-2, disponible à l'adresse suivante: <http://goo.gl/7fZez1>.

C. COMMUNIQUES ET DECLARATIONS DES AUTORITES DE LE LA CONCURRENCE

1. Commission européenne

- Commission européenne, communiqué de presse, « La Commission prend des mesures pour empêcher toute discrimination entre les systèmes informatisés de réservation aérienne », Bruxelles, 25 juillet 2000, IP/00/835, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/XIbGUJ>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante : déclaration d'Apple sur les changements stratégiques concernant l'iPhone », Bruxelles, 25 septembre 2010, IP/10/1175, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/r1Dqjv>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Antitrust : La Commission enquête sur des allégations d'infraction aux règles antitrust par Google », Bruxelles, 30 novembre 2010, IP/10/1624, disponible à l'adresse <http://goo.gl/tRJNMq>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Antitrust : la Commission ouvre une procédure à l'encontre de MathWorks », Bruxelles, 1^{er} mars 2012, IP/12/208, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/flXxht>.

- Commission européenne, communiqué de presse, « Antitrust : la Commission demande un retour d’information sur les engagements proposés par Google pour résoudre ses inquiétudes en matière de concurrence », Bruxelles, 25 avril 2013, MEMO/13/371, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/RbL7TQ>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competitions concerns – questions and answers », Bruxelles, 25 avril 2013, MEMO/13/383, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/Vff0Wd>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante : la Commission obtient de Google un affichage comparable de ses concurrents dans la recherche en ligne spécialisée », Bruxelles, 5 février 2014, IP/14/116, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/iFYkuo>.
- Commission européenne, aff. COMP/C-3/39.840, « Antitrust : Commission closes case against MathWorks », 2 septembre 2014, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/XRKAZu>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Concurrence : la commissaire Vestager annonce qu’elle proposera une enquête dans le secteur du commerce électronique », Bruxelles, 26 mars 2015, IP/15/4701, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/pwAAjy>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante : la Commission adresse une communication des griefs à Google au sujet de son service de comparaison de prix », Bruxelles, 15 avril 2015, MEMO/15/4781, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/dqbvmr>.
- Commission européenne, communiqué de presse, « Abus de position dominante : la Commission ouvre une procédure formelle d’examen contre Google concernant le système d’exploitation pour téléphones mobiles Android », Bruxelles, 15 avril 2015, MEMO/15/4782, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/Vi8Gq1>.

2. Federal Trade Commission

- Déclaration de la FTC, « Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google’s Search Practices *In the Matter of Google Inc.* », Dossier

FTC n° 111-0163, 3 janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/a0YFgt>.

- Déclaration de la FTC, « Statement of the Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick » *in* Re Proposed Acquisition of Hellman & Friedman Capital Partners V, LP, (Click Holding Company) By Google Inc., disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/xCO7Rt>.

D. ARTICLES DE PRESSE

1. Business Insider

- BORT J., « Nearly 500 Million Searches A Day Are For Things Google Has Never Heard Of », *Business Insider*, 13 mai 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/qzSOMM>.
- EDWARDS J., « Mark Zuckerberg Says Facebook Will Compete Directly Against Google As A Search Engine », *Business Insider*, 30 janvier 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/a22wEI>.
- SMITH S., « The 11 most Important Google Acquisitions Ever », *Business Insider*, 12 août 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/6Z7jMU>.

2. Financial Times

- BARBER L. et PALMER M., « Google chief puts creativity at the heart of its culture », *Financial Times*, 4 juin 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/rBv5bJ>.
- BRADSHAW T. et TAIT N., « Brussels to look closely at Google probe », *Financial Times*, 7 juillet 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QHsE2A>.
- OLIVER C. et BARKER A., « Europe antitrust chief not afraid of starting a fight », *Financial Times*, 8 mars 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/8an2xt>.
- PALMER M., « Formulas at heart of Google complaint », *Financial Times*, 25 février 2010, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/7087EU>.

- WATERS R., « Google criticised as product listing adverts push up prices », *Financial Times*, 24 novembre 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/DCjo2h>.

3. International NY Times

- ASSOCIATED PRESS, « E.U. Antitrust Chief Looking at Google Allegations », *International New York Times*, 7 juillet 2010 <http://goo.gl/8xP2cd>.
- ASSOCIATED PRESS., « Spain : Google News Vanishes Amid 'Google Tax' Spat », *International New York Times*, 16 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/y84lgz>.
- BILTON N., « Why Google Glass Broke », *International New York Times*, 4 février 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/sPplnW>.
- DOUGHERTY C., « What Happens if Apple Drops Google From Its Browser ? », *International New York Times*, 28 janvier 2015, disponible à l'adresse suivante, <http://goo.gl/Jy9pkN>.
- GEITNER P., « Google Moves Toward Settlement of European Antitrust Investigation », *International New York Times*, 24 juillet 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/X9dRZH>.
- HELFT M., « Google Makes a Case That It Isn't So Big », *International New York Times*, 28 juin 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/MJbdnS>.
- KANTER J., « E.U. Parliament Passes Measure to Break Up Google in Symbolic Vote », *International New York Times*, 27 novembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/yvWD5d>.
- KAUFFMAN S., « Google : Europe's Favorite Villain », *International New York Times*, 19 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/n0RpZC>.
- LESNIAK I., « L'affaire Google », *Les Echos*, 1^{er} mars 2015, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/L04Iz6>.
- LOHR S., « Can Microsoft Make You 'Bing' ? », *International New York Times*, 30 juillet 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iRXxnr>.
- MANJOO F., « Larry Page on Google's Many Arms », *International New York Times*, 25 juin 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/ebOFYn>.

- PFANNER E., « An Antitrust Complaint for Google in Germany », *International New York Times*, 18 janvier 2010, disponible à l'adresse : <http://goo.gl/xHy83f>.
- SAUERBREY A., « Why Germans Are Afraid of Google », *International New York Times*, 10 octobre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/xfXFQN>.
- STREITFELD D., « Engineers Allege Hiring Collusion in Silicon Valley », *International New York Times*, 28 février 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/1WrFCi>.
- STROSS R., « Everyone loves Google, Until Its Too Big », *International New York Times*, 21 février 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2Hgyxc>.
- VINDU G., « Firefox Makes Yahoo Its New Default Search, Replacing Google », *International New York Times*, 19 novembre 2014, disponible à l'adresse suivante <http://goo.gl/R28l0S>.
- WYATT., « A Victory for Google as F.T.C. Takes No Formal Steps », *International New York Times*, 3 janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hcIkKt>.
- X., « New Complaints Filed Against Google in Europe », *International New York Times*, 23 février 2010, <http://goo.gl/TA5TnZ>.

4. Le Figaro

- AISSAOUI M., « 'Cougar', 'googliser' et Bernard Pivot dans Le Petit Larousse 2014 », *Le Figaro*, 29 mai 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/tQe0DS>.

5. Le Monde

- BELOUEZZANE S., « La révolution smartphone ou le réseau du plus fort », *Le Monde*, 1^{er} janvier 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/pDZz2c>.

- BEUVE-MEUVE A. (*et al.*), « Google : ‘Notre ambition est d’organiser toute l’information du monde, pas juste une partie’ », *Le Monde*, 21 mai 2010, propos de Larry Brin, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/hFnEu2>.
- SWADKOWSKY M., UNTERSINGER M., et CLAIROUIN O., « Facebook : comment Graph Search va affecter votre profil », *Le Monde*, 17 juillet 2013, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/06kRWj>.

6. Le Soir

- LALOUX P., « Google bafoue la neutralité du Net », *Le Soir*, 16 juillet 2011, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/jdCsgH>.

7. Les Echos

- MOUTOT A., « Apple : bientôt la fin de Google comme moteur de recherche par défaut ? », *Les Echos*, 3 mars 2015, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/ozRFo2> (dernière consultation le 2 mars 2015).
- X. « Google déçoit malgré un bénéfice net annuel en hausse de 12 % », *Les Echos*, 29 janvier 2015, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/9sFlJX>.

8. Wall Street Journal

- LANGE S., « Gabriels großer Google-Bluff », *Wall Street Journal*, 16 mai 2014, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/WzR51s>.
- MULLINS B., WINKLER R et KENDAL B., « Inside the U.S. Antitrust Probe of Google », *Wall Street Journal*, 19 mars 2015, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/YkJaTK>.

E. BLOGS SPECIALISES

- ANDERSON N., « Search Neutrality ? How Google Became a ‘Neutrality’ Target, *ARS TECHNICA – Law & Disorder*, 30 avril 2010, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/RtXL0T>.

- ANDRIEU O., « Google My Business : une suite d’outils pour la visibilité des PME », *Abondance.com*, 18 juin 2014, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/B7r4XC>.
- BAKER L., « Yahoo Search Launches Google Killer : Search Assist, Videos, Flickr Integration », *SearchEngineJournal.com*, 2 octobre 2007, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/vQr5nW>.
- CHARLTON B., « 40% of consumers are unaware that Google Adwords are adverts », 28 février 2013, *Econsultancy*, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/L1yh4H>.
- DIEHL A., « l’affaire Buzzea : abus de position dominante de la part de Google ? », *Abondance.com – Lettre ‘Recherche & Référencement*, n° 156, 2014, pp. 42-45, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/NjDgPe> (article payant).
- EDELMAN B., « PPC Platform Competition and Google’s ‘May not Copy’ Restriction », *Benedelman.org*, 2008, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/jVYSXj>.
- EDELMAN B. et LOCKWOOD B., « Measuring Bias in « Organic » Web Search », *Benedelman.org*, 19 janvier 2011, disponible à l’adresse suivante : <http://www.benedelman.org/searchbias/>.
- FLEMING J., « Ansip : ‘Digital Single Market strategy will be ready in May’ », *Euractiv*, 16 janvier 2015, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/11TXJi>.
- HEINER D., « The FTC and Google : A Missed Opportunity », blog officiel de Microsoft, 3 janvier 2013, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/cZQCB5>.
- ISKOLD A., « The Attention Economy : an Overview », *Readwrite.com*, 1^{er} avril 2007, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/8ZCQPe>.
- KARCH K., « Vertical Search Engine », *About.com*, s.d., disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/Vbu9AG>.
- LAKE C., « Foundem vs. Google : A Case Study in SEO Fail », *Econsultancy*, 18 août 2009, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/iUtNnd>.
- KARAYN R., « Google, ton monopole est cerné ! », *L’Expansion / L’Express*, 13 juillet 2010, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/Jj82y2>.

- KEIZER G., « Who blinks first ? EU's threat to charge Google over antitrust issues is mostly bluff », *Computerworld*, 26 décembre 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2vNbVH>.
- LAMADRID A., « More on Google : is scraping anticompetitive », *chillingcompetition.com*, 14 février 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/01z5HG>.
- LEE D., « Nokia : The rise and fall of a mobile giant », *BBC News*, 3 septembre 2013, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/2l7ZXv>.
- LEE J., « Ensure Your Success When Porting Campaigns from Google AdWords to Microsoft adCenter », *SearchEngineWatch.com*, 24 juin 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iU9JVq>.
- LETTICE J., « When algorithms attack, does Google hear you scream ? Inside Google's search penalties gulag », *The Register*, 19 novembre 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/u8KfsG>.
- MGEE M., « Zuckerberg : Facebook Graph Search Is 'A Five-Year Thing' », *SearchEngineLand.com*, 16 avril 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/gzBnPw>.
- MENKOUÉ P., « Moteurs de recherche spécialisés : et si on allait droit au but ? », *Thot Cursus*, 27 novembre 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/dF4lSq>.
- MOHAN M., « Over 151 Google Products & Services You Probably Don't Know », *Minterest.org*, 2 décembre 2014, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/gHVXCc>.
- NEWMAN N., « Why EU Antitrust Focus on Google and Data Portability Matters – and Why It's Probably Not Enough », *Huffington Post*, 22 mai 2012, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/hfbFYk>.
- NICCOLAI J., « Yahoo Vows Death to the '10 Blue Links' », *PCWorld*, 19 mai 2009, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/jtU9Od>.
- SMITH B., « Adding our Voice to Concerns about Search in Europe », blog officiel de Microsoft, 30 mars 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/a9RAfl>.
- SMITH C., « By the Numbers : 80 Amazing Google Search Statistics and Facts », *DMR*, 4 mai, 2015, <http://goo.gl/8YpfEm>.

- SULLIVAN D., « Google Launches ‘Universal Search’ & Blended Results », *SearchEngineLand.com*, 16 mai 2007, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/3L3eCe>.
- X., « Comment fonctionne un moteur de recherche ? », *Abondance.com – Lettre « Recherche & Référencement »*, n° 58, 2005, p. 4, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/3g88oN> (article payant).
- X., « Foundem’s Google Story », *SearchNeutrality.org*, 18 août 2009, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/yQTR3n>.
- X., « L’autorité de la concurrence allemande scrute les activités de Google », *L’Expansion.com*, 18 janvier 2010, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/QCGTEr>.
- X., « Google truque-t-il les résultats de son moteur à son profit ? », *L’Expansion.com*, 30 novembre 2010, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/GGzVO4>.
- X., « Europe : chiffre d’affaires de la publicité en ligne dans les pays d’Europe de l’Ouest, selon eMarketer », *Journaldunet.com*, 16 février 2015, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/gHXfmx>.
- YONNET P., « Le PageRank en 2009 : mythe ou réalité », *Abondance.com – Lettre ‘Recherche & Référencement’*, n° 105, 2009, pp.17-26, disponible à l’adresse suivante : <http://goo.gl/202IXE> (article payant).

F. AUTRES SITES WEB

- Abondance.com : <http://www.abondance.com/>.
- Advertising.com : <http://goo.gl/RZimc9>.
- AT Internet : <http://goo.gl/EAJD4f>.
- Comparer.be : <http://www.comparer.be/>.
- Définition-marketing.com : <http://goo.gl/Sd65lc>; <http://goo.gl/fNNuYW>.
- Edelman trust barometer Global Results : <http://goo.gl/xShWOp>.
- Foudem : <http://www.foundem.co.uk/>.
- Google : <http://www.google.com/about/company/history/#2000> ; <https://www.google.com/settings/takeout> ; www.google.com ; www.google.be ; <https://www.google.fr/cse/> ; <https://www.google.com/settings/dashboard> ; <https://goo.gl/KK1k5R> ; <https://goo.gl/>.

- Jura : <http://goo.gl/bmlbFw>.
- Kelkoo : <http://www.kelkoo.fr/info-societe/a-propos-de-kelkoo>.
- Marketingprofs.com : <http://www.marketingprofs.com/>.
- Statista : <http://goo.gl/28IYtr> ; <http://goo.gl/OLWzku>.
- Statistic brain : <http://goo.gl/RiOOjz>.
- Stepstone : <http://www.stepstone.be/A-propos-de-StepStone/>.
- The economist : <http://www.economist.com/>.
- Université catholique de louvain : <http://www.uclouvain.be/drt.html>.
- Yahoo ! Finance : <http://finance.yahoo.com/q?s=GOOG>.
- YCharts : <http://goo.gl/CqwHgJ>.
- Zanox.com : <http://www.zanox.com/fr/editeurs/>.

G. AUTRES

- ICOMP, « ICOMP Response to the Remedies Proposed by Google Inc. in Case COMP/C-3/39.740 », 31 mai 2013, pp. 1-70, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/wvxwCz>.
- ICOMP, « Market test submissions », Annex I, pp. 1-74, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/lkCXAd>.
- SCHMIDT E., « Testimony of Eric Schmidt, Executive Chairman, Google Inc. Before the Senate Committee on the Judiciary Subcommittee on Antitrust, Competition Policy and Consumer Rights », 21 septembre 2011, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/QKcZ0f>.

Table des matières

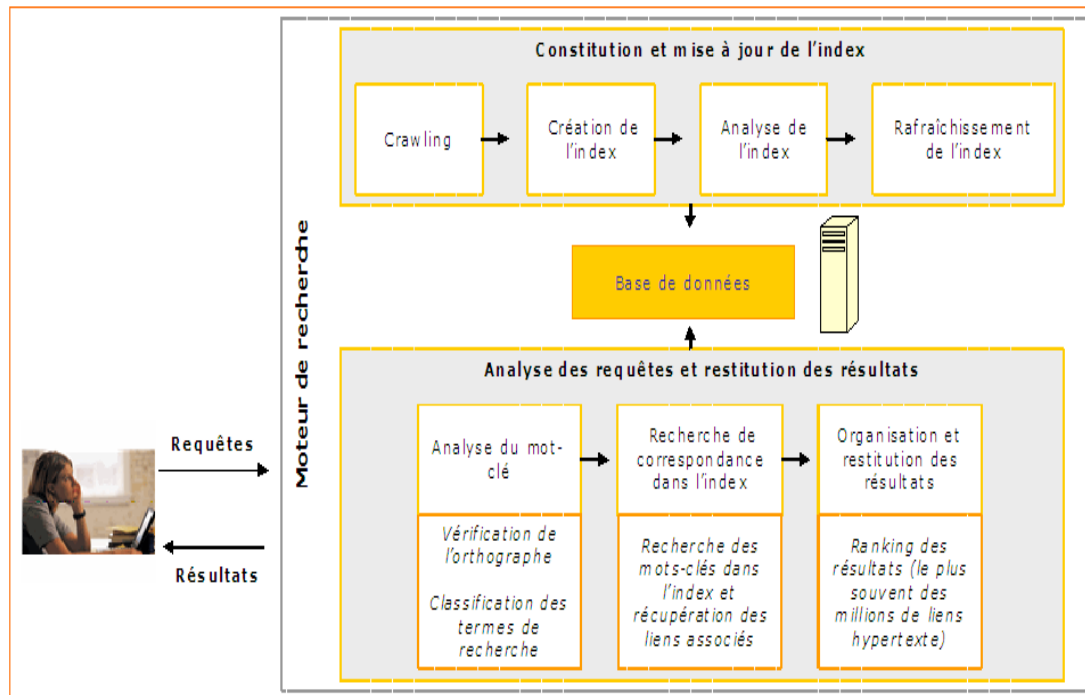
Remerciements.....	V
Sommaire.....	VI
Abréviations	VII
INTRODUCTION GENERALE	1
PARTIE I. ANATOMIE D’UN LEVIATHAN DES TEMPS MODERNES.....	6
Chapitre I. Google Search : un moteur de recherche pas comme les autres	6
Section I. Google et les moteurs de recherche sur Internet	7
Sous-Section I. Définition.....	7
Sous-section II. Comment Google Search fonctionne-t-il ?	8
§1. Le « crawling ».....	8
§2. L’indexation	9
§3. Le « ranking »	9
§4. L’affichage des résultats	11
Section II. Google et la recherche horizontale, verticale... universelle ?!	12
Sous-section I. Recherche horizontale (générale) et recherche verticale (spécialisée) ?.....	12
Sous-section II. Changement de paradigme ? Des « dix liens bleus » à la recherche « Universelle »	14
Chapitre II. Le modèle économique de Google : devenir la plus grande agence de publicité du monde.....	15
Section I. <i>AdWords</i> , ou quand Google révolutionne le monde de la publicité en ligne	16
Section II. <i>AdSense</i> , ou quand Google se mue en régie publicitaire	18
Chapitre III. Conclusion	19
PARTIE II. LE DROIT DE LA CONCURRENCE DE L’UE CONFRONTE AUX DEFIS CORNELIENS POSES PAR GOOGLE	21
Chapitre I. L’affaire Google : état des lieux	21
Chapitre II. La problématique du « marché » de Google.....	27
Section I. Google Search : une plateforme « biface » ?.....	28
Sous-section I. La théorie des marchés « multifaces »	28
Sous-section II. Google Search : une plateforme multiface	33
Section II. Quel(s) marché(s) pertinent(s) pour Google ?	36
Sous-section I. Méthodologie : des outils peu adaptés aux plateformes multifaces	37
§1. Les pièges méthodologiques induits par l’adoption d’une approche monoface	37
§2. Une méthodologie adaptée à Google	41
Sous-Section II. Définition du marché de produits.....	44
§1. Définition du marché de produits sur le versant des internautes	45
A) Marché a priori : le marché de la recherche en ligne	45
B) Contraintes concurrentielles	46
1. Recherche en ligne et recherche hors ligne ?	47
2. Recherche horizontale et recherche verticale ?	48
§2. Définition du marché de produits sur le versant des annonceurs.....	50
A) Marché a priori : la publicité en ligne	50
B) Contraintes concurrentielles	51

1. La publicité en ligne et la publicité hors ligne.....	51
2. La publicité liée aux recherches et la publicité non liée aux recherches.....	54
§3. Marché(s) de produits de Google.....	56
A) Les plateformes multifaces appréhendées par les autorités de la concurrence.....	56
B) Propositions de définition du marché de produits.....	58
Sous-section III. Définition du marché géographique.....	59
Chapitre III. Google : monopoliste ou géante aux pieds d'argile ?	60
Section I. La dominance dans les marchés de la Nouvelle Économie : une approche traditionnelle désuète ?.....	61
Sous-section I. Caractéristiques des marchés de la Nouvelle Économie.....	61
Sous-section II. Implications pour l'appréciation d'une éventuelle position dominante de Google.....	63
Section II. Google et son pouvoir de marché : la concurrence est-elle réellement « à un clic » ?.....	69
Sous-section I. Parts de marché.....	69
§1. Marché de la recherche horizontale.....	70
§2. Marché de la publicité liée aux recherches.....	71
§3. Conclusion.....	71
Sous-section II. Effets de réseau, barrières à l'entrée et à l'expansion.....	72
§1. Sur le marché de la recherche horizontale.....	73
A) Coûts fixes, coûts irrécupérables et économies d'échelle.....	73
B) Effets d'apprentissage.....	75
C) Effets de réseau.....	78
D) Effets d'« enfermement ».....	81
§2. Sur le marché de la publicité liée aux recherches.....	83
A) Effets de réseau et « enfermement ».....	83
B) Insuffisance du trafic.....	84
§3. Conclusion.....	86
Sous-section III. Conclusion sur la position de Google.....	87
Chapitre IV. Les pratiques de Google à la loupe.....	89
Section I. Traitement préférentiel accordé par Google à ses propres services spécialisés.....	91
Sous-section I. Prolégomènes.....	91
Sous-section II. Le biais de Google : abus ou concurrence par les mérites ?.....	95
§1. La théorie de la Commission européenne.....	96
§2. La défense de Google.....	97
§3. Prise de position : vers un changement de paradigme dans la mise en œuvre de l'article 102 TFUE ?.....	100
A) La notion d'« abus » et les priorités de mise en œuvre de l'article 102 TFUE.....	101
B) Les effets anticoncurrentiels potentiels du biais de Google.....	102
1. Impact sur la structure de la concurrence.....	103
2. Impact sur les internautes.....	105
3. Impact sur le Marché Unique Numérique.....	108
4. Conclusion.....	110
C) La notion de « choix » : un concept unitaire émergent ?.....	111
1. Le bien-être des « consommateurs » et le concept du « choix ».....	111
2. Leçons du passé.....	113
3. Conclusion.....	116
D) Conclusion.....	118
Sous-section II. Catégorisation.....	119
§1. Vente liée ?.....	120
§2. Refus de commercer ?.....	123
§3. Discrimination de « seconde ligne » ?.....	128
A) Leçons du passé.....	130
B) Observations.....	133
§4. Conclusion.....	135
Section II. Utilisation du contenu original de sites Web tiers.....	139
Sous-section I. Prolégomènes.....	139
Sous-section II. Le « moissonnage » et le droit de la concurrence : un mariage (im)possible ?.....	141
§1. Une conclusion <i>prima facie</i> sans équivoque ?.....	141

§2. Le dénouement de l'enquête de la FTC : une incise utile ?	143
§3. Conclusion.....	144
Sous-section III. Une autre lecture du « moissonnage ».....	146
§1. Les mérites d'une approche fondée sur des considérations liées à l'équité.....	146
§2. Leçons du passé.....	148
§3. Conclusion.....	150
Section III. Accords d'exclusivité et restrictions contractuelles à la portabilité	150
Sous-section I. Accords d'exclusivité conclus avec certains partenaires commerciaux	151
§1. Prolégomènes	151
§2. Les pratiques « exclusivisantes » de Google : abus de position dominante ?.....	152
§3. Conclusion.....	155
Sous-section II. Restrictions contractuelles à la portabilité des campagnes publicitaires	156
§1. Prolégomènes	156
§2. La portabilité des données dans les « limbes » : régulation <i>ex ante</i> , intervention antitrust <i>ex post</i> , ou <i>statu quo ante</i>	158
A) Régulation <i>ex ante</i> : un droit à la portabilité ?	158
B) Intervention antitrust <i>ex post</i> : abus de position dominante ?	159
1. Prise de position	160
2. Leçons du passé.....	162
§3. Conclusion.....	164
 CONCLUSION GENERALE	166
 Bibliographie.....	172
 Table des matières	213
 Annexes.....	216

Annexes

Annexe I. Les différentes étapes du fonctionnement d'un moteur de recherche



(Source : X. « Comment fonctionne un moteur de recherche ? », *Abondance.com – Lettre « Recherche & Référencement »*, n° 58, 2005, p. 2.)

Annexe II. Page de résultats standard sur Google Search

machine à coudre

Web Images Videos Maps More Search tools

About 470.000 results (0.44 seconds)

1

Surjeteuses et Machines à Coudre sur Unigro
Ad www.unigro.be/Jouer
Petits Prix et Large Choix sur Tout Le Rayon Jouer. Livraison Rapide !

Machine À Coudre Déstockage - meilleurvendeur.be
Ad loisir-creatif.meilleurvendeur.be/
Vous cherchez Machine À Coudre? Machine À Coudre: jusqu'à -50%!

3

Machine à coudre - 2ememain.be
www.2ememain.be/...divers/machine-à-coudre/ Translate this page
Machine à coudre de marque Singer favorite en bon état et fonctionne tres bien. Avec ampoule de rechange et pédale. Renseignements via GSM 0496055450.
Machine a coudre - Machine à coudre SINGER - Machine à coudre électrique

Machine à coudre au meilleur prix avec Pixmania
www.pixmania.be/...machine-a-coudre/machine-a-cou... Translate this page
Tous les produits Entretien du linge / Machine à coudre Machine à coudre au meilleur prix sont à découvrir sur le site de vente en ligne Pixmania.

BERNINA Belgique - des machines à coudre et à broder d ...
www.bernina.com/fr-BE/Home-Belgique-France Translate this page
Qu'il s'agisse de coudre, de broder ou de quilter – avec son large éventail de fonctions,

Shop on Google Sponsored

Singer machine à coudre HD 4411 avec livre FR
279,00 € - ColliShop
JIM Singer exclusief te koop bij ColliShop !

Imaginarium Machine Couture Naaimachine Voor Kinderen Speelgoed
64,95 € - bol.com
Nú extra voordelig bij bol.com!

Ads

Machine à Coudre Singer
www.kapaza.be/ -
Tweedehands te koop aanbieden of kopen? Gratis online op Kapazal!

2

(Recherche effectuée le 20 avril 2015)

Les zones 1 et 2 sont occupées par des liens commerciaux ou sponsorisés, qui sont générés par *AdWords*.

La zone 3 comprend des liens organiques ou naturels, dont le classement résulte, pour partie, de l'algorithme de pertinence *PageRank*.

Annexe III. La recherche « Universelle »

The screenshot shows a Google search for "google antitrust" with approximately 12,800,000 results. The search bar is at the top, and navigation tabs for "Web", "News", "Images", "Videos", "Shopping", "More", and "Search tools" are visible. Below the search bar, the results are categorized into two zones:

Zone 1 (orange border): This zone is titled "In the news" and contains several news snippets. The first snippet is from Phys.Org, dated 22 hours ago, with the headline "Google prepares for long battle in EU antitrust case" and a sub-headline "Google Inc. probably faces a lengthy process in challenging antitrust charges by the ...". Other snippets include "How Google is endangering police officers" from CNN (5 hours ago) and "4 Myths About The EC Antitrust Case Against Google Dispelled" from Seeking Alpha (7 hours ago). A link for "More news for google antitrust" is also present.

Zone 2 (green border): This zone contains organic search results. The first result is from The Huffington Post, titled "Google Antitrust - Huffington Post", with the URL www.huffingtonpost.com/news/google-antitrust/. The second result is from Search Engine Land, titled "Google: Antitrust | Search Engine Land", with the URL searchengineland.com/library/google/google-antitrust. The third result is from USA Today, titled "Wolff: Google's antitrust bet that it's a tech-led world", with the URL www.usatoday.com/story/...google-eu-antitrust/25930555/.

(Recherche effectuée le 23 avril 2015)

La zone 1 est occupée par des résultats en provenance du moteur vertical « *Google Actualités* ».

La zone 2 comprend les liens organiques générés par le moteur horizontal de Google.

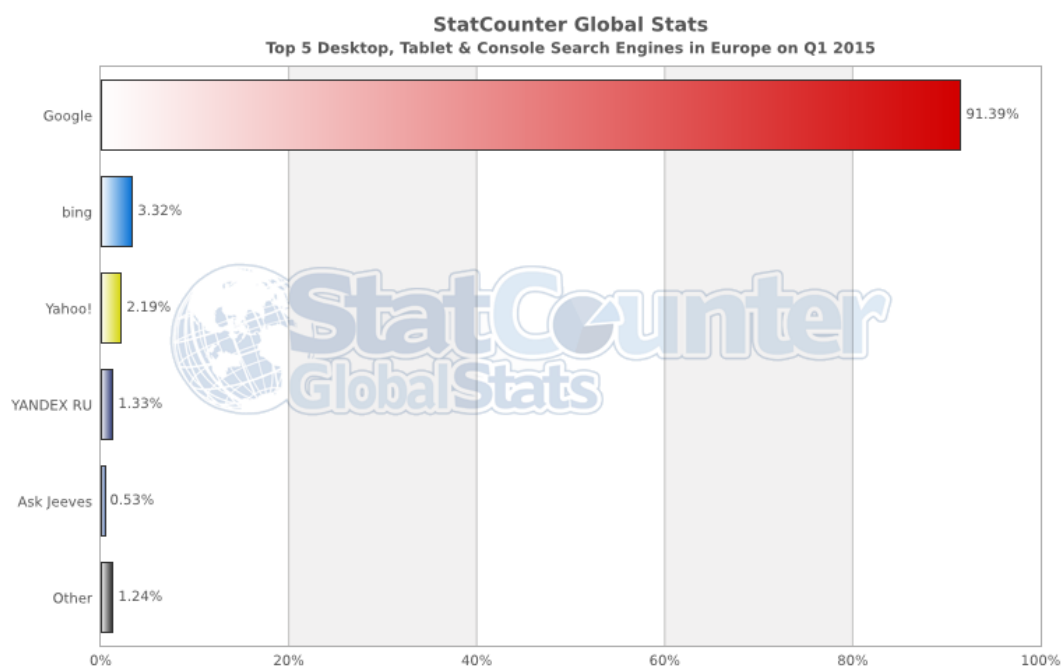
Annexe IV. Analyse financière de Google – Année 2014

Revenues	Full Year			2014			
	2012	2013	(unaudited) 2014	(unaudited) Q1	(unaudited) Q2	(unaudited) Q3	(unaudited) Q4
Google Websites	\$31,221	\$37,422	\$45,085	\$10,469	\$10,935	\$11,252	\$12,429
<i>Y/Y Growth Rate</i>	19%	20%	20%	21%	23%	20%	18%
<i>Q/Q Growth Rate</i>	NA	NA	NA	-1%	4%	3%	10%
Google Network Members' Websites	\$12,465	\$13,125	\$13,971	\$3,397	\$3,424	\$3,430	\$3,720
<i>Y/Y Growth Rate</i>	20%	5%	6%	4%	7%	9%	6%
<i>Q/Q Growth Rate</i>	NA	NA	NA	-4%	1%	0%	8%
Total Advertising Revenues	\$43,686	\$50,547	\$59,056	\$13,866	\$14,359	\$14,682	\$16,149
<i>Y/Y Growth Rate</i>	20%	16%	17%	17%	19%	17%	15%
<i>Q/Q Growth Rate</i>	NA	NA	NA	-1%	4%	2%	10%
Other Revenues	\$2,354	\$4,972	\$6,945	\$1,554	\$1,596	\$1,841	\$1,954
<i>Y/Y Growth Rate</i>	71%	111%	40%	48%	53%	50%	19%
<i>Q/Q Growth Rate</i>	NA	NA	NA	-6%	3%	15%	6%
Total Revenues	\$46,039	\$55,519	\$66,001	\$15,420	\$15,955	\$16,523	\$18,103
<i>Y/Y Growth Rate</i>	21%	21%	19%	19%	22%	20%	15%
<i>Q/Q Growth Rate</i>	NA	NA	NA	-2%	3%	4%	10%
As % of Revenues							
<i>Google Websites</i>	68%	67%	68%	68%	69%	68%	69%
<i>Google Network Members' Websites</i>	27%	24%	21%	22%	21%	21%	20%
<i>Other Revenues</i>	5%	9%	11%	10%	10%	11%	11%

(Source : Google Investor Relations, disponible à l'adresse suivante : <http://goo.gl/iV7vSI> {dernière consultation le 23 avril 2015})

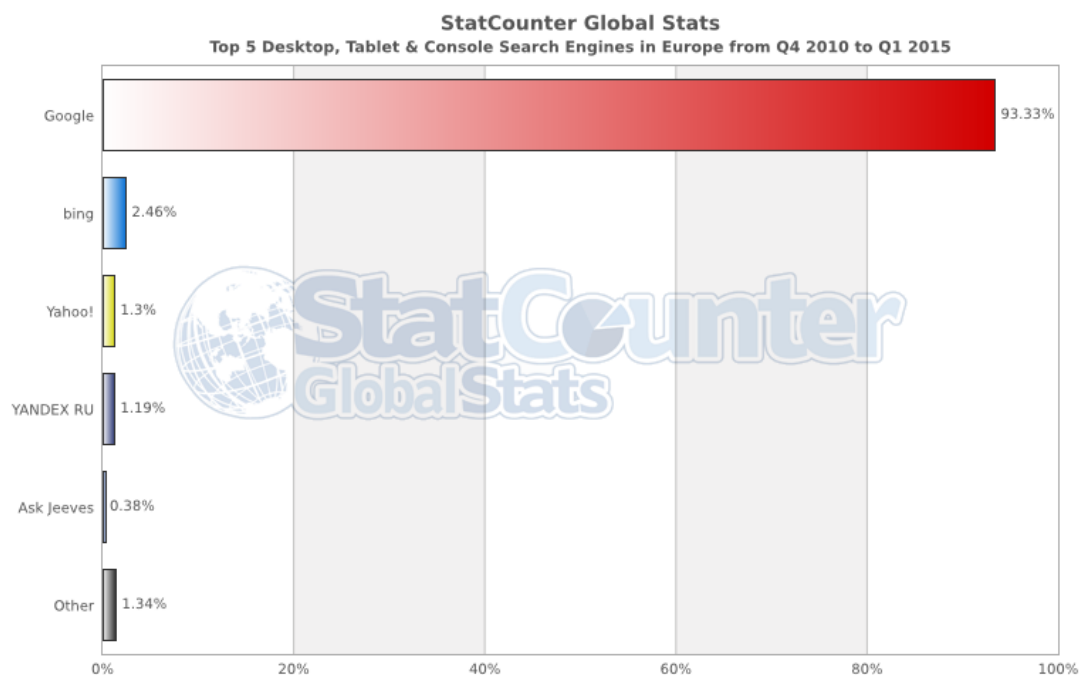
Annexe V. Niveau des parts de marché sur le marché de la recherche horizontale

1. Répartition des parts du marché de la recherche horizontale en ligne européen (Q1 2015)



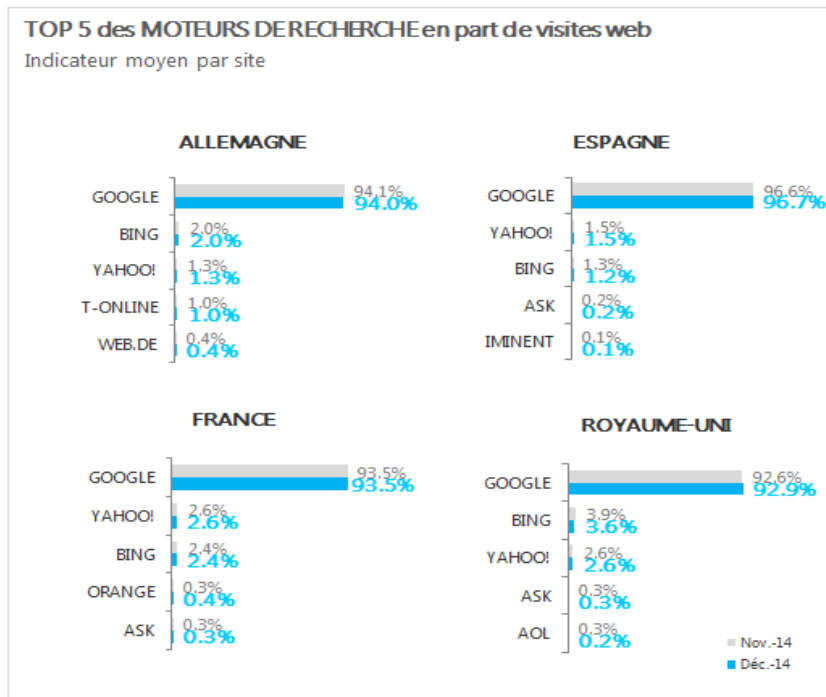
(Source : <http://gs.statcounter.com/>)

2. Répartition des parts du marché de la recherche horizontale en ligne européen (Q4 2010 au Q1 2015)



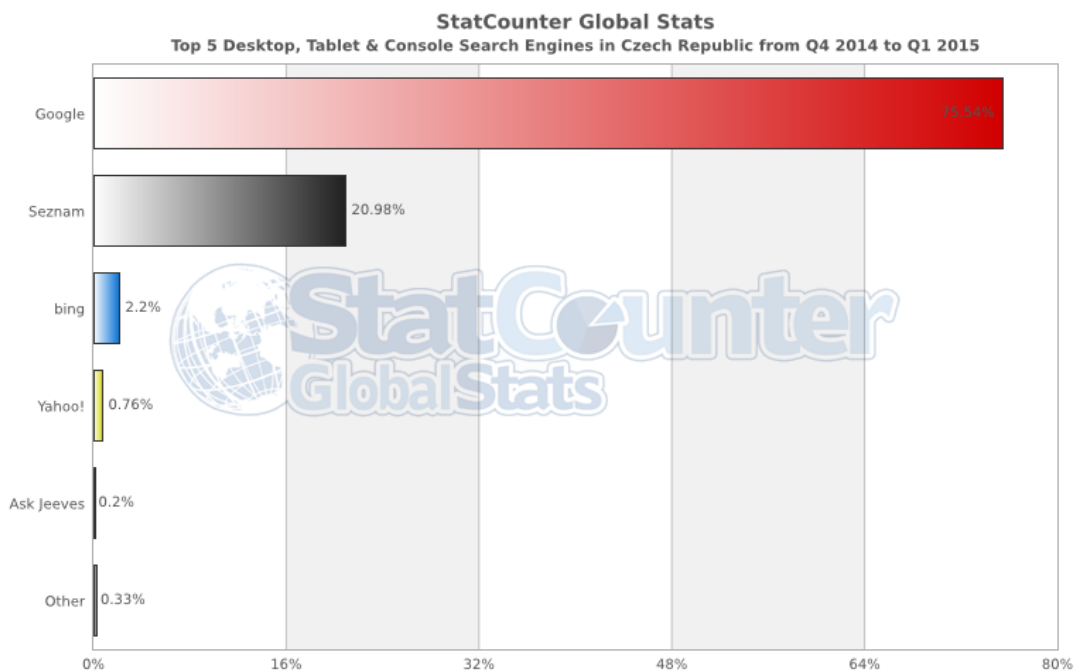
(Source : <http://gs.statcounter.com/>)

3. Répartition des parts des marchés de la recherche horizontale en ligne allemand, espagnol, français et britannique (novembre 2014 – décembre 2014)



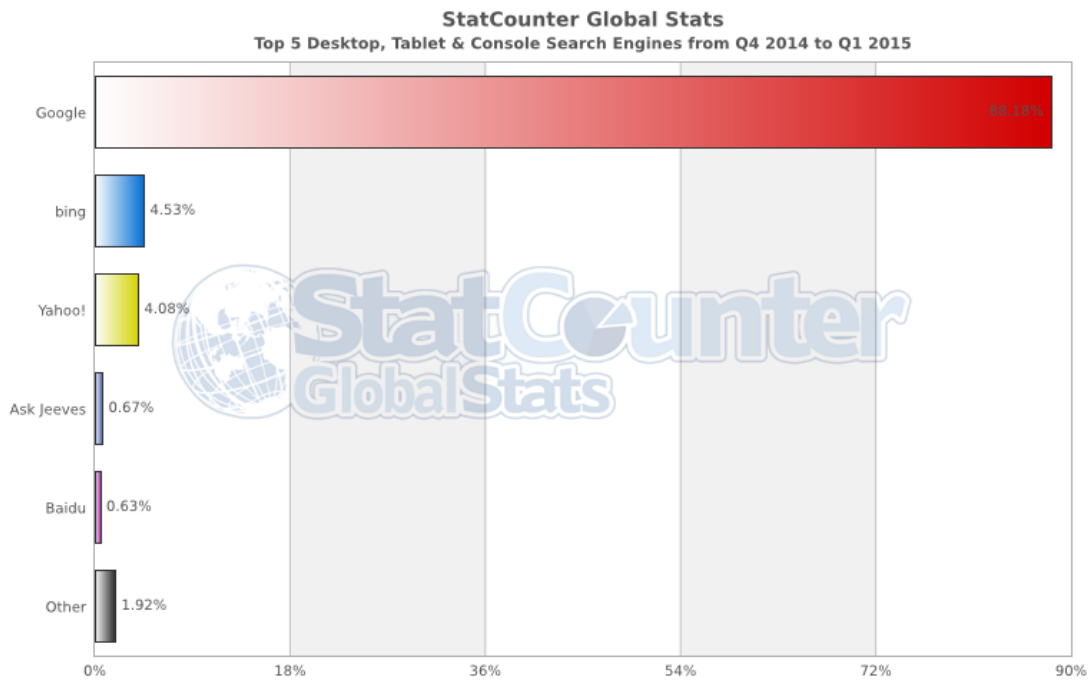
(Source : <http://atinternet.com/>)

4. Répartition des parts du marché de la recherche horizontale en ligne tchèque (Q1 2015)



(Source : <http://gs.statcounter.com/>)

5. Répartition des parts du marché de la recherche horizontale en ligne mondial (Q1 2015)



(Source : <http://gs.statcounter.com/>)

Annexe VI. La qualité subjective des résultats de la recherche

Google meilleurs restaurants pas chers à Bruxelles

Web Maps News Images More Search tools

About 461.000 results (0,49 seconds)

Restaurant Le Marmiton - LeMarmiton.be
www.lemarmiton.be/
 En plein centre de Bruxelles, à deux pas de la Grand Place
 Galerie de la Reine 38, Bruxelles

10-15 € : Bien Manger à Bruxelles
bienmangerbruxelles.blogspot.be/10-20-e/ Translate this page
 Jan 6, 2015 - Pour les plus pressés : le restaurant propose des formules avec sandwiches, salades Bref, très bon et pas cher, mais à vos risques et périls!

05-10 € : Bien Manger à Bruxelles
bienmangerbruxelles.blogspot.be/5-10-e/
 1000 BRUXELLES Bref, très bon et pas cher, mais à vos risques et périls! ... A noter la grande table séparée à l'arrière du restaurant, idéale pour un brunch ...

Meilleurs Restaurants à Bruxelles - lafourchette
www.lafourchette.be/ville/bruxelles/68211 Translate this page
 Réservez les meilleurs restaurants à Bruxelles avec des promotions jusqu'à -50% sur la carte. Confirmation immédiate de votre réservation.

't Bolleke
www.tbolleke.be/

't Bolleke
 Restaurant
 Laid-back eatery with old, framed photos on the walls, serving a Belgian menu featuring meatballs.
 Address: Rue de la Croix de Fer 40, 1000 Ville de Bruxelles
 Phone: 02 217 47 12
 Hours: Closed now · Hours
 Reviews Write a review

(Recherche effectuée le 20 mars 2015, sur Google Search)

YAHOO! FRANCE meilleurs restaurants pas chers à Bruxelles Rechercher Connexion

Web Images Vidéo Actualités Questions/Réponses Shopping À tout moment Hier Semaine dernière Mois dernier Sur tout le Web En français En France

Announces relatives à meilleurs restaurants pas chers à Bruxelles

[Comparateur de Vols - Comparez tous les prix en 1 minute.](#)
[eDreams.fr/Comparateur-vols](#) Annonce
 4,5 ★★★★★ avis pour edreams.fr
 Comparez tous les prix en 1 minute. Réservez vos vols au **Meilleur Prix!**

[Restaurants à Bruxelles - Les meilleurs tables de Bruxelles.](#)
lafourchette.be/bruxelles Annonce
 Les **meilleurs tables de Bruxelles**. Réservez gratuitement en 3 clics !

[Séjours - Amoureux - Jusqu'à -70% sur les séjours !](#)
voyage-prive.com/Amoureux Annonce
 Jusqu'à -70% sur les séjours ! Vente privée voyage, inscrivez-vous

[Séjour Rep Dom Pas Cher - Séjours Pas Chers Jusqu'à -60% !](#)
Promovacances.com/Rep-Dom-Pas-Chere Annonce
 4,0 ★★★★★ avis pour promovacances.com
 Séjours **Pas Chers** Jusqu'à -60% ! La Rép Dominicaine avec Promovacances

Afficher d'autres annonces pour : [meilleurs restaurants pas chers à Bruxelles](#)

[Bien Manger à Bruxelles](#)
bienmangerbruxelles.blogspot.be
 Restaurants à Bruxelles ... Il ne s'agit pas du meilleur restaurant japonais de Bruxelles. Aji, ... Bref, très bon et pas cher, ...

Afficher d'autres annonces pour : [meilleurs restaurants pas chers à Bruxelles](#)

Announces
[Hôtels à Londres dès 32€](#)
Accorhotels.com/Londres
 4,0 ★★★★★ avis pour de accorhotels.com
 Etap, Ibis, Mercure, Sofitel, De l'Économique au Luxe !

[Les Meilleurs Restaurants](#)
Ask.com/Les Meilleurs Restaurants
 Cherchez Les **Meilleurs Restaurants**.

(Recherche effectuée le 20 mars 2015, sur Yahoo !)

bing meilleurs restaurants pas chers à Bruxelles

Web Images Vidéos Cartes Actualités Plus Nederlands | English Connexion

13.800.000 RÉSULTATS Affiner par langue Affiner par pays

[Comparez Devis Déménageur | Deménagement365.be](#) Annonces
www.Demenagement365.be/Devis
 6 Devis Gratuits en 2 Minutes Comparez Toujours Avant d'Acheter !

[Restaurants à Bruxelles - Les meilleurs tables de Bruxelles.](#)
lafourchette.be/bruxelles
 Les **meilleurs tables de Bruxelles**. Réservez gratuitement en 3 clics !

[Bien Manger à Bruxelles](#)
bienmangerbruxelles.blogspot.be
 Restaurants à Bruxelles ... Il ne s'agit pas du meilleur restaurant japonais de Bruxelles. Aji, ... Bref, très bon et pas cher, ...

[Les restaurants pas chers à Bruxelles | InsideBrussels ...](#)
www.insidebrussels.be/V0/les-restaurants-pas-chers-a-bruxelles/
 Manger **pas cher** à Bruxelles Outre les pitas et snacks du centre, ... ©2014 InsideBrussels.be Le **meilleur de Bruxelles Restaurant** & Café Bruxellois.

[resto pas cher Bruxelles, Bruxelles](#)
[fr.yelp.be/search?find_desc=resto pas cher&find_loc=Bruxelles](http://fr.yelp.be/search?find_desc=resto+pas+cher&find_loc=Bruxelles)
 Avis sur Resto pas cher à Bruxelles, Bruxelles Le Fin de Siècle, Yaki, Les Filles, Houtsiplou, Rachel, Publico, Selecto, ... Trouver des restaurants.

Announces
[billet avion pas cher](#)
www.jetcost.com
 Comparez les prix des billets d'avion en un clic avec Jetcost

[Lift de déménagement](#)
www.master-lift1.com
 Lift a 50€/h - camion a 40€/h BXL Prom! Déménagement 3/h 250€ c+ lift

[Devis Deménagement France](#)
www.devis-demenagement-france.fr
 Gratuitement, Comparez 5 Devis De Demenageurs De Votre Region !

[Déménagement Pas Cher](#)
www.smdt-demeco.fr
 SMDT : Déménagements et Garde Meubles à Béziers (34)

[Déménagement Pas Cher](#)
www.demegulomard.com

(Recherche effectuée le 20 mars 2015 sur Bing)

Annexe VII. Illustration de la réduction du « Screen Real Estate » sur Google Search

The image shows a Google search results page for 'samsung galaxy s5'. The search bar at the top contains the text 'samsung galaxy s5' and a magnifying glass icon. Below the search bar, there are navigation tabs for 'Web', 'Images', 'Videos', 'News', 'More', and 'Search tools'. The search results are displayed below, with a message 'About 60.500.000 results (0,40 seconds)'. Four redaction boxes are overlaid on the page, each containing a number from 1 to 4:

- Zone 1 (yellow border):** Contains three commercial advertisements for Samsung Galaxy S5. The first is from 'Grossiste Smartphone - pixmania-pro.be' with a price of 149€. The second is from 'www.mobistar.be/nl/Galaxy-S5' with a price of 469,00 €. The third is from 'www.vergelijk.be/Galaxy_S5'.
- Zone 2 (orange border):** Contains a news snippet titled 'Samsung Galaxy S5 Flaw Allows Hackers To Clone Fingerprints, Claim Researchers' from Forbes, dated 2 days ago. It includes a small image of the phone and a brief description of a security flaw.
- Zone 3 (red border):** Contains a 'Shop on Google' sponsored section. It features four product listings for Samsung Galaxy S5 variants: 'SAMSUNG Galaxy S5 Goud (SM-...)' for 469,00 € from Media Markt, 'Samsung Galaxy S5 Mini Zwart' for 325,00 € from PDAshop.be, 'Samsung Galaxy S5 Mini - Zwart' for 329,00 € from bol.com, and 'SAMSUNG Galaxy S5 Mini Goud ...' for 325,00 € from Media Markt.
- Zone 4 (yellow border):** Contains two more commercial advertisements. The first is from 'www.pdashop.be/Samsung-Galaxy-S5' with a price of 469,00 €. The second is from 'www.telenet.be/SamsungS5' with a price of 429€.

(Recherche effectuée le 23 avril 2015)

Les zones 1 et 4 sont occupées par des liens commerciaux.

Les zones 2 et 3 correspondent aux services verticaux de Google, respectivement « Google News » et « Google Shopping ».

Sur un écran d'ordinateur, dont la taille est de quinze pouces (diagonale), l'internaute n'est donc pas nécessairement mis directement en contact avec des liens naturels.

Annexe VIII. Comparaison des prix de produits en vente sur différents comparateurs de prix

Mot clé	Produit	Google Shopping	Comparateur le moins cher	Prix moyen Comparateurs	Ecart avec google	taux de variation
tv lcd	SAMSUNG UE32EH4003	€279,00	€233,79	€240,43	€38,57	16,04%
mini four	FOUR ROWENTA 28 L OC375130	€249,00	€163,33	€166,39	€82,61	49,65%
aspirateur sans sac	ROWENTA RU4053.11 PRO	€175,00	€125,46	€147,97	€27,03	18,26%
appareil photo	Nikon d3100	€459,00	€259,99	€276,19	€182,81	66,19%
Grille pain	Grille pain magimix 11526	€244,49	€150,00	€203,77	€40,72	19,98%
pneu	Pneu Michelin Energy Saver + 175/6	€57,18	€50,00	€50,60	€6,58	13,01%
Rasoire électrique	Braun Rasoir Series 3 320s-4	€68,90	€52,90	€52,99	€15,91	30,02%
lave vaisselle	BOSCH SMS53M58FF	€598,00	€438,19	€464,77	€133,23	28,66%
refrigerateur	BRANDT BFC2192SR	€325,87	€293,89	€307,89	€17,98	5,84%
tablette tactile	Samsung galaxy tab 2 7.0	€169,90	€130,00	€149,02	€20,88	14,01%
routeur wifi	linksys WRT54GL	€64,30	€45,00	€49,91	€14,40	28,84%
disque dur externe	Western Digital Elements 500GB	€77,00	€57,00	€58,47	€18,54	31,70%
cocotte minute	Cocotte minute CLIPSO CHRONO SE	€159,99	€123,06	€126,56	€33,44	26,42%
montre homme	Montre diesel DZ7125	€299,00	€222,89	€229,30	€69,70	30,40%
climatiseur	Climatiseur fixe réversible CMI 9	€749,00	€667,19	€680,83	€68,18	10,01%
fer à repasser	CALORFV9920	€129,00	€114,67	€118,63	€10,37	8,74%
radio reveil	PHILIPS AJ 3231	€29,90	€24,90	€24,92	€4,98	19,98%
crème solaire	ANTHELIOS XL SPF 50+	€11,26	€9,00	€9,79	€1,47	15,02%
sac de sport	Nike C72 Legend 2.0 - S	€40,00	€27,90	€34,48	€5,52	16,00%
ecouteurs	Philips SHE8500	€16,37	€12,00	€13,60	€2,77	20,35%
casque moto	Casque jet Astone DJ10	€119,00	€101,15	€107,74	€11,26	10,45%
lampe torche	T6 LED 3800 Lumens CREE XML T6	€44,90	€26,75	€33,53	€11,37	33,91%
crepiere	KRAMPOUZ CEBPA4 PRO	€242,98	€199,00	€211,58	€31,40	14,84%
radio reveil	Thomson CR308i	€35,56	€19,75	€27,35	€8,21	30,03%
lecteur bluray	Lecteur Blu-Ray SONYBDPS4100	€99,00	€69,00	€85,38	€13,62	15,95%

22,97%

(Source : P. PERRI et F. SING, « L'exemple de Google : entre 4000 et 12000 emplois en danger », *op. cit.*, p. 23)

Place Montesquieu, 2 bte L2.07.01, 1348 Louvain-la-Neuve, Belgique www.uclouvain.be/drt

